

SEGURANÇA JURÍDICA, GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*: AS CONTRIBUIÇÕES
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

ANDRÉA D'ASSUNÇÃO FERREIRA

SEGURANÇA JURÍDICA, GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*: AS CONTRIBUIÇÕES
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de doutor em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento. Área de concentração: Governança e Políticas Públicas.

Orientadora: Profa. Ana Célia Castro
Co-orientador: Prof. Fábio Zambitte Ibrahim

Rio de Janeiro
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

F383 Ferreira, Andréa D'Assunção.
Segurança jurídica, governança e accountability : as contribuições dos princípios constitucionais ao processo de políticas públicas / Andréa D'Assunção Ferreira. -- 2015.
312 f. ; 31 cm.

Orientadora: Ana Célia Castro.

Coorientador: Fábio Zambitte Ibrahim.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento, 2015.

Referências: p. 290-312.

1. Segurança jurídica. 2. Governança. 3. Accountability. 4. Políticas Públicas. I, Castro, Ana Célia, orient. II. Ibrahim, Fábio Zambitte, coorient. III. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. IV. Título.

CDD 320.6

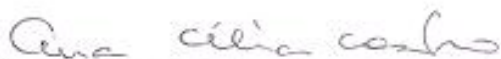
FOLHA DE APROVAÇÃO

ANDRÉA D'ASSUNÇÃO FERREIRA

SEGURANÇA JURÍDICA, GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*: AS CONTRIBUIÇÕES DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Economia,
Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito
parcial à obtenção do título de doutor em Políticas
Públicas, Estratégia e Desenvolvimento. Área de
concentração: Governança e Políticas Públicas.

Aprovada em 26 de novembro de 2015.



Profa. Dra. Ana Célia Castro (Orientadora)
Universidade Federal do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Coorientador)
Universidade Estadual do Rio de Janeiro



Profa. Dra. Maria Tereza Leopardi de Mello
Universidade Federal do Rio de Janeiro



Profa. Dra. Maria Antonieta Leopoldi
Universidade Federal do Rio de Janeiro



Prof. Dr. Diogo Rosenthal Coutinho
Universidade de São Paulo



Prof. Dr. Júlio Aurélio Vianna Lopes
Fundação Casa de Rui Barbosa

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese ao meu amado marido e amados pais pelo apoio incondicional. Á Deus por sua força inspiradora.....

“A verdadeira revolução não é revolução violenta, mas a que se realiza pelo cultivo da integração e da inteligência de entes humanos, os quais, pela referência de suas vidas, promoverão gradualmente radicais transformações na sociedade.”

(Jiddu Krishnamurti- 1895-1986)

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros votos de agradecimentos,

À minha orientadora, Profa. Ana Célia Castro, pelo apoio e incentivo a nossa pesquisa, em todas as suas fases, desde o momento em que ingressamos no curso ainda com o pré-projeto, consagrando uma relação de parceria fundamental para o seu sucesso.

Ao meu co-orientador, Prof. Fábio Zambitte, cujas sugestões foram decisivas para o avanço da pesquisa, fazendo valer a máxima “os mestres surgem quando os aprendizes estão prontos”.

À todo o corpo docente do PPED cujas aulas magistrais possibilitaram desenvolver uma compreensão interdisciplinar sobre o universo das políticas públicas, nos levando a enxergar possibilidades até então desconhecidas....

À coordenação do PPED pelo empenho constante no aperfeiçoamento do programa e na disponibilidade e pronto atendimento às demandas individuais dos alunos.

Aos demais colegas do PPED pela enriquecedora troca de experiência em sala de aula.

Aos professores membros da banca de qualificação cujas reflexões contribuíram para o amadurecimento na construção do marco teórico.

Ao Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, por ter dedicado uma hora de sua atribulada agenda, a conhecer a proposta de nossa pesquisa, compartilhar de sua experiência, como Ministro do STF, nos chamando a atenção para os desafios de se tratar a relação entre o direito e a política no contexto atual além de contribuir com sugestões bibliográficas.

Ao professor Júlio Aurélio da Fundação Casa Rui Barbosa que ajudou a vislumbrar a natureza interdisciplinar e seus possíveis caminhos na realização da pesquisa.

Às queridas colegas da Fundação João Pinheiro, Joana D'Arc Inácio Ferreira e Agda Mendonça, pelo zeloso trabalho de normalização, revisão de português e formatação.

À todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a conclusão do curso de doutorado.

RESUMO

O estado contemporâneo ingressa no século XXI com uma série de desafios e dilemas. Globalização, tecnologia e déficit democrático desequilibram a relação entre Estado e cidadão. Vivencia-se um período de “crise de paradigmas” em que os conceitos modernos de Estado, direito e democracia passam a ser repensados. Torna-se, assim, necessário mergulhar nos impactos dessas transformações nas diversas ciências e traduzir a crise dos paradigmas à luz do direito. Sob a perspectiva da efetividade dos direitos, se impõe ao Direito pós-moderno questionar o modelo positivista, sua dogmática e hermenêutica. Um sistema jurídico aberto, de regras e princípios, passa a ser defendido pela corrente pós-positivista como mais adequado ao pluralismo e a natureza dos conflitos da sociedade contemporânea. No momento em que se propõe prestigiar as questões de legitimidade, por meio da reaproximação do Direito pós-moderno com a moral, destaca-se o papel dos princípios constitucionais no processo de criação e aplicação. As políticas públicas, por sua vez, se tornam o principal instrumento de atuação do estado contemporâneo. Neste sentido, fortalecer a capacidade estatal na implementação de suas políticas públicas passa a ser condição de legitimidade da atuação governamental na era contemporânea. A presente tese pretende explorar a relação do Direito com o processo de políticas públicas no contexto atual e suas possíveis contribuições. Constitui seu principal objetivo demonstrar como os princípios constitucionais podem contribuir para a segurança jurídica no processo de políticas públicas. Adotando-se como sua hipótese principal de que a segurança jurídica, entendida como a observância aos princípios constitucionais, aumenta a governança e o grau de *accountability* no âmbito do processo de políticas públicas. Os objetivos perseguidos foram: destacar o papel dos princípios constitucionais como normas fundamentadoras das decisões e escolhas públicas; destacar a relação existente entre princípios constitucionais, segurança jurídica, governança e *accountability*; demonstrar a relação do Direito contemporâneo com o universo das políticas públicas. O método utilizado é o dedutivo. Conclui-se que os princípios constitucionais com a sua multifuncionalidade constitui a principal contribuição do Direito pós-moderno ao processo de políticas públicas, tornando-se, assim, importante parâmetro na busca de solução dos problemas de governança e *accountability* que repercutem atualmente no processo de políticas públicas, tanto na dimensão normativa quanto na institucional.

Palavras-chaves: Estado contemporâneo, Direito, Políticas Públicas, Pós-modernidade, Princípios constitucionais, Segurança Jurídica, Governança, *Accountability*.

ABSTRACT

The contemporary state enters the twenty-first century with a series of challenges and dilemmas. Globalization, technology and democratic deficit unbalance the relationship between state and citizen. Experiencing a period of "crisis of paradigms" in which modern concepts of state, law and democracy are now rethought. It is therefore necessary to delve into the impacts of these changes in the various sciences and translate the crisis of paradigms under the law. From the perspective of the effectiveness of rights, it is necessary to postmodern Law question the positivist model, its dogmatic and hermeneutics. An open legal system, rules and principles, is now defended by the current post-positivist as best suited to pluralism and the nature of conflicts of contemporary society. By the time it is proposed to honor the issues of legitimacy, through the rapprochement of postmodern law with morality, there is the role of constitutional principles in its creation and application process. Public policies, in turn, become the main instrument performance of the contemporary state. In this regard, strengthen state capacity to implement public policies becomes of government action legitimacy condition in the contemporary era. In this regard, strengthen state capacity to implement public policies becomes of government action legitimacy condition in the contemporary era. This thesis aims to explore the law's relationship with the public policy process in the current context and their contributions. Is your main goal to demonstrate how constitutional principles may contribute to legal certainty in the policy process. Adopting as its main hypothesis that legal certainty, understood as adherence to constitutional principles, increases the degree of governance and accountability within the public policy process. The pursued objectives were to highlight the role of constitutional principles as standards of decisions and public choices; highlight the relationship between constitutional principles, legal security, governance and accountability; demonstrate the relationship of contemporary law with the world of public policy. The method used is deductive. At the end demonstrated that the constitutional principles with its multifunctionality is the main contribution of postmodern law the public policy process, becoming thus important parameter in the search for solution of governance and accountability issues that currently affect the climate public policy process, both in the normative dimension as institutional.

Key words: Contemporary state, Law, Public policy, Postmodernism, Constitutional Principles, Legal certainty, Governance, Accountability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I :O ESTADO DO SÉCULO XXI E A BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS.....	25
1 INTRODUÇÃO	26
2 ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS PARA O SÉCULO XXI.....	28
2.1 O FUTURO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: PRINCIPAIS DILEMAS E DESAFIOS	29
2.1.1 Dimensão política: A crise do estado– nação e o conceito de soberania	31
2.1.2 Dimensão econômica: o papel do estado na economia no século XXI.....	36
2.1.3 Dimensão social e jurídica - democracia contemporânea, governabilidade e efetividade dos direitos	39
2.1.3.1 O direito como dimensão constitutiva do estado.....	47
2.1.3.1.1 O direito como a dimensão constitutiva da vida econômica e social na perspectiva do institucionalismo legal	51
2.2 O paradigma do Estado Democrático de Direito e os principais desafios do direito contemporâneo	54
2.2.1 Os princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.....	58
CAPÍTULO II: SEGURANÇA JURÍDICA, GOVERNANÇA E ACCOUNTABILITY: A Gestão Pública Contemporânea sob uma perspectiva interdisciplinar	62
1 INTRODUÇÃO.....	63
2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	67
2.1 SEGURANÇA E JUSTIÇA: A NATUREZA DIALÉTICA DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA	67
2.2 O CONCEITO E ALCANCE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	72
2.2.1 A proteção da confiança como a dimensão subjetiva da segurança jurídica	74
2.3 REFLETINDO SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO OU PÓS-MODERNA.....	86
3 DESAFIOS E DILEMAS DA GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA.....	100
3.1 O ESTADO DA ARTE DA GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA.....	105
3.1.1 Os modelos de gestão e seus desafios contemporâneos	107
3.1.1.1 Os modelos de gestão e a clássica dicotomia entre política e administração	121
3.2 A GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA SOB A PERSPECTIVA DA GOVERNANÇA E ACCOUNTABILITY	126

3.2.1 As transformações da gestão pública contemporânea e seus impactos sobre as políticas públicas: breves reflexões.....	142
CAPÍTULO III: O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE	150
1 INTRODUÇÃO.....	151
2 O DIREITO PÓS-MODERNO E A BUSCA POR NOVOS PARADIGMAS: UMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA	156
2.1 O DIREITO COMO SISTEMA ABERTO E A PROPOSTA DESAFIADORA DE NOVOS MODELOS TEÓRICOS	161
2.2 AS BASES INOVADORAS DO DIREITO PÓS-MODERNO E SUAS IMPLICAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS	167
2.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE: PRINCIPAIS ASPECTOS	170
2.3.1 Sobre a relação entre direito e políticas públicas e seus desafios contemporâneos.....	178
3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DA ARTE DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	188
3.1 O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS.....	194
3.1.1 A constitucionalização do Direito Administrativo e suas principais repercussões sobre a dogmática administrativista.....	199
3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A FUNÇÃO NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	207
3.2.1 A sociedade aberta e a interpretação pluralista da Constituição e a proposta de Peter Häberle para um novo modelo de hermenêutica constitucional	214
3.2.2 A distinção entre regras e princípios.....	217
3.2.3 Os princípios constitucionais e seus impactos no âmbito da administração pública contemporânea: breves considerações	221
CAPÍTULO IV NOVOS HORIZONTES PARA A RELAÇÃO DO DIREITO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS	224
1 INTRODUÇÃO.....	225
2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA: SUAS POSSIBILIDADES E DESAFIOS	231
2.1 A POLÍTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	236
2.2 A TEORIA DIALÓGICA INSTITUCIONAL: A ATIVIDADE INSTITUCIONAL SOB O ENFOQUE JURÍDICO-POLÍTICO	240
2.2.1 A capacidade institucional e os efeitos sistêmicos	243

3 A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA	248
3.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE DENSIFICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA	253
3.1.1 Os princípios constitucionais aplicados ao processo administrativo.....	259
3.1.2 Os meios de participação popular no processo administrativo	263
3.1.2.1 Audiência e consulta pública na Lei Federal do Processo Administrativo	264
3.1.2.2 Conselhos de gestão de políticas públicas	268
4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	272
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	277
REFERÊNCIAS	290

1 INTRODUÇÃO

O estado contemporâneo enfrenta dilemas e desafios ao ingressar no século XXI. Globalização, tecnologia e o constatado *déficit democrático* desequilibram a relação entre o poder público e o cidadão, impondo-se, dessa forma, o repensar sobre modelo democrático então vigente e seus conceitos tradicionais: separação dos poderes, soberania da vontade popular, sistema representativo, princípio da legalidade, dentre outros.

Desenvolver um modelo de *democracia substantiva*, a partir de um novo padrão de atuação regulatória (no qual a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos cede espaço à ideia de um Estado mediador que negocia e articula os diversos interesses envolvidos) numa sociedade cada vez mais complexa e plural, constitui-se, pois, um dos *principais desafios* do Estado contemporâneo.¹

A ideia de cidadania é prestigiada no momento em que se busca fortalecer a atuação política do cidadão garantindo-lhe o amparo na defesa de seus direitos sociais. Como bem nos lembra o Prof. Magalhães, o conceito contemporâneo de cidadania evoluiu para uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas também o que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Tornando-se, assim, *a condição de acesso aos direitos sociais e econômicos* que permite ao “cidadão desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático”.²

Nesse contexto, as políticas públicas se destacam, como principal forma de atuação do Estado Democrático de Direito, uma vez que possibilitam tanto a concretização dos direitos fundamentais quanto o controle dos resultados da atuação governamental. Fortalecer a capacidade do Estado em implementar as suas políticas públicas, torna-se, assim, *outro desafio contemporâneo*. O que significa levar em consideração tanto as capacidades técnicas e

¹ “(...) O novo papel do Estado, enquanto regulado, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que m mero garantidor de pré-condições normativas a menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses.” NETO, Floriano Azevedo Marques. **A nova regulamentação dos serviços públicos**. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, 01, Salvador, fevereiro/março/abril de 2005, p. 4.

² BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Prefácio de José Luiz Quadros Magalhães, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 7

administrativas quanto as políticas. *Afinal, como conciliar a ideia de eficiência com a de legitimidade democrática?*

Neste aspecto, Gomide e Pires³ advertem para a pouca atenção dada pela literatura especializada às *capacidades políticas*, necessárias à definição de uma visão de futuro e à construção dos consensos necessários para realização de políticas públicas que dão realização a essa visão.

A democracia contemporânea passa a exigir novas capacidades do Estado, que vão além das necessidades de uma burocracia profissional, coesa e meritocrática, e passa a impor à ação estatal parâmetros de legitimidade: como a inclusão e a relação com os atores afetados na tomada de decisão, na promoção da *accountability* e no controle de resultados. As *capacidades políticas* estariam, dessa forma, associadas à promoção da legitimidade da ação estatal em contextos democráticos, por meio da mobilização da sociedade e da articulação e compatibilização de interesses diversos em torno de questões comuns.

“(...) Ou seja, no contexto de um ambiente institucional caracterizado pela existência de instituições representativas, participativas e de controle (social, burocrático e judicial), são necessárias também capacidades políticas para a inclusão de múltiplos atores, o processamento dos conflitos decorrentes e a formação de coalizões políticas de suporte para os objetivos e as estratégias a serem adotadas.”

GOMIDE, Alexandre de Ávila e PIRES, Roberto Rocha.

É bem verdade que se vive um período conturbado da história, de modo que todos percebem as grandes transformações em todos os campos do saber, levando alguns a anunciarem o fim da modernidade e, portanto, o fim de um paradigma. Surge, assim, um novo ciclo que não se sabe ainda ao certo o que o define, mas que muitos denominam de pós-modernidade ou modernidade tardia. Vivencia-se, dessa forma, um período de “transição paradigmática” no qual a busca por soluções aos problemas atuais envolvendo, sobretudo, o papel do Estado e sua relação com o cidadão leva ao questionamento de antigos paradigmas.

A perspectiva interdisciplinar torna-se, assim, fundamental para a compreensão dos desafios e dilemas contemporâneos que cercam o tema das políticas públicas. Ressalte-se que no âmbito da presente pesquisa se buscou demonstrar a convergência entre as diferentes

³ GOMIDE, Alexandre de Ávila e PIRES, Roberto Rocha. **Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas.** In: GOMIDE, Alexandre de Ávila e PIRES, Roberto Rocha (organizadores). *Capacidades Estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas.* Brasília, IPEA, 2014, p. 21.

ciências: administração, ciência política e o direito na busca de soluções favoráveis ao fortalecimento das capacidades (institucionais e políticas) do estado contemporâneo na implementação de suas políticas públicas. Revelando-se, dessa forma, necessário “mergulhar” nos impactos das transformações nas diversas ciências e traduzir essa crise dos paradigmas à luz do direito. Afinal a interdisciplinariedade não prescinde da disciplinariedade.

Ao se propor destacar a relação do Direito com o tema das políticas públicas e suas possíveis contribuições no contexto atual, tanto a perspectiva interdisciplinar quanto a institucionalista se revelaram indispensáveis.

O sistema jurídico, como um todo, sofre diretamente os impactos e abalos da pós-modernidade sofridos nas últimas décadas, que acabaram transformando os modos tradicionais e modernos de concepção de mundo.

Em meio a tais transformações, dois grandes desafios se apresentam ao Direito contemporâneo, qual seja o de *conceber novas formas de atuação* além dos *limites positivistas*, bem como o de se pensar a *segurança jurídica* numa sociedade de risco. Como alcançar segurança jurídica numa sociedade marcada por incertezas e conflitos como a contemporânea? No momento em que se propugna um direito mais flexível, como assegurar que este continue sendo fonte de estabilidade das relações sociais?

Sob a perspectiva da *efetividade* dos direitos fundamentais, a compreensão do direito com base unicamente nos critérios de legalidade se revela insuficiente. Para constituir-se em elemento de agregação social, necessário se faz que o Direito resgate a reflexão ética sobre o justo, o útil, o legítimo. Torna-se imprescindível o resgate do sentido da dogmática jurídica quando se vivencia o *Estado Democrático de Direito*, pois ela deve constituir-se em instrumento de consolidação da democracia, em referente de definição das possibilidades e limites da liberdade, em fundamento de uma relação social mais ética, justa.

A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões: (1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e (2) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista.

O *positivismo jurídico tradicional* passa a não ser capaz de explicar adequadamente a realidade do direito.

Uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para a aplicação da norma a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas.

Surge, assim, a corrente do pós-positivismo com a proposta de firmar as bases filosóficas para sanar essa problemática, com o escopo de implementar direitos constitucionais a partir da verificação axiológica das normas aplicáveis concretamente.

Maia aduz que o pensamento jurídico contemporâneo está além da querela entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo.⁴

As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como: (a) *a abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, da Constituição; (b) *tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas*; (c) *a Constituição passa a ser o locus principal dos princípios*; e (d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica.

Buscar a justiça dentro de uma sociedade pluralista é o desafio posto. Nas palavras de Inocêncio Mártires Coelho *apud* Vale, “se a sociedade é plural, a Constituição deve ser pluralista”, tendo na justiça seu referente principal.⁵

O pós-positivismo cria sustentação *jusfilosófica* para que se possam buscar parâmetros de justiça ou equidade quando da aplicação concreta do direito. Isso se dá com a abertura valorativa do sistema. Nessa nova corrente, a forma e a circunstância da inserção dos valores no sistema são alterados; os valores permeiam o sistema tanto no momento da criação da norma como durante sua aplicação. Os princípios são os carreadores dos valores nessa concretização.

Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas”.⁶

O pós-positivismo jurídico consagra a busca por um direito mais flexível – *soft law* – e ao mesmo tempo legítimo.

⁴ MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.07.

⁵ VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009, p. 21.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 121.

Robert Alexy, ao enfatizar a necessidade de uma teoria dos princípios, afirma que um dos objetivos de sua pesquisa “é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”. Assim, o novo pensamento se afasta das decisões que tentam negar um mínimo de valoração quando da concreção das normas. Não se admite mais o isolamento do aplicador do direito em relação aos valores que respaldam e sustentam o direito.⁷

A leitura axiológica do direito em busca de ideais de justiça é admitida e necessária na atual conjuntura. Decisões desprovidas de qualquer identificação de justiça, ao argumento da pura e simples vontade do legislador, não mais podem ser aceitas, sobretudo aquelas que afrontarem o princípio da dignidade do ser humano.

Assim, a lei dá espaço aos princípios e esses, aos valores. Os princípios passam ao centro dos sistemas constitucionais e levam consigo os valores que lhes dão sustentação. A letra fria da lei não pode mais ser aceita incondicionalmente. Os valores oxigenam o sistema quando necessário; oxigenação essa que ocorre quando da aplicação concreta da norma.

Nesse contexto, ocorre a inclusão, nos textos constitucionais contemporâneos, segundo Maia “de vários *standards* morais, na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, já que tais *standards* realizam uma constituição jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos”). É por isso que “os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo”⁸.

Os princípios embasam toda a construção de qualquer sistema. Para estabelecer uma solução para determinado caso concreto, basta verificar os princípios que estão na base de determinado sistema, de modo que o melhor caminho a se percorrer seja estabelecido.

A partir da percepção dos princípios que compõem determinado sistema pode se estabelecer a melhor interpretação para todas as regras componentes desse sistema. São os princípios que permitem perceber os escopos estabelecidos pelo legislador para determinado sistema.

É da intelecção dos princípios que se trilha o caminho para *efetivar* todo um sistema.

A perspectiva de um sistema aberto de regras e princípios modifica o processo de interpretação (hermenêutica) das normas constitucionais e infraconstitucionais. Desponta uma

⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b, 29.

⁸ MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo.** In QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 06-10.

hermenêutica mais comprometida com os postulados democráticos como forma de complementar as lacunas deixadas por uma perspectiva formalista: critérios de ponderação surgem ao lado da subsunção.⁹

Os princípios têm duas características principais: contêm os valores que a sociedade entende como estruturantes do sistema e, por outro lado, servem de carreadores desses valores para o ordenamento jurídico. O primeiro aspecto explica sua inserção nos textos constitucionais, visto que a Constituição é o ápice do sistema e os princípios jurídicos são construídos com os valores sociais máximos.

A Constituição passa a ser o local propício para os princípios; passa ao epicentro das discussões jurídicas com a superação da era dos códigos, irradiando efeitos tanto sobre a atividade política quanto sobre a jurídica.

A perspectiva contemporânea sobre o alcance e significado do princípio da segurança jurídica aponta, por seu turno, sua dúplice natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva¹⁰, a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à ideia da proteção à confiança (atendimento às expectativas individuais).

Para o direito contemporâneo, as esperanças que são legitimamente expectadas pelos indivíduos merecem, sim, tutela jurídica¹¹. E o princípio da proteção à confiança surge como um instrumento de proteção dessas expectativas. Por isso, é mais uma conquista decorrente do

⁹ Como definição jurídica, configura-se a subsunção quando o caso concreto se enquadra na norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo). A técnica da ponderação ganha especial destaque a partir da consagração do Estado Democrático de Direito, da natureza normativa dos princípios e dos novos parâmetros de interpretação jurídica, constituindo-se em técnica mais flexível e mais trabalhosa do que a subsunção. A ponderação é construída para a resolução de casos concretos e difíceis, nos quais há tensão entre princípios jurídicos, dependendo do acervo probatório dos autos para se aferir qual princípio deve prevalecer.

¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo federal (Lei 9784/99)**. In: Revista Eletrônica do Direito do Estado, Salvador, 2005, p. 3.

¹¹ Em seu aspecto objetivo, a segurança jurídica, como define Maffini, relaciona-se com a previsibilidade e a irretroatividade dos atos estatais, revelando-se nos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, previstos no inciso XXXVI do art. 5º da CF/8815, bem como nos institutos da irretroatividade e da anterioridade tributária¹⁶, por exemplo. Porém, não raro esses instrumentos concernentes à natureza objetiva da segurança jurídica têm-se mostrado insuficientes à efetivação do princípio. A observação histórica de alguns abusos estatais cometidos ao longo dos tempos tem demonstrado a fragilidade da proteção auferida pelos instrumentos associados à natureza objetiva do princípio da segurança jurídica – o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, o direito adquirido e, especificamente no âmbito do direito tributário, a anterioridade e a irretroatividade.

princípio da segurança jurídica e, em sentido mais amplo, do Estado de Direito. Assim, as condutas estatais, notadamente dotadas de presunção de legitimidade, geram no indivíduo uma expectativa de que serão mantidas e, por isso, muitas vezes, devem ser preservadas, mesmo quando eivadas de ilegalidades.

É nesse contexto que surge a necessidade de uma garantia que induza à estabilidade e à permanência desses atos que, mesmo quando ilegais, produzem, no indivíduo, uma legítima expectativa frente a um determinado comportamento estatal. Dessa forma, impõem-se ao Estado, nas palavras de Couto e Silva, “limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, atribuindo-se conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada” nos indivíduos de que aqueles atos seriam mantidos.¹²

O *princípio da proteção à confiança* é, em suma, um instrumento indutor dos ideais de segurança, justificando-se na necessidade de preservação das pretensões legitimamente expectadas pelos indivíduos em decorrência de certos comportamentos estatais.

No ensinamento de Mizabel Derzi¹³, à proporção que as sociedades se tornam mais complexas, a familiaridade por parentesco ou por experiência fática perde seu caráter prosaico. Assim, a história deixa de ser a memória das coisas experimentadas e se torna uma estrutura predeterminada, que é a base para a *confiança*. Na fase ainda familiar, a confiança é antes interpessoal e serve, sobretudo, para superar a incerteza em relação ao comportamento das outras pessoas. À medida que cresce a complexidade, a familiaridade se reduz, embora não seja eliminada, nascendo como resultado, a *confiança no sistema* que implica renunciar, como risco consciente, a alguma possibilidade de maior informação e ao contínuo controle dos resultados. A confiança não significa, assim, mera esperança. Ela implica a expectativa confiável que interfere diretamente na decisão tomada pela pessoa que confia.¹⁴

¹² COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003, p. 37.

¹³ DERZI, Mizabel Abreu Machado. Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário. Ed. Noeses. Rio de Janeiro. 2009, p. 329.

¹⁴ Para Luhmann, a base de toda confiança é o presente como um contínuo intacto de sucessos cambiantes, como a totalidade dos estados com respeito aos quais os eventos podem ocorrer. O problema da confiança é que o futuro contém muito mais possibilidades do que aquelas que poderiam atualizar-se no presente e do presente transferir-se para o passado. A incerteza é elementar: nem todos os fatores podem converter-se em presente e daqui em passado. O futuro coloca uma carga excessiva na habilidade do homem para representar coisas para si mesmo. Portanto a confiança deve reduzir o futuro de modo que se iguale com o presente, isto é, reduzindo a complexidade. A confiança supõe três características elementares: (a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; (b) a simplificação por meio de redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros.

Dentro de uma perspectiva de raciocínio jurídico atual, tem-se que, no contexto contemporâneo, o embate entre os valores justiça e segurança jurídica podem ser resolvidos em termos de predominância e coexistência. Assim, *segurança e justiça* podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado, não se devendo falar numa preponderância apriorística, e muito menos em exclusão de um dos valores a partir do ponto inicial do raciocínio jurídico.

Segundo José Afonso da Silva¹⁵, *a segurança jurídica* é uma decorrência da *segurança do direito*. Essa se refere à positividade do direito, que encontra o seu fundamento de validade na Constituição. É sob esse aspecto que a segurança se harmoniza com o valor justiça, “na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem”. A segurança jurídica, por sua vez, assume dois sentidos, um amplo e outro estrito. Esse consiste na garantia de *estabilidade e certeza das relações jurídicas*, permitindo que os indivíduos prevejam os efeitos de suas condutas os quais não poderão ser atingidos por futura mudança legislativa. A segurança jurídica em sentido amplo está ligada à *garantia geral de direitos que se consagram constitucionalmente*.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a relação entre direito e política se modifica, ou melhor, se substancializa, tornando-a mais estreita e, ao mesmo tempo, mais conflitiva e nebulosa. Como bem destaca Natal e Pamplona¹⁶:

Ademais, na conjuntura contemporânea importa ressaltar a veemente crise das instituições políticas como fator determinante da expansão do Poder Judiciário na arena política, uma vez que a sua ineficácia ocasiona a crescente procura do Judiciário pela sociedade civil para reivindicações dos seus direitos. Nesse sentido, Castro (1997) aduz: a *judicialização da política* ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falhos, insuficientes ou insatisfatório. Sob tais condições ocorre uma aproximação entre Direito e Política. (**grifo nosso**)

É nesse contexto que se insere a temática das políticas públicas.¹⁷ Ao mesmo tempo que surgem como importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais desafiam o modelo regulatório então vigente no *Estado de Direito*: mais regulador do que interventivo.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. **Constituição e Segurança Jurídica**, In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e Segurança Jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 16-17.

¹⁶ NATAL, Mariane e PAMPLONA, Danielle Anne. **O papel político do judiciário em políticas públicas: a judicialização da política e a democracia**. In: *Revista Direito Mackenzie* v. 8, n. 1, p. 134.

¹⁷ No Brasil, recentemente, foi elaborado o *projeto de lei 8.058/14*, que institui processo especial para o controle e a intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Por esta lei, o novo processo proposto é pautado pelo diálogo e cooperação institucional. Assim, o juiz poderá notificar a autoridade responsável para que sejam apresentadas, por exemplo, informações sobre a existência de recursos financeiros para a implementação de certa política, bem como seu cronograma. (Folha de São Paulo, 13/01/2015, Caderno Opinião.)

No âmbito da gestão pública, conciliar a *ideia de eficiência com a de legitimidade democrática* torna-se o grande desafio (e que repercute diretamente sobre o universo das políticas públicas). Como nos ensina Diniz¹⁸ tal preocupação passa a deslocar “o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública”.

Ou seja, a capacidade governativa deixa de ser avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais passando-se a considerar também a forma pela qual o governo exerce o seu poder. A questão dos procedimentos e práticas governamentais na consecução de suas metas adquire relevância, incluindo aspectos como o formato institucional do processo decisório, a articulação público-privada na formulação de políticas ou ainda a abertura maior ou menor para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder.

Nesse sentido, a *governança*, entendida como “a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções” se destaca como um requisito fundamental, para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos. Numa sociedade cada vez mais complexa como a contemporânea, a ideia de governança enfatiza o papel de parceria entre Estado e sociedade na busca de soluções e resultado para problemas comuns.

A governança não é ação isolada da sociedade civil buscando maiores espaços de participação e influência. Ao contrário, o conceito compreende a ação conjunta de Estado e sociedade na busca de soluções e resultados para problemas comuns. O surgimento dos atores não-estatais é central para o desenvolvimento da ideia e da prática da governança. Para o Direito contemporâneo, a governança tem a ver com a presença crescente desses atores no cenário político e social. O que significa, por exemplo, estabelecer regras e normas para sua participação, ainda que não com formalização institucional estrita.

“A governança nas organizações públicas é de grande complexidade, pois agrupa em novos arranjos três lógicas distintas: a do Estado, a da Sociedade e o do Mercado.” MAGALHÃES, Renata Pulga. Governança em organizações públicas: desafios para entender os fatores críticos de sucesso. Rio de Janeiro, FGV, 2011, p.10.

¹⁸ DINIZ, Eli. “Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90”. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995, p. 400.

Na busca por uma administração pública mais *eficiente, eficaz e efetiva*, o modelo de gestão pública contemporânea deve se pautar pela colaboração interna do Estado e desse com a sociedade sustentada por valores democráticos de transparência e *accountability*. Sempre oportuno lembrar Medauar, quando afirma que o aumento da relação de dependência entre Estado e sociedade, com existência de grupos intermediários, tratativas, negociações e atuação do setor privado no exercício de funções públicas, é uma forma de concretização.¹⁹

Segundo Przeworski “... governos são responsáveis quando os cidadãos têm possibilidade de discernir aqueles que agem em seu benefício, e podem lhes impor sanções apropriadas, de modo que os governantes que atuam em prol do benefício dos cidadãos sejam reeleitos, e os que não o fazem sejam derrotados”. E governos responsivos são aqueles que promovem os interesses dos cidadãos, escolhendo políticas “que uma assembleia de cidadãos, tão informados quanto o Estado, escolheria por votação majoritária, sob os mesmos constrangimentos institucionais”.²⁰ Surgem, assim, novos mecanismos de responsabilização que enfatizam a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão das políticas públicas, ou seja, a construção de “arenas públicas” voltadas para “a participação dos cidadãos ou o controle social dos serviços públicos e, mais amplamente, do Estado [...]. Elas são dotadas de diferentes graus de formalização, mas nas democracias contemporâneas, especialmente no nível local, elas vêm adquirindo uma importância crescente.”²¹

O Ministério das Finanças Holandês, através da *Government Audit Policy Directorate* (DAR), publicou estudo sobre governança corporativa no setor público, criando o termo “governança governamental”. De acordo com o texto, a organização pública tem sua base de existência em objetivos que devem ser alcançados em nome de seus *stakeholders* e a meta da governança é criar mecanismos que venham a salvaguardar que esses objetivos sejam alcançados.

Ainda segundo o texto, a transparência no setor público fortalece a governança, permitindo a exposição de relatórios de desempenho das políticas adotadas. Nesse sentido, o objetivo da governança governamental é o de criar *segurança* para o alcance dos objetivos das políticas, tendo estabelecido que para isso, governança compreende gestão, controle, supervisão e *accountability*. Colocando esse último aspecto como ponto central da governança.

¹⁹ MEDAUAR, Odete. O Direito administrativo em evolução. 2ª ed., São Paulo, RT, 2003.

²⁰ PRZEWORSKI, Adam. “Reforma do Estado. Responsabilidade Política e Intervenção Econômica”. In: RBCS, Ano 11, nº 32, pp. 18-40, outubro de 1996.

²¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília, ENAP / Editora 34, 1998, p. 145-6.

Nesse contexto, surgem algumas indagações: De que modo as transformações do Estado contemporâneo repercutem sobre o direito? Do ponto de vista democrático, quais são os impactos da aproximação do direito com a política? De que maneira esta maior proximidade do direito com a política impacta o processo de políticas públicas? Quais as contribuições que o Direito pós-moderno pode oferecer ao aperfeiçoamento do processo de políticas públicas?

Os desafios impostos pela democracia contemporânea, na busca do aperfeiçoamento das instituições e fortalecimento da capacidade estatal em implementar suas políticas públicas, impõem à Ciência do Direito rever o seu modelo positivista de modo a suprir suas lacunas e insuficiências face à natureza dos conflitos e problemas que caracterizam a sociedade atual. É preciso, dessa forma, desenvolver uma nova forma de pensar o Direito. O que não significa promover a ruptura com a concepção positivista, mas sim de complementá-la. Afinal como tornar o Direito apto a lidar com as questões de coordenação, articulação e negociação enfrentadas à medida que Estado contemporâneo se torna mais permeável à sociedade?

Tais desafios se tornam mais evidentes quando encarados no âmbito da gestão das políticas públicas.

A presente tese pretende, pois, identificar a relação do Direito pós-moderno com o processo de políticas públicas e suas possíveis contribuições a partir dos seguintes fundamentos metodológicos:

- a) *Hipótese principal*: a segurança jurídica, entendida como a observância aos princípios constitucionais, aumenta a governança e o grau de *accountability* no processo de políticas públicas;
- b) *Hipótese secundária (01)*: a governança de políticas públicas contém seu condicionamento normativo disseminado pelos princípios constitucionais;
- c) *Hipótese secundária (02)*: *accountability* de políticas públicas é incrementada pela difusão dos valores democráticos (à sociedade) expostos nos princípios constitucionais;
- d) *Problema*: de que maneira os princípios constitucionais contribuem para a segurança jurídica no processo de políticas públicas?
- e) *Objetivo geral*: demonstrar como os princípios constitucionais podem contribuir para a segurança jurídica no processo de políticas públicas;
- f) *Objetivos específicos*:
 - f.1) destacar o papel dos princípios constitucionais como normas fundamentadoras das decisões e escolhas públicas;
 - f.2) destacar a relação existente entre princípios constitucionais, segurança jurídica, governança e *accountability*;

f.3) demonstrar a relação do Direito contemporâneo com o universo das políticas públicas;

g) *Metodologia*: trata-se de pesquisa qualitativa e descritiva. Tendo se recorrido a ampla pesquisa bibliográfica e documental. O método utilizado é o dedutivo.

A fim de se alcançar os objetivos mencionados nas alíneas “e” e “f,” divide-se o presente trabalho em quatro capítulos. No primeiro capítulo - *O Estado do século XXI e a busca por novos paradigmas* – se pretende apresentar o panorama de incertezas e de novos desafios impostos ao Estado contemporâneo no momento que ingressa o século XXI. Explora-se, dessa forma, o impacto de tais transformações sobre a dimensão política, econômica e social e como as diversas ciências se mobilizam e, em alguns momentos, convergem na busca de novas soluções paradigmáticas.

Já no segundo capítulo – *Segurança jurídica, governança e accountability: a gestão pública contemporânea sob uma perspectiva interdisciplinar* – se busca destacar a importância da perspectiva interdisciplinar para se compreender a natureza e a dimensão dos desafios que a gestão pública enfrenta na atualidade, bem como os seus impactos sobre o universo das políticas públicas. Ao mesmo tempo que se propõe identificar conexões entre conceitos de diferentes disciplinas como segurança jurídica (*Direito*), governança (*ciência política*), *accountability* (*ciência política*), gestão pública (para alguns subárea da *ciência política*, para outros da *administração*) sugerindo uma relação mais estreita a ser explorada.

A ênfase no terceiro capítulo – *O Direito na pós-modernidade* – por sua vez, se volta para o impacto da pós-modernidade sobre a ciência do direito e o esforço que vem sendo realizado pelos juristas em geral para propor novas bases para o Direito pós-moderno. Tais reflexões, de cunho epistemológico, demonstram que a reaproximação do Direito contemporâneo com a moral e a busca por um sistema jurídico, ao mesmo tempo, estável e legítimo é necessária além de desafiadora.

O quarto capítulo – *Novos horizontes para a relação do direito com as políticas públicas* – de caráter conclusivo, no qual se exploram as possíveis contribuições que o Direito pós-moderno pode oferecer ao processo de políticas públicas, com destaque para os princípios constitucionais, como critério de aferição de legitimidade e fonte de estabilidade institucional (segurança jurídica). Neste sentido, se acolhem as seguintes premissas: (1^a) no contexto do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) Direito e Política se interpenetram; (2^a) a relação de maior proximidade do direito com a política repercute diretamente sobre o processo de gestão das políticas públicas, uma vez que torna a sua implementação bem sucedida uma questão jurídica (constitucional); (3^a) a relação entre poder público e sociedade

se modifica, tornando-se mais consensual e dialógica, cabendo ao direito contemporâneo contribuir para a configuração institucional de uma administração pública dialógica; (4^a) os princípios constitucionais se destacam como a principal contribuição do direito pós-moderno ao processo de políticas públicas, tanto na perspectiva normativa quanto na institucional.

As reflexões, constantes nas páginas a seguir, contemplam a busca pelo aperfeiçoamento das instituições democráticas a partir dos questionamentos dos paradigmas até então vigentes, deixando claro que a melhor maneira de enfrentar a atual crise de paradigmas consiste em desenvolver uma nova forma de pensar sobre os conceitos modernos de democracia. Ressalta-se, todavia, que as soluções pensadas de forma democrática continuam sendo o instrumento mais adequado para enfrentar os desafios da democracia contemporânea.

CAPÍTULO I

O ESTADO DO SÉCULO XXI E A BUSCA DE NOVOS PARADIGMAS

Nenhuma sociedade que esquece a arte de questionar pode esperar encontrar respostas para os problemas que a afligem.

(Zygmunt Bauman)

1 INTRODUÇÃO

Como seria impossível ao homem questionar repetidamente a validade de suas representações, colocando tudo à prova antes de agir, ele se afilia a uma visão de mundo, de forma que ela possa orientar suas condutas. Quando várias pessoas têm uma mesma visão de mundo, pode-se falar em paradigmas. Numa perspectiva espacial, é possível haver tantos paradigmas quantos forem os campos ou espaços estruturais da sociedade, delineando-se, por exemplo, paradigmas de homem, conhecimento, sociedade, estado, direito, que estabelecem relações contínuas de afinidades e tensões. No prisma temporal, os paradigmas nascem, crescem, desgastam-se até serem substituídos por outros. Apesar de o conceito de paradigma ter sido forjado para as revoluções das ciências naturais, sua aplicação nas ciências humanas pode ser útil para explicar a sucessão das visões de mundo na filosofia, na sociologia e no direito, por exemplo.

A aceitação de um paradigma pelo cientista libera-o da explicação dos princípios, pressupostos e conceitos já aceitos. Dessa forma, ele pode se dedicar a estudos dirigidos que aperfeiçoarão as teorias vigentes. Os resultados que não se enquadram no paradigma são tidos como fracassos, pois exitosas são as pesquisas que aumentam o alcance, a precisão e a aplicação do paradigma. A percepção das anomalias ocorre quando o observador acostumado com a experimentação constata a frustração das expectativas científicas, de modo a ensejar a revisão do paradigma por vários cientistas que se debruçarão sobre o problema. Apesar da insegurança dos cientistas, o abandono de um paradigma só ocorre quando houver outro forte candidato, já que “rejeitar um paradigma sem simultaneamente substituí-lo por outro é rejeitar a própria ciência”. A transição entre paradigmas não pode ser feita por imposição da lógica nem pode ser resolvida pela provação, pois a maioria das teorias tem base fática e o que as diferenciam são o olhar problemático sobre suas definições de ciência: o que é ciência para uma corrente, pode ser metafísica para a outra.

Para *Thomas Kuhn*²² as ciências evoluem através de paradigmas. Paradigmas são modelos, representações e interpretações de mundo universalmente reconhecidas que fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade científica.

É por meio dos paradigmas que os cientistas buscam respostas para os problemas colocados pelas ciências. Os paradigmas são, portanto, os pressupostos das ciências. A prática científica ao fomentar leis, teorias, explicações e aplicações criam modelos que fomentam as tradições científicas. Segundo Kuhn, os “paradigmas são as realizações científicas

²² KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**, 8. ed. rev. São Paulo: Perspectiva, 2003.

universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”

A mudança de paradigma pode ensejar um novo olhar sobre a natureza. Mesmo utilizando velhos instrumentos sobre dados antigos, podem surgir novas constatações. Numa síntese, pode-se aduzir que os paradigmas são visões de mundo compartilhadas que limitam o horizonte de possibilidades, a fim de que se possa debruçar sobre matérias específicas, até que surjam anomalias que levarão à ruptura do paradigma. Se não houvesse a aceitação implícita de alguns princípios e postulados, jamais seria possível a especialização. Por outro lado, a solução para as crises paradigmáticas dificilmente poderá ser proposta por aqueles que estão habituados ao paradigma vigente, porque seu campo de visão fora delimitado.

2 ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS PARA O SÉCULO XXI

A contemporaneidade da sociedade vivencia um período de repensar. Conceitos tradicionais sobre o papel do estado, democracia, direitos fundamentais, passam a ser questionados por uma realidade cada vez mais complexa e plural. A capacidade do estado em atender às demandas constantes da sociedade é discutida e a nova ordem mundial ditada pela globalização econômica torna este cenário ainda mais desafiador. Inspirada no modelo neoliberal, cujo receituário está no Consenso de Washington, a lógica interna do processo de globalização aponta para o fim do estado como principal forma de organização do poder e a sua substituição por um sistema difuso constituído por esferas de direito privado. Promovido por países que representam o poder econômico dominante, e tendo como instrumentos financeiros o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, o Consenso de Washington postula que o crescimento só pode ocorrer em uma economia globalmente integrada, fundada na liberalização comercial, na privatização e na estabilidade macroeconômica.

Nesses termos, as relações econômicas passam a ser reguladas pelo mercado num mundo sem fronteiras, alterando tanto as formas de produção, organização e gestão empresarial quanto a própria natureza do estado e a sua função enquanto instituição reguladora e promotora do bem-estar social e econômico. Surgem novos atores (público-estatais, público-não estatais, privados), dentre eles, as empresas transnacionais.

Santos²³ destaca os principais traços da nova ordem econômica mundial: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento em escala global, processos de produção flexíveis e multilocais, revolução nas tecnologias de informação e comunicação, desregulação das economias nacionais, preeminências das agências financeiras multilaterais.

Com a globalização o estado perde a sua centralidade, ao contrário, seu poder se fragmenta diante dos novos atores que surgem. Ataques ideológicos contra o modelo vigente do estado reivindicam um novo papel; mais regulador e menos interveniente. O paradigma clássico, do estado-nação, é colocado em discussão, sugerindo-se, em termos políticos, a ideia de crise do estado nacional. Para alguns autores a figura do estado-nação teria perdido suas características elementares em favor de novas formas de poder, enfraquecendo-se a sua capacidade de gestão pública.

²³ SANTOS, Boaventura de Souza (Org). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

No entanto, para outros autores, como Milton Santos ²⁴ o estado-nação na verdade não estaria enfraquecido, ao contrário, continuaria com sua antiga força, porém com outros objetivos além dos interesses dos cidadãos. A experiência recente dos estados nacionais revela o processo de transição por que vem passando o estado contemporâneo. Dessa maneira, as bases do estado do século XXI passam a ser discutidas a partir dos seguintes termos:

- a) fortalecimento institucional da capacidade do estado em atingir os seus objetivos;
- b) papel do estado no processo de desenvolvimento;
- c) as bases da nova relação entre estado e sociedade.

2.1 O FUTURO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: PRINCIPAIS DILEMAS E DESAFIOS

O estado contemporâneo surge no final do século XIX, início do século XX. É o *Welfare State* ou Estado Providência, que só se consolida a partir do término da Primeira Guerra e se transforma, aos poucos, sob os influxos da Segunda Guerra Mundial. Alguns autores ligam seu real aparecimento na Inglaterra, a partir de 1942. Já na Alemanha, os primeiros elementos de política social, ou seja, iniciando o *Welfare State*, o fazem por volta de 1871.

Esse novo estado é um arquétipo de estado democrático, que tem ampliado os níveis de participação política e os direitos sociais, numa conciliação da democracia política com a democracia social. Mas as transformações profundas da sociedade obrigam o estado a transformar-se também: passa a abrigar partidos políticos que representam interesses das mais diversas classes; faz reformas sociais; intervém na ordem econômica; coloca os interesses sociais acima dos individuais; faz-se empresário.

Nesses termos, podem-se identificar os seguintes objetivos do estado contemporâneo: garantir a lei e facilitar o desenvolvimento do corpo político; promover a justiça e o bem-estar social, intervir na ordem econômica quando se fizer necessário; submeter-se à vontade da sociedade. Com efeito, as suas funções estatais se multiplicaram a tal ponto, que passa a exigir uma ênfase na sua organização bem como mecanismos sofisticados para geri-las.

De maneira prescritiva, segundo o Professor Pasold ^{25 26}, o estado contemporâneo deveria apresentar: uma conformação jurídica fielmente relacionada com a realidade; um

²⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 77.

²⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora coedição Editora Diploma Legal. 2003.

aparelhamento institucional e administrativo eficiente para que sejam postos em prática os compromissos entre o Estado e a sociedade que o criou; uma submissão, de todo o conjunto de técnicas e fundamentos para o desempenho administrativo, às demandas de sua realidade social; uma supremacia do humano sobre o econômico. Ainda de acordo com Pasold²⁷, a função social do estado contemporâneo deriva diretamente da relação do criador (a sociedade) com a criatura, estando, por essa razão, obrigado a responder aos anseios da sociedade.

No momento em que se quebra essa correspondência, o estado perde a sua essência, aqui entendido como a “razão de ser”. Ao enunciar sua concepção de Função Social, Pasold estabelece um comprometimento do significado da palavra função com dois elementos semânticos distintos, mas que se complementam mutuamente: dever de agir e ação. É uma concepção acima de tudo dinâmica, que traz em si mesma as características de um processo²⁸.

O dever de agir estaria embasado na política do estado e nas normas que regulam essa ação. Articulando a política, o estado contemporâneo tem o dever de coordenar e agir em todos os campos de atuação a que seu compromisso com o binômio indivíduo-sociedade o obriga.

A ação como escolha, isto é, a seleção, para execução, de “certas atividades necessárias à consecução de objetivos pretendidos”, deve pressupor um planejamento. A captação dessa influência é parte integrante da função social do estado contemporâneo, pressupondo “... a mobilização solidária dos componentes da Sociedade considerada, sustentando, verificando e participando do dever de agir e do agir do estado”²⁹. O planejamento, desse modo, informará a ação, não se tornando apenas uma “intervenção dirigida e de controle social...” e não se afastará do objetivo primordial da função social que é a realização da justiça social.

Em meados da década de 80, Galbrat *apud* Grillo³⁰, anunciava a crise a ser vivida pelo *Welfare State* diante de suas disfuncionalidades; sobretudo **a perda de legitimidade**. Dessa forma, a coesão de objetivos, tão necessária à ação do estado, deixa de existir, e não mais é possível ter-se a certeza de que o papel desempenhado por ele esteja correspondendo

²⁶ Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Universidade de São Paulo-USP; Pós-Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Mestre em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo-USP; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC.

²⁷ PASOLD, op.cit. p. 111.

²⁸ Segundo Pasold a Função Social deve ser entendida como um processo, sempre renovador, que fornece ao Estado Contemporâneo características muito próprias e temporais.

²⁹ PASOLD op. cit., p. 57.

³⁰ GRILLO, Vera Araujo de. **Sobre uma noção para a função social do estado contemporâneo**. In: www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/sequencia/article/.../881. Acesso em: 13/09/2014.

aos anseios da sociedade na busca do bem comum. Rosanvallon³¹ desloca a discussão para a questão política de proteção social ao afirmar que “[...] são as relações da sociedade com o Estado que são questionadas. Se há crise, é neste sentido”.

Constata-se, assim, que foi por meio da evolução social que se possibilitou a estruturação do estado contemporâneo. Contudo, se vivencia uma crise dentro do estado atual que está intimamente ligado com a questão do estado mínimo e da falta de efetividade dos direitos advindos da concretização da cidadania.

A função social do estado contemporâneo necessita moldar-se ao novo cenário mundial, ficando atenta à complexidade e pluralidade das novas demandas. Esse objetivo, contudo, torna-se cada vez mais oneroso, sob a ótica das forças do mercado que atuam sem critérios, rumo a um processo de globalização excludente e cruel, sem qualquer observância aos direitos fundamentais do ser humano. Questiona-se o estado, a sua força social e política, coloca-se em xeque o papel da soberania e da democracia. Os desafios do século XXI estão relacionados, portanto, com a crise do século XX, em suas diversas dimensões, tais como: *política, econômica, social e jurídica*.

2.1.1 Dimensão política: A crise do estado– nação e o conceito de soberania

O estado herdou, no século XX, a concepção de estado–Nação e do aparato burocrático do século XIX. O Estado do Bem-Estar Social se expande na Europa num contexto de otimismo econômico. Contudo, na virada do século XXI, o estado é questionado do ponto de vista ideológico e fiscal. A força do capital transnacional coloca em dúvida a capacidade do estado-nação em preservar os seus interesses nacionais. A dinâmica desses fatores evidencia uma crise sobre a concepção tradicional do estado-nação, que não mais resiste aos fundamentos teóricos que o edificaram.

Ianni³² adverte para a “crise” do estado-nação que, diante do quadro de hegemonia do capital, não consegue manifestar a sua soberania. Para Arrighi et. al.³³ “à medida que esse sistema [interestatal] ganhou âmbito global, (...), a maioria dos Estados perdeu prerrogativas historicamente associadas à soberania nacional. Até nações poderosas, (...) têm sido descritas como “semissoberanas”. No entanto, ao mesmo tempo, Hardt & Negri³⁴ afirmam que as funções do estado e elementos constitucionais não desapareceram, mas sim, transcenderam, ou seja, foram deslocados para outros níveis de domínios: “organismos nacionais e

³¹ ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília:UNB, 1997, p. 25.

³² IANNI, Otavio. Teorias da globalização, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2001.

³³ ARRIGHI, Giovanni & SILVER, Beverly J. **Caos e governabilidade no moderno sistema mundial**. Rio de Janeiro : UFRJ-Contraponto,2001, p. 103.

³⁴ HARDT. Michael & NEGRI, Antônio. **Império**, Ed. Record, 2001, p.12.

supranacionais”. Os impactos da globalização econômica sobre o papel do estado-nação são destacados por Dennis Davis³⁵:

The debate about the nature of the nation-state has changed significantly as a result of the globalization of the economy during the past thirty years.

Um dos aspectos mais discutidos envolvendo o estado-nação se refere a um de seus principais atributos: soberania^{36 37}; tradicionalmente entendida como poder absoluto e perpétuo da república. A grande questão que se segue ao debate sobre a soberania do estado-nação se volta para a sua capacidade em defender os interesses legítimos de seus cidadãos frente aos interesses dos novos atores, como as empresas transnacionais. A conceituação de Estado e, particularmente, da soberania, tida antes como absoluta, tornou-se relativa, divisível, passível de questionamentos e subordinada às forças econômicas atuantes nas relações mundiais. Em atenção às alterações, sustenta Bobbio:³⁸

Estando este supremo poder de Direito [poder estatal] em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas ‘autoridades’ que estão surgindo.

Ao tratar da concepção da “*nova soberania*”, o autor italiano destaca que a colaboração internacional, cada vez mais intensa, está desgastando os poderes tradicionais dos estados soberanos além de assinalar que: “o golpe maior veio das chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membro”.

A relativização do conceito de soberania e mesmo do poder supremo do estado, tornou-se cada vez mais evidente devido, principalmente, ao fenômeno chamado de

³⁵ DAVIS, Dennis. *The future of the State*. Baseado na Conferência organizada pelo Instituto Joseph H. Lauder na Universidade da Pensilvânia, 2014. “*O debate sobre a natureza do estado-nação mudou significativamente nos últimos trinta anos como resultado da globalização econômica*” (tradução própria)

³⁶ Miranda destaca as três dimensões da soberania: em primeiro lugar, a *soberania econômica*, entendida como a capacidade de cada estado de definir de forma autônoma os instrumentos necessários à administração da atividade econômica de cada país, com destaque para a emissão e fixação do valor da moeda, as regras para o intercâmbio comercial com outros países e a fixação de impostos e taxas aduaneiras; em segundo lugar, a *soberania propriamente política*, definida como a faculdade de cada país de definir seu regime político, os mecanismos da alternância de poder e seu sistema eleitoral, no plano interno, assim como a faculdade de atuar como membro autônomo e livre de pressões ilegítimas no concerto internacional das nações; e em terceiro lugar, a *soberania jurídica*, relativa à capacidade de cada estado-nação de celebrar, de forma livre, acordos e tratados internacionais, os quais servem de parâmetros para a definição das regras de convivência entre as diferentes nações, sem que isso implique ferir as suas soberanias jurídica e política internas, conferindo-lhes, por outro lado, legitimidade internacional. MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania e direito internacional**. In: CEJ, Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez, 2004.

³⁷ “(...) os poderes associados à soberania, nos planos interno e externo, podem ser definidos como a capacidade de: decidir acerca da guerra e da paz; nomear os chefes militares e os magistrados; emitir moeda; definir e/ou suspender os impostos; conceder indultos e anistia; julgar em última instância; e usar, de forma legítima, a violência física para manter a ordem interna e defender o território nacional”.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: por uma Teoria Geral da Política. 9. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

integração em comunidades supra-estatais – ou supranacionais – que afeta, decisivamente, muitos países, principalmente, os europeus ocidentais. Como escreve Dobrowolski:

também deve ser objeto de consideração, a real perda do poder soberano do Estado, com a ascensão de novas fontes de produção jurídica. A nível externo, o fenômeno das integrações regionais exclui da capacidade decisória da organização estatal diversos tópicos, que passam a ser regidos por meio de acordos internacionais³⁹.

O impacto da globalização econômica sobre a esfera dos direitos humanos é outro aspecto a ser explorado, quando se trata de soberania. Segundo Cruz⁴⁰, é exatamente nessa área que o estado nacional vem mostrando notáveis indícios de exaustão diante da globalização e das normas jurídicas internacionais. O reconhecimento e garantia de um conjunto de direitos do homem, considerados como fundamentais, foi elemento caracterizador do próprio estado moderno, desde sua criação.

A história tem mostrado que este reconhecimento estatal/nacional não pôde evitar, em muitas ocasiões e em muitos e diferentes países, que fossem desrespeitados direitos considerados, na cultura moderna e contemporânea, inerentes à dignidade humana em qualquer momento ou circunstância. Sobre a invasão da lógica econômica em áreas/temas originalmente políticos, Faria⁴¹ chama a atenção para os riscos que esse processo gera para as bases de um regime democrático, uma vez que as fronteiras entre público e privado, já não se apresentam de maneira tão nítida, quando critérios de eficiência econômica passam a se sobrepor sobre os critérios políticos e sociais. A função social do estado contemporâneo precisa se moldar ao novo cenário mundial, ficando atenta à complexidade e pluralidade das novas demandas. Questiona-se o estado, a sua força social e política, coloca-se em xeque o papel da soberania e da democracia. Surgem novos paradigmas impondo uma nova forma de pensar. Como bem destaca Chevallier⁴², a concepção tradicional do estado deve ser reavaliada, exigindo-se, pois, novos instrumentos de análise. Afirma o autor:

O Estado pós-moderno é um Estado cujos traços permanecem, precisamente e enquanto tais, marcados pela incerteza, pela complexidade, pela indeterminação: esses elementos devem ser considerados como elementos estruturais, constitutivos do Estado contemporâneo. Para analisá-lo, é necessário desde logo abdicar do universo das certezas, sair dos caminhos bem balizados da ordem, abandonar a ilusão de uma coerência necessária, de uma completude absoluta. (grifos nossos)

³⁹ DOBROWOSKI, Sílvio. **A constituição no mundo globalizado**, Florianópolis, Ed. Diploma Legal, 2000, p. 305.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Soberania, Estado e Globalização**. In: www.mundojuridico.com.br. Acesso em 18.09.2014.

⁴¹ FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 143.

⁴² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno = L'Etat post-moderne**. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 11. op. cit. p. 20-21.

O principal desafio do Estado contemporâneo consiste, portanto, em conciliar as questões de natureza fiscal (sob a perspectiva da eficiência econômica) com as de seu compromisso democrático em efetivar os direitos fundamentais. A perspectiva neoliberal (que orienta o processo de globalização) se apresenta, pois, como uma investida contra o Estado do Bem-Estar Social atribuindo ao mercado o papel de protagonista no processo de correção das falhas do capitalismo. O que leva a perda de espaço das esferas públicas de decisões para centros de decisões privados e individuais que reafirmam o mercado como o meio natural suficiente para a estabilidade social. O que leva a uma diminuição do significado da política.

Os resultados provocados pelo neoliberalismo, no decorrer das últimas décadas, colocam em xeque o *fundamentalismo do livre mercado*⁴³. O consenso entre os diversos atores sociais em relação às estratégias de desenvolvimento preconizadas pelo Banco Mundial e resumidas pelo Consenso de Washington enfraqueceu-se severamente ao longo desses anos. Stiglitz, em especial, configura-se como um dos principais críticos daquilo que chama de “fundamentalismo de mercado”⁴⁴.

As principais crises na década de 90 (México, Leste Asiático, Long Term Capital Management, Rússia e Brasil), a crise financeira de 2008, as histórias de sucesso não previstas (China e Vietnã) e a derrocada da nação exemplo do Consenso de Washington (Argentina) podem ser apontadas como os principais fatores da perda da legitimidade e enfraquecimento do receituário neoliberal.⁴⁵

Após a eclosão da crise de 2008, o relatório anual do Fundo Monetário Internacional (FMI) de 2009 também apresenta uma mudança de postura por parte dessa instituição. O

⁴³ *Fundamentalismo de livre mercado* ou *fundamentalismo de mercado* (do inglês “*free-market fundamentalism*” ou simplesmente “*market fundamentalism*”) é uma expressão pejorativa usada pelos críticos do capitalismo sustentado na exagerada crença de que mercados livres proporcionam a maior equidade e prosperidade possível, e qualquer interferência nos processos de mercado reduz o bem-estar social – ou seja, livre-mercados seriam capazes de resolver, de *per si*, todos os problemas que afetam uma sociedade.

⁴⁴ Em janeiro de 1998, na sua Wider Lecture, Stiglitz fez um pesado ataque ao Consenso de Washington, chamando-o de “*incomplete*” e “*often misleading*”.

⁴⁵ Em 1999, o Banco Mundial divulgou relatório no qual se destaca o aumento da pobreza no período de maior adesão ao neoliberalismo. Segundo dados do relatório, em números absolutos, a quantidade de pessoas vivendo com menos de US\$ 1 por dia passou de 1,2 bilhão, em 1987, para 1,5 bilhão, em 1999. De 4,4 bilhões de pessoas vivendo em países em desenvolvimento, cerca de 60% não têm acesso a condições básicas de saneamento, um terço não sabe o que é água limpa, 25% não têm moradia adequada e 20% estão sem acesso a serviços médicos. Entre as crianças, 20% não completam cinco anos de escolaridade nem se alimentam de modo adequado. O relatório lembra ainda que a relação entre melhoria na renda média e redução da pobreza nem sempre andam juntas, pois, mesmo quando a renda média aumenta, a redução da pobreza pode não ocorrer no mesmo ritmo. Em 2005 o Banco Mundial apresenta relatório intitulado “*The Growth Experience: What Have We Learned From The 1990’s?*”, por meio do qual se reconhece os erros e a necessidade de revisão dos preceitos defendidos no Consenso de Washington. A nova perspectiva do Banco Mundial, que parcialmente recupera o papel do estado como complementar às forças de mercado, é uma indicação da busca de novas maneiras de abordar o desenvolvimento no âmbito dos organismos internacionais.

ponto central desse relatório é a consideração da intervenção do governo, via expansão dos gastos públicos e maior regulação sobre mercados financeiros, como forma de proteção frente à crise que se espalhou pelo globo. Defende-se, assim, a capitalização dos bancos pelos governos por meio do provimento da liquidez necessária para salvar essas instituições. Consequentemente, desfaz-se a crença na eficiência dos mercados financeiros e se admite a necessidade de “macrorregulação” com o objetivo de combater a instabilidade trazida pelas falhas destes mercados.

A revisão da política neoliberal, e concomitante descrédito quanto ao seu futuro, remete a reflexões importantes acerca não somente do papel do estado, mas sobre quais condições institucionais a atuação do estado é mais exitosa na condução do próprio desenvolvimento. Sob a dimensão política, o grande desafio consiste em reconstruir o conceito de soberania estatal (em suas três dimensões: política, econômica e jurídica) e identificar as condições que fortalecem o estado em sua missão institucional⁴⁶.

Colocam-se em pauta as seguintes indagações:

- a) *Quanto à soberania estatal sob a perspectiva política:* Como o estado contemporâneo pode conciliar os interesses globais com os interesses locais? Quais mecanismos podem contribuir para a governança global? Esping-Andersen destaca a importância e a força dos mecanismos políticos e institucionais de representação de interesses na condução dos objetivos de bem-estar social, emprego e crescimento.
- b) *Quanto à soberania estatal sob a perspectiva jurídica:* Como evitar que a lógica mercantilista se sobreponha sobre os valores democráticos? A partir de que parâmetros deve se construir a nova relação entre estado e sociedade?
- c) *Quanto a soberania estatal sob a perspectiva econômica:* Afinal qual é o papel do estado na economia do século XXI? O que a experiência recente dos países emergentes revela em termos da capacidade do estado em assegurar melhores condições de vida para os cidadãos no presente e no futuro? A concepção do estado do bem-estar social (*Welfare State*) de fato perdeu força ou passa por um processo de reconfiguração? O capitalismo estatal será o arranjo econômico a ser seguido no século XXI?

⁴⁶Esping-Andersen destaca a importância e a força dos mecanismos políticos e institucionais de representação de interesses na condução dos objetivos de bem-estar social, emprego e crescimento:

“(…) Uma vez que países diferem substancialmente em termos de força, organização e centralização dos sindicatos e dos empregadores, a capacidade que têm de administrar os interesses conflitantes também é diferenciada.” ESPING-ANDERSEN. *O futuro do Welfare State na nova ordem mundial*. In: Revista Lua Nova, 35, pág. 74.

Sob a **dimensão política**, o estado-nação - no contexto da globalização - passa a enfrentar uma série de desafios, dentre eles: a fragmentação do poder^{47 48}, o respeito aos valores democráticos - face a lógica mercantilista que passa a imperar com a ideologia neoliberal, e a própria capacidade do estado em atender as necessidades e demandas da sociedade.

2.1.2 Dimensão econômica: o papel do estado na economia no século XXI

Em termos econômicos, o debate gira em torno de duas questões:

- a) papel do estado como protagonista (ou não) no processo de desenvolvimento;
- b) enfraquecimento ou não do modelo de estado do bem-estar social – *Welfare State*.

O debate acerca do papel (*role play*) do estado na economia se acentua a partir da variedade, nas últimas décadas, na trajetória do capitalismo entre os países. Nesse contexto, são resgatados estudos histórico-institucionais de forma a identificar as diferenças nas estruturas dos estados e nas relações entre estado e sociedade. Dentre os aspectos identificados, destacaram-se a presença de uma *burocracia weberiana autônoma, coerente e coesa e conexões do estado com a sociedade civil, especialmente com empresários, ou “sinergia”*.⁴⁹ As experiências permitiram rastrear papéis diferenciados do estado, **autônomo, porém conectado** – nos processos de transformação. Segundo Evans, o êxito ou não das políticas adotadas pelo Estado, decorrem da natureza das estruturas de cada estado. Os resultados dessas políticas decorrem de um lado *da autonomia* do estado e de outro da *capacidade burocrática* em estabelecer *parcerias*⁵⁰.

⁴⁷ A globalização representa (...) um desafio significativo para o exercício da soberania dos Estados no contexto internacional. Esses desafios, que não são triviais, levaram alguns autores a falar em “crise da soberania”, questionando não somente a utilidade do conceito para captar e explicar as características atuais do fenômeno, como também quem seria o “sujeito” da soberania.

⁴⁸ Segundo Streck e Morais, na atualidade podemos observar um “pluralismo de ordenamentos soberanos, entre os quais se inclui o ordenamento estatal”, ainda esclarecem que “é um problema apresentado pela crise atual do conceito de soberania do estado, em virtude da proliferação de ordenamentos soberanos transnacionais, paralelamente ao do Estado”.

⁴⁹ Neste diapasão, destaca-se o conceito de “autonomia inserida” desenvolvido por EVANS cujo cerne é a inserção do estado na sociedade, mantendo simultaneamente uma burocracia em moldes weberianos, centrada no mérito e no universalismo de procedimentos; o papel das instituições domésticas na mediação entre o contexto internacional e a realidade interna de cada país, além da relevância das capacidades estatais para o sucesso de estratégias de inserção externa maximizando, ao mesmo tempo, as condições de desenvolvimento nacional. Evans chama a atenção para os diferentes graus de *stateness*, característicos das trajetórias nacionais de desenvolvimento de economias de mercado. O termo *stateness*, que, utilizando um neologismo poderia ser traduzido por *estatalidade*, significa a centralidade institucional do Estado a expansão de suas capacidades para atender às novas exigências da ordem internacional contemporânea.

⁵⁰ Evans define parceria como “um conjunto concreto de vínculos sociais que une o estado à sociedade e proporciona canais institucionalizados para a contínua negociação e renegociação de metas e políticas”

A definição de autonomia feita por Evans é conhecida como *autonomia inserida*, pois rompe com o pressuposto de insulamento da burocracia proposto por Weber. O estado não deve ser apenas um “garantidor”, mas deve ser um indutor do desenvolvimento, inclusive assumindo riscos pelo seu empresariado local, sendo a relação estreita entre estado e sociedade essencial para a transformação econômica de um país. A essas conexões mais estreitas entre o Estado e a sociedade é o que Evans denomina *parceria*. De modo que o diálogo democrático e os processos deliberativos tornam-se *condição crucial para o estado desenvolvimentista do século XXI*.

Criticando a divisão tradicional entre “políticas de crescimento” e “política social”, Evans aponta para a necessidade de novos conceitos e abordagens. Uma vez que se constata, cada vez mais, que não somente o nível de renda de um país determina o nível de desenvolvimento humano, mas, também, o contrário, que o desenvolvimento humano é necessário para a sustentação de políticas orientadas ao crescimento:⁵¹ Ressalta, assim, a importância da dimensão política no processo de fortalecimento da capacidade administrativa estatal em fornecer os bens coletivos e de infraestrutura. Sob esta perspectiva, a democracia se apresenta como único meio de definir metas específicas de desenvolvimento. As instituições políticas e a sociedade civil assumem, conseqüentemente, a centralidade no processo de definição das metas desenvolvimentistas.

A abordagem das capacitações defendida por Amartya Sen resgata a ideia original de desenvolvimento como promoção de bem-estar a partir do conceito de expansão de reais liberdades ou capacidades que pessoas e grupos possuem para viver vidas que considerem significativas. O autor expande a ideia de liberdade e a qualifica como o principal objetivo do desenvolvimento e o principal meio de atingi-lo. Neste sentido, o desenvolvimento não pode ser reduzido à sua dimensão econômica, mas deve envolver o desenvolvimento político e social das nações. Essas novas concepções sobre desenvolvimento resgatam o papel central do Estado no processo de desenvolvimento sugerindo uma nova forma de atuação, mais indutor e menos diretivo. A conciliação entre ativismo burocrático e democracia tende a provocar uma série de questões:

acrescentando que “redes densamente interligadas sem uma sólida estrutura interna deixariam o estado incapaz de resolver problemas de ‘ação coletiva’... Somente quando parceria e autonomia são unidas é que o estado pode ser chamado de desenvolvimentista.

⁵¹ Evans, Peter. *The capability enhancing developmental state: concepts and national trajectories. Discussion Paper* nº 63, march 2011. CEDE, Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento, UFF, p. 09.

– como ampliar a participação dos diversos atores políticos, econômicos e sociais nos processos decisórios e no controle das políticas públicas e, ao mesmo tempo, evitar que produzam disfuncionalidades?; e,

– como conciliar as distintas dimensões do desenvolvimento (econômica, social, política, ambiental), os diversos interesses dos atores envolvidos e ainda assegurar o respeito aos valores democráticos vigentes?

Uma vez reconhecida a importância da existência e da competência das burocracias estatais para a realização de políticas desenvolvimentistas, o grande desafio consiste em garantir a inclusão dos atores sociais nos processos decisórios e, ao mesmo tempo, a qualidade e legitimidade das políticas públicas.

A trajetória diferenciada de alguns países emergentes, com ampliação de medidas de proteção social, sugerem a possibilidade de se reconstruir uma democracia social para o século XXI. Um dos aspectos a reforçar o entendimento sobre a viabilidade de uma nova democracia social se refere a reconhecida perda da capacidade do Estado em combater a pobreza e desigualdade social por meio de políticas redistributivas⁵². Segundo Pontusson, isso se deve a uma série de medidas voltadas para a redução de gastos e reformas tributárias (com a redução da progressividade) de forma a garantir os ganhos do capital.

O Estado de Bem-Estar Social, portanto, continua a ser uma referência decisiva na concretização dos direitos de cidadania. Suas premissas não são mais as mesmas, pedindo um realinhamento com as atuais demandas da sociedade; deslocando, por exemplo, a sua ênfase em regimes de proteção social para áreas de investimento no capital humano⁵³.

⁵²A participação da parcela dos 1% mais ricos no total da renda, antes do pagamento de impostos, cresceu na maioria dos países da *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE) nas últimas três décadas, revelou a organização em um relatório sobre desigualdade divulgado recentemente. Diante desse quadro, a entidade conclamou os países a adotarem medidas para reduzir a distância entre ricos e pobres, tais como a taxação da riqueza. “Sem uma política de ação coordenada, a distância entre ricos e pobres certamente vai crescer ainda mais nos próximos anos”, afirmou em nota o secretário geral da OCDE, Angel Gurría. “Portanto, é extremamente importante garantir que os mais ricos contribuam com sua justa participação nos impostos.” A OCDE defende que os governos considerem abolir deduções e isenções que são favoráveis, de forma desproporcional, aos mais ricos. Assim, sugere a taxação de formas de remuneração, tais como aplicações de ações, do mesmo modo como taxam salários. Também propõem a elevação de impostos sobre o setor imobiliário. Segundo a OCDE, o aumento da concentração de renda mundial é resultado dos 1% mais ricos se apropriando de uma parcela desproporcional do crescimento da renda geral no período: até 37% no Canadá e 47% nos Estados Unidos, mostra o estudo. Até mesmo em países que possuem um histórico de distribuição de renda mais igualitário, como Finlândia, Noruega e Suécia, a participação dos 1% mais ricos avançou consideravelmente.

⁵³“(…) Por outro lado, os críticos da perspectiva neoliberal sustentam que os custos sociais da dependência em relação ao mercado são muito altos, além de implicarem uma clara polarização entre vencedores e perdedores. Para enfrentar o trade-off entre empregos e desigualdade, eles propõem uma estratégia de investimento social. No lugar de uma redução do bem estar, prefere um redirecionamento das políticas sociais que favoreça programas ativos para o mercado de trabalho, treinamentos e educação permanentes, trazendo as pessoas de

Na busca de superar eventuais tensões/conflitos entre **democracia e capitalismo**, é preciso enxergar nos direitos e demais conquistas das democracias sociais a fonte de renovação e não de esgotamento do capitalismo. O grande desafio, portanto, consiste em identificar os meios e os mecanismos adequados ao desenvolvimento de um capitalismo sustentável. *Afinal, é possível conciliar a ideia de eficiência econômica com a de legitimidade democrática?*

2.1.3 Dimensão social e jurídica - democracia contemporânea, governabilidade e efetividade dos direitos

Dentre os principais desafios que a democracia contemporânea tem encarado destacam-se o **pluralismo político** (característica da sociedade contemporânea)⁵⁴ e a sua **governabilidade** (frente à sobrecarga de demandas). O pluralismo político, um dos pilares da democracia moderna, ao mesmo tempo em que prestigia a noção de cidadania inclusiva, dificulta o processo de intermediação entre estado e sociedade, tornando-o, assim, mais conflitivo e fragmentado.

Uma sociedade plural é aquela composta por vários setores de poder, inexistindo, portanto, um único órgão responsável por proferir as decisões administrativas e políticas; ou seja, a corrente pluralista se opõe à tendência de unificação do poder, a qual é característica da formação do estado moderno.

Dessa forma, percebe-se que, em uma sociedade plural, necessariamente, os diversos grupos devem ter convicção e reconhecer os contrastes existentes entre eles, buscando, dentro de um sistema e ambiente democrático, soluções que levem à superação desses conflitos e, conseqüentemente, atendam aos interesses do maior número possível de pessoas. Nesse sentido, vale reforçar que a tolerância aos posicionamentos dos demais grupos é característica essencial de uma sociedade pluralista.

Portanto, é possível concluir que um estado plural é aquele no qual inexistente uma única autoridade responsável pela administração e pela política estatal, havendo, ao contrário, uma sociedade dividida em grupos organizados que, apesar de estarem subordinados ao próprio Estado, exercem influência sobre as decisões do ente político e, ainda, fiscalizam os

volta ao trabalho – combinados, se possível, a uma garantia de renda mínima.” ESPING-ANDERSEN. **O futuro do Welfare State na nova ordem mundial**. In: Revista Lua Nova, 35, pág.74.

⁵⁴ *Pluralismo* é, num sentido amplo, o reconhecimento da diversidade. O conceito é usado, frequentemente de modos diversos, numa ampla gama de questões. Em política é o reconhecimento de que vários partidos possuem igual direito ao exercício do poder político segundo procedimentos eleitorais claramente definidos. Dessa forma, o *pluralismo político* é uma das mais importantes características da democracia moderna, na qual pequenos partidos políticos também são ouvidos e têm direito a voto.

demais grupos, de forma que nenhum dos setores sociais, isoladamente, tenha a capacidade de controlar a tomada de decisões inerentes aos rumos que serão seguidos por determinada nação. Conforme nos ensina Bobbio⁵⁵, a doutrina democrática tinha imaginado um estado sem corpos intermediários, o que a experiência dos estados democráticos, no entanto, revelou ser “exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se os grupos, tais como, grandes organizações, associações da mais diversa natureza, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos indivíduos.” Apesar da democracia moderna se caracterizar pela representação política, ao longo do tempo foi cedendo espaço à representação de interesses dos grupos.

Nesse contexto, surge o neocorporativismo⁵⁶, entendido como um novo sistema social no qual o estado aparece como mediador entre as partes sociais. Hoje, tal sistema é apontado como uma das principais transformações da democracia e sua visibilidade está como uma forma de solução de conflitos que se vale de um procedimento que nada tem a ver com representação política, mas com a representação de interesses. A esse fenômeno Bobbio chama de “revanche da representação dos interesses”.

Outra consequência do pluralismo político se refere à heterogeneidade dos interesses e às demandas constantes da sociedade, vindo a provocar, segundo alguns autores, uma crise de governabilidade.

O tema da *governabilidade* passou a ser foco nos debates acadêmicos e políticos da década de 60. Surgiu naquele momento como conceito-chave na inflexão conservadora das teorias da modernização ou do desenvolvimento político. Samuel Huntington foi quem, a partir de 1965, capitaneou esta reviravolta ao deslocar o eixo temático do debate acadêmico e político para o que diagnosticou, um pouco mais tarde, como uma profunda *crise democrática* dos países industrializados e para a natureza instável e reversível dos desenvolvimentos democráticos nas periferias capitalistas. Como consequência teórica, a ideia de desenvolvimento político deixa de ter um signo necessariamente positivo e o foco central das preocupações práticas passou do problema da "construção democrática" para o da *estabilidade política* ou, mais precisamente, da *preservação da ordem* ou da *governabilidade*. Huntington vislumbrou eventual crise de governabilidade de forma diferente nos países industrializados e periféricos. Nos primeiros, a governabilidade estaria ameaçada pela

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo, 2004, pág. 35.

⁵⁶ *Neocorporativismo* é conceito político usado para analisar o conjunto de mudanças ocorridas nas relações entre o estado e as organizações representativas dos interesses particulares, em países com regime democrático. Surgiu como reação ao individualismo e à atomização produzidos pelo *neoliberalismo*.

sobrecarga de demandas ao Estado. Contudo, nos segundos a debilidade institucional seria a grande ameaça.

Nos anos 90 o conceito de governabilidade ressurgiu na agenda do Banco Mundial e demais instituições multilaterais. Dessa vez com o enfoque voltado para a homogeneização das reformas estruturais previstas no Consenso de Washington na forma de uma preocupação mais limitada com o que chamaram de *governance* ou *good governance*. Consequentemente, governabilidade e reformas estruturais passaram a ser definidas, cada vez mais, de forma circular: a governabilidade passa a ser condição das reformas como essas passam a ser o caminho mais seguro para consolidar a própria governabilidade:

Para muitos credores do sistema financeiro, a efetividade de suas operações de ajuste e investimento é impedida por fatores que contribuem para uma gestão ineficiente. Esses fatores incluem instituições pouco sólidas, a falta de uma adequada estrutura legal, a fragilidade dos sistemas e políticas incertas e variáveis (World Bank, 1992, p. 4).

Percebe-se que o conceito de governabilidade variou de acordo com o tempo e o espaço: num primeiro momento, apontou normativamente para a necessidade de restringir as "demandas democráticas excessivas" e, num segundo momento, recomendou que se reduzisse o papel do estado e se desregulassem os mercados; finalmente, encontra-se associado a um programa destinado a assegurar a homogeneização internacional das políticas econômicas de corte liberal-conservador.

Segundo Bobbio o reduzido rendimento do estado democrático é previsível, considerando-se a emancipação da sociedade civil e do sistema político que produz. O referido processo de emancipação fez com que a sociedade civil se tornasse cada vez mais “uma inesgotável fonte de demandas dirigidas ao governo, ficando este para bem desenvolver suas funções, obrigado a dar respostas de forma adequada.” A quantidade e a rapidez dessas demandas, pondera Bobbio, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente.

O reconhecimento de que as práticas de estado podem se distanciar do idealizado pelo regime político – afinal nenhum regime de governo consegue ser pleno – assim como a constatação de que recentemente novos regimes democráticos, ou até mesmo os mais antigos, apresentam características inesperadas ou divergentes das idealizadas (democracia ideal), tem despertado a atenção da literatura para a identificação de critérios mais claros e precisos, que permitam a melhor compreensão sobre o processo de transição entre os regimes políticos.

Nesse sentido, destaca-se a contribuição de Robert Dahl com o seu conceito de poliarquia (governo de muitos). Segundo Dahl, as poliarquias “são regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente

abertos à contestação política”. Tratando, assim, o problema da democratização, como um processo de progressiva ampliação da competição e da participação política. Essa identificação da democratização com avanços nestes dois eixos – competição e participação – tornou-se clássica, entre outras razões, porque ofereceu critérios que permitissem a classificação dos regimes políticos observados, tendo em vista sua maior ou menor proximidade do ideal democrático. Afirma que "nenhum Estado jamais possuiu um governo que estivesse plenamente de acordo com os critérios de um processo democrático". Aqui, aparece, também, a questão dos direitos: um regime democrático pressupõe que os cidadãos tenham direitos políticos e sociais sem os quais não seria possível o exercício da democracia.

Dahl afirma que na atualidade, em especial após a demanda por democratização a partir dos anos 60, houve a difusão do regime por ele intitulado como “poliarquia” (democracia com alto grau de participação/inclusão e contestação pública).

O’ Donnell⁵⁷, no entanto, aponta a insuficiência do conceito de Dahl para explicar o processo que ocorre nas democracias recentes na América Latina, caso de Peru, Bolívia, Chile, Argentina e Brasil. Contrariando o pensamento dominante na ciência política, defende que os atributos democrático e autoritário, não se referem apenas ao regime, mas também ao estado.⁵⁸ O estado é uma ordem social. Nesse sentido, nada mais justificável que o estudo que se proponha explorar e compreender como as características do estado, de suas instituições, e o modo como se relacionam com a sociedade, determinam as características da democracia. Considerando-se o sistema legal como uma expressão das relações de poder presentes na sociedade, O’Donnell destaca a importância de analisá-lo não apenas do ponto de vista formal (criação), mas de sua efetividade (aplicação).

Sobre a dimensão legal do estado, afirma o autor:

Muchas de estas relaciones se formalizan en un sistema legal surgido del estado y respaldado por él. El sistema legal es una dimensión constitutiva del estado y del orden que éste establece y garantiza en un cierto territorio. Este orden no es igualitario ni socialmente imparcial. Tanto en el capitalismo como en el socialismo burocrático, sustenta y contribuye a reproducir relaciones de poder sistemáticamente asimétricas.

⁵⁷ O’ Donnell, Guillermo. *On the state, democratization and some conceptual problems*, 1993, p.01-10

⁵⁸ Na obra de Guillermo O’Donnell (O’DONNELL,1999) encontramos um amplo esforço de revisão da teoria da democracia, movida especialmente pela intenção de produzir um *corpus* teórico adequado à experiência das “novas democracias”, isto é, daquelas sociedades fora do eixo das democracias pioneiras, o que ele chama de “democracias originárias”, que compreenderia o quadrante Noroeste do globo – os Estados Unidos e a Europa Ocidental – além da Austrália e da Nova Zelândia. Parece-nos que a intenção do autor é produzir uma teoria da democracia que não peque por etnocentrismo, uma vez que a experiência das novas democracias imporia uma ampliação do conceito de democracia, obrigando-nos a cogitar de variáveis que não foram consideradas na teoria clássica, a fim de dar conta dos problemas reais da consolidação democrática nas novas experiências.

O estado legal é um dos pilares da aposta democrática⁵⁹ que não pode prescindir desse instrumento para sua constituição e perpetuação. Assim, para falar em democracia deve-se ter em conta não apenas aspectos relativos ao regime político, como também aspectos relativos ao estado. Requer-se, portanto, que:

[...] as pessoas devam ser capazes de confiar na lei quando agem, [...] que ela [a lei] exista, que seja conhecível, que suas implicações sejam relativamente determinadas e que se possa esperar com confiança que ela estabeleça limites dentro dos quais os principais atores, incluindo-se o governo, agirão.

Quanto ao problema da constituição do estado legal, configura-se algo mais complexo e, nesse caso, democracias latino-americanas, segundo O’ Donnell, talvez não “passassem no teste”. Trata-se não apenas de se dispor de um *corpus* de agentes públicos ou de um sistema legal instituído de acordo com as regras democráticas, mas, sobretudo, de garantir, com esses e outros instrumentos, a efetividade do sistema de leis em todo o território do Estado, em todos os tipos de questões e para todos os tipos de pessoas, grupos e organizações. Assim, independente das diferenças de classe, condição social ou poder político e econômico, a vigência do estado legal supõe a aplicação da lei – na esfera administrativa ou judicial – de maneira racional e conforme procedimentos públicos e pré-estabelecidos.

Essa efetividade das leis se baseia, nos termos de O’ Donnell, na expectativa de que determinada lei será aplicada por autoridade com poderes pertinentes e de forma equitativa (contrapondo-se a qualquer conduta ou valor discriminatório). Estado efetivo é aquele que consegue cumprir as leis que cria e realizar as políticas que define. *Estado forte é o estado efetivo*, ou seja, é o estado que além de estabelecer com eficácia essa legalidade não é percebido pela maioria da população como fonte de consagração de interesses particularistas⁶⁰.

⁵⁹ A democracia resultaria não de um suposto consenso, contrato ou processo deliberativo, mas de uma “*aposta institucionalizada, universalista e incluyente*” (O’DONNELL, 1999), além de sustentada pelo sistema legal, na capacidade dos indivíduos gerirem de maneira autônoma os seus interesses, quer na esfera privada, quer na esfera pública. Quanto mais arraigada essa aposta, mais democrático o regime político, o estado e, em última instância, a própria sociedade. Segundo afirma, “*a história da democracia é, em toda parte, a história da difícil aceitação dessa aposta*” (O’DONNELL, 1999).

⁶⁰ Vale a pena destacar o comentário de O’ Donnell sobre a noção de Estado forte: “(...) Con frecuencia el debate contemporáneo confunde dos dimensiones diferentes. Una de ellas corresponde al tamaño y al peso relativo del aparato estatal. No cabe duda de que en la mayoría de los países recientemente democratizados el estado es demasiado grande, y que esto tiene varias consecuencias negativas. Sin embargo, en este contexto, el antónimo de grande no es pequeño sino ágil, es decir, un conjunto menos pesado pero eficaz de organizaciones públicas capaz de establecer sólidas raíces para la democracia, resolver progresivamente los problemas de equidade social y generar condiciones que lleven a tasas de crecimiento económico adecuadas para sustentar los adelantos tanto de la democracia como de la equidad social. La segunda dimensión se refiere a la fortaleza o debilidad del estado como un todo, es decir, incluyendo pero no sólo el aparato estatal. Un aparato estatal “grande” o “pequeño” puede o no establecer efectivamente su legalidad en un territorio. De acuerdo con la perspectiva que propongo, un estado fuerte, independientemente del tamaño de sus burocracias, es un estado que establece con eficacia esa legalidad

No contexto de um estado democrático tal efetividade das leis corresponde ao respeito às garantias e liberdades individuais bem como o acesso aos direitos sociais. Ressaltada por O’ Donnell, a igualdade garantida a todos os cidadãos⁶¹ é fundamental para o exercício dos direitos políticos e para a efetividade das garantias individuais consagradas na tradição liberal. Nesse sentido, nos oferece um amplo relato sobre as distorções e os paradoxos dos sistemas legais na América Latina, o que indicaria uma “*séria abdicação da autoridade democrática*” na região.

A realidade das democracias recentes na América Latina revela uma transição que, além da ausência da institucionalização, se caracteriza por sua heterogeneidade territorial e funcional. Nesses casos os estados, ditos ineficazes, coexistem com esferas de poder autônomas com base territorial, tornando-os incapazes de assegurar a efetividade de suas políticas ao longo de seu território e do sistema de estratificação social⁶². Neste sentido o autor propõe uma classificação das democracias a partir do maior ou menor grau de presença do estado tanto no aspecto funcional quanto no territorial:

- a) **zonas azuis** se referem às democracias com alto grau de presença do estado nas duas dimensões: territorial e funcional;
- b) **zonas verdes** se referem às democracias que apresentam alto grau de penetração no território e uma presença muito menor em termos funcionais;
- c) **zonas marrons** se referem às democracias que apresentam um nível baixo nas duas dimensões, caso das “democracias novas” nas quais se verifica a insuficiência da ação do Estado em fazer valer o *rule of law*.

y que no es percibido por la mayoría de la población sólo como un ámbito para la persecución de intereses particularistas.

⁶¹A ideia de agência desenvolvida por O’ Donnell é fundamental para a compreensão do conceito de cidadania:

“(..). Agência implica a presunção da capacidade de tomar decisões consideradas suficientemente razoáveis para ter consequências importantes, tanto em termos da agregação de votos quanto do exercício de cargos governamentais e/ou estatais. Os indivíduos podem não exercer tais direitos e liberdades, mas o sistema legal de um regime democrático constrói a todos como igualmente capazes de exercitar tanto estes direitos e liberdades quanto as obrigações correspondentes. A atribuição, legalmente respaldada e universalista, da agência realizada pela democracia política é um fato absolutamente crucial em si mesmo e por suas múltiplas repercussões, sobre as quais voltarei ao longo deste livro.” (O’Donnell, 2010b:40)

⁶²O’ Donnell avalia a inefetividade do sistema legal nas democracias da América Latina a partir de três dimensões: a territorial (conjunto das burocracias estatais conseguindo desempenhar suas funções), a funcional (efetividade das leis) e a ideológica (noção de interesse público).



Figura 1: As democracias segundo as dimensões territorial e funcional (mapa das cores) segundo O’ Donnell

Fonte: Elaboração própria

O autor identifica o que denomina áreas marrons (sem a presença do estado em duas dimensões: territorial e funcionalmente) em países como Brasil e Argentina. Uma das grandes dificuldades apontadas se refere à dicotomia que se percebe entre a formalização do regime democrático (representatividade assegurada) e o autoritarismo presentes na sua prática, levando a mencionar que, nesses casos, a representatividade está “introjetada pelo autoritarismo”. Apesar de esses estados reconhecerem, e até assegurarem aos seus cidadãos direitos políticos, seus direitos civis são negligenciados.⁶³

Em tais “zonas marrons”, afirma O’Donnell, o estado burocrático pode estar presente, na forma de prédios e funcionários públicos, porém o estado legal está ausente, uma vez que a legislação formalmente em vigor é aplicada, quando muito, de forma intermitente, englobada pela legislação informal, que se constitui por uma complexa interação de atores privados e funcionários públicos, orientada, no entanto, para finalidades que podem ter pouca relação com interesses públicos ou coletivos. Ainda segundo o autor, isso acarreta “com frequência uma renegociação contínua dos limites entre essas legalidades, formal e informal, em processos sociais nos quais é (às vezes literalmente) vital entender os dois tipos de lei e as relações de poder extremamente desiguais que eles reproduzem”.

⁶³ O’Donnell, Guillermo. **On the state, democratization and some conceptual problems**. 1993, p. 12: As noted above, in the brown areas of new democracies, the specifically political conditions for the existence of polyarchy are usually met. But peasants, slum-dwellers, Indians, women, et al, are often unable to get fair treatment in the Courts, or to obtain from state agencies services to which they are entitled, or to be safe from police violence – and a long etc.. These are extrapolyarchical but still politically relevant restrictions: they entail the ineffectiveness of the state-as-law, the abating of some rights and guarantees that, as much as voting without coercion, are constitutive of citizenship.

Trata-se de uma situação da qual se podem colher exemplos na experiência latino-americana, onde sistemas legais nacionais de características tendencialmente poliárquicas, convivem com subsistemas informais de caráter localizado (pertinentes, em regra, a regiões socialmente periféricas), de pouca inspiração e/ou compromisso com a aposta democrática. Essa convivência entre formalidade e informalidade, todavia, não tem se demonstrado absolutamente incompatível com o regime democrático. Ao mesmo tempo a expansão (que se constata) dessas zonas marrons, nas três últimas décadas, fruto das crises econômicas e antiestatistas revela-se preocupante, tornando-se imprevisível o futuro de tais democracias⁶⁴.

O'Donnell enumera os principais problemas das democracias "marrons":

- a) existência de aspectos discriminatórios (negativos) na legislação;
- b) aplicação "pessoalizada" da lei, isto é, condicionada pelo capital econômico, político ou social dos envolvidos;
- c) inacessibilidade ao Poder Judiciário e a processos justos pelos segmentos desprivilegiados;
- d) existência de "*áreas marrons*", ou "*zonas pardas*", a indicar a falta de efetividade do sistema legal conquanto estejam elas integradas do ponto de vista político, territorial ou econômico, dando margem à constituição de *formas privatizadas de regulação social*.

Wanderley Guilherme dos Santos⁶⁵ aparenta convergir com O'Donnell ao traçar um perfil da democracia brasileira a partir de dados sobre participação eleitoral, engajamento comunitário, filiação sindical, contatos políticos e uso das instituições públicas para arbitrar conflitos (recurso à Justiça e ao poder de polícia dos organismos governamentais, inclusive a própria polícia). Pretende demonstrar que a morfologia poliárquica brasileira, "excessivamente legisladora e regulatória", "assenta-se sobre uma sociedade plural, embora quanto à multiplicidade de grupos de interesse, seja essencialmente "hobbesiana" e "estatofóbica". Citando, como exemplo, o guardador de carros que privatiza o estacionamento público, estabelecendo seu preço e ainda podendo destruir o bem que diz proteger, mas esse modelo também está presente nas relações que se estabelecem com o funcionário que cobra propina para "acelerar o processo", com a dona de casa que não paga o salário mínimo ou o décimo-terceiro à empregada doméstica, com o médico que não dá recibo, com o bêbado que atira para o alto num dia de vitória de seu time de futebol, com o comerciante que cobra

⁶⁴ O'Donnell, Guillermo. Teoria democrática e política comparada. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 42, n. 4, p. 577-654, 1999.

⁶⁵ Santos, Wanderley Guilherme dos. Gênese e apocalipse: elementos para uma teoria da crise institucional latino-americana. *Novos Estudos Cebrap*. São Paulo (20), pág114, mar. 1988.

preços aviltantes e não paga impostos, com o patrão que se apropria da contribuição previdenciária do empregado, com o deputado que só representa interesses particularistas, etc.

A partir da classificação de O' Donnell, pode-se dizer que no Brasil, por exemplo, a poliarquia só existe em pequenas manchas azuis espalhadas sobre a extensa superfície marrom da democracia “delegativa.”⁶⁶ Na maior parte de seu território, o estado e seu sistema legal não conseguem assegurar a vigência de uma ordem que, ainda que fundada em relações assimétricas, garanta expectativas estáveis e, portanto, previsibilidade de comportamentos, sempre consistentes com a lei.

Desigualdade social, altos índices de violência, corrupção e má prestação dos serviços públicos, são aspectos característicos das novas democracias e continuam a desafiar o estado, tanto em seu **aspecto soberano** (aplicação do direito que produz) quanto na **legitimidade** de sua relação com a sociedade.

Efetividade das leis e dos direitos constituiria o conceito chave das democracias contemporâneas, sobretudo das mais recentes.

Ao trazer um critério qualitativo para o estudo da democracia contemporânea, o pensamento de O' Donnell trouxe importantes contribuições. Dentre elas a compreensão dos problemas específicos que as sociedades latino-americanas e demais democracias recentes vêm enfrentando em seu processo de consolidação; o destaque para o exercício da cidadania e a necessidade de seu fortalecimento (igualdade substancial e não apenas formal) e o caráter estratégico que atribui à **dimensão legal** (*rule of law*⁶⁷), ao abordá-la como **requisito para a constituição do estado de direito e para o exercício da cidadania no estado democrático** (efetividade das leis).

2.1.3.1 O direito como dimensão constitutiva do estado

A perspectiva defendida por O' Donnell de que o sistema legal é uma das dimensões de que constitui o estado a influenciar o seu processo de democratização propõe novos paradigmas tanto para a teoria política quanto para o constitucionalismo contemporâneo⁶⁸;

⁶⁶ Para Guillermo O' Donnell, a democracia delegativa supõe um precário funcionamento das instituições políticas, o que faz com que a figura do chefe do Executivo, presidente eleito ou chefe do movimento, assumam um caráter ainda mais central no processo político, pois ele recebe (ou avoca) delegação para governar acima dos partidos e demais instituições democráticas.

⁶⁷ *Rule of law* ou princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito, com origem no fim do século XVIII e cujo significado político se traduz no paradoxo entre regra/exceção que instaura. Diz respeito à obediência às leis. Por meio dele, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

⁶⁸ “Na medida em que a maior parte da legislação formalmente aprovada existente num território seja promulgada e sustentada pelo Estado, e que se suponha que as próprias instituições do Estado ajam de acordo

assim, o *rule of law*, ou princípio da legalidade, passa a ser percebido como um dos critérios de qualidade de uma democracia.

Segundo O'Donnell o *estado legal* é a parte do estado que é personificada num sistema de leis que, penetrando e estruturando a sociedade como um todo, fornece um quadro básico para as atividades sociais, conferindo relativa estabilidade e previsibilidade às relações sociais. Igualmente, para falar em democracia deve-se ter em conta não apenas aspectos relativos ao regime político, como também aspectos relativos ao estado. Quando se propõe estudar a relação estreita entre o princípio da legalidade e a democracia, O'Donnell busca identificar os atributos de que deve se revestir o sistema legal quando concebido no contexto democrático. Numa democracia, entendida não só do ponto de vista formal, mas também de conteúdo, o princípio da legalidade deve assegurar direitos políticos, liberdades civis e mecanismos de *accountability* que venham afirmar a igualdade política de todos os cidadãos e impedir eventuais abusos de poder do estado.⁶⁹

Um sistema legal, como base de um regime democrático, deve apresentar as seguintes condições: proteger os direitos políticos, liberdades e garantias de um regime democrático; assegurar os direitos civis a toda a população e estabelecer uma rede de responsabilidade e *accountability* que submeta todos os agentes (públicos e privados), incluindo as maiores autoridades estatais ao controle de legalidade de seus atos.

Ainda segundo O' Donnell, a reunião dessas três condições configura o *estado democrático de direito*. A existência de uma rede completa de *accountabilities*, definida legalmente e que impõe que ninguém esteja acima da lei ou escape de seu controle, é a principal característica atribuída ao *princípio da legalidade* no contexto democrático.

Mesmo que importantes para a configuração de um Estado democrático, a qualidade das leis não é o único critério a ser considerado, quando se volta para a efetividade do sistema legal. No entanto, de acordo com O' Donnell, o sistema legal não se compõe apenas do seu quadro normativo, mas também, das instituições estatais que regula; portanto, um sistema legal efetivo depende da existência de uma rede de instituições estatais competentes que desempenhem esse papel.

com as normas legais, devemos reconhecer (como há muito reconheceram os teóricos europeus continentais e os anglo-saxões ignoraram) que o sistema legal é parte constituinte do Estado.”
O'Donnell, Guillermo. Poliarquias e a (In) efetividade das leis na América Latina. In: Revista Novos Estudos, 51, 1998, pág. 45.

⁶⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Why the rule of law matters*. *Journal of Democracy*, Volume 15, Number 4, October 2004, p. 32. Afirma O' Donnell: (...) *Without a vigorous rule of law, defended by an independent judiciary, rights are not safe and the equality and dignity of all citizens are at risk. Only under a democratic rule of law will the various agencies of electoral, societal, and horizontal accountability function effectively, without obstruction and intimidation from powerful state actors. And only when the rule of law bolsters these democratic dimensions of rights, equality, and accountability will the responsiveness of government to the interests and needs of the greatest number of citizens be achieved.*

A relação das instituições estatais entre si e com os cidadãos passa a se constituir como critério qualitativo da democracia. Um estado legal democrático forte — que efetivamente estenda seu poder regulatório sobre a totalidade de seu território e por todos os setores sociais — é consequência de uma sociedade forte. Inversamente, a inefetividade dos direitos civis, seja sob o governo autoritário, seja sob um estado legal fraco, obstrui a capacidade de ação que a lei atribui nominalmente a todos.

O’ Donnell, em seu texto *why rule of law matters*, apresenta as seguintes *dimensões do princípio da legalidade democrática*:

- a) *Em relação ao sistema legal* – O sistema legal deve ser analisado sob a ótica das duas dimensões: a territorial – que se refere à extensão homogênea (ou não) ao longo do território. Nos países da América Latina surgem as zonas marrons que indicam significativas lacunas; e a da estratificação social – que se refere à aplicação igualitária da legislação em relação a classes, grupos econômicos e outros grupos sociais.
- b) *Em relação ao Estado e Governo* – Sob este aspecto há que se considerar: o controle legal e efetivo que o Estado exercita ao longo de todo o território; a existência de instituições competentes e autorizadas a exercer a *accountability* horizontal, sobretudo em relação a ações eventualmente ilegais praticadas por autoridades, e o tratamento equânime dispensado pelas instituições estatais aos cidadãos e a previsão de mecanismos adequados à prevenção/correção de situações abusivas.
- c) *Em relação às cortes e suas instituições auxiliares* – O judiciário deve preservar sua autonomia e se manter livre das influências dos outros poderes (Executivo/Legislativo) ou de interesses privados, bem como evitar a busca de interesses corporativos. Outro aspecto a se examinar se refere ao reconhecimento por parte das cortes dos tratados de direitos humanos e até que ponto se dá esse reconhecimento. Um sistema legal democrático deve assegurar aos mais pobres o acesso aos tribunais e a uma orientação legal e competente. A polícia e demais forças de segurança devem respeitar os direitos de todos os indivíduos, bem como observar o *due process of law* (devido processo legal) e as condições dignas no tratamento dispensado aos prisioneiros.
- d) *Em relação às instituições em geral* – No contexto de um sistema legal democrático (princípio da legalidade) que todas as instituições estatais tratem os cidadãos com respeito, dignidade e justiça. As regras que regulam as instituições estatais devem ser públicas, claras e válidas. Diante de eventuais violações/abusos aos direitos dos cidadãos devem ser disponibilizados mecanismos adequados à sua prevenção, suspensão e correção.

- e) *Em relação ao contexto social* – Deve-se assegurar os direitos e garantias de livre associação, participação e exercício vertical da *accountability* social⁷⁰.

O sistema legal democrático, no qual a relação entre leis, instituições e cidadãos, é tido como indicador de maior ou menor grau de democratização, evidencia o aspecto dinâmico da democracia, que, além da garantia dos direitos políticos, permite a conquista e o exercício pleno dos direitos civis. O'Donnell define democracia como um processo em permanente construção, no qual a atuação dos cidadãos na luta em defesa e conquista de seus direitos, permite uma reconfiguração constante dos limites e possibilidades da própria democracia. O direito a ter direitos é uma forma de fortalecer e expandir a cidadania e, assim, democratizar a sociedade e o estado como um todo. Na sua concepção, democracia é muito mais do que um regime político, poliárquico, mas um modo particular de relacionamento entre Estado e cidadãos e entre os próprios cidadãos que, a partir da ampliação da cidadania civil (principalmente no acesso aos direitos sociais), busca o fortalecimento da cidadania política⁷¹, por meio de uma rede de *accountabilities*. As leis, nesse sentido, expressariam a síntese das relações de poder presentes na sociedade, levando o autor a contestar a visão positivista, que as encara como uma mera técnica (racionalizada) de organização das relações sociais.

Os direitos e garantias não existem “simplesmente”; precisam ser exercidos e defendidos contra tentações autoritárias persistentes e, para isso, são decisivas as capacidades que a sociedade fornece a seus membros. Conforme assinala O'Donnell, a existência de um sistema legal que reconheça e garanta os direitos (ainda que formais) sociais e políticos, constitui importante instrumento de luta dos setores menos favorecidos, na busca pela superação do quadro de pobreza a que estão condenados em sociedades como as da América Latina com profundas desigualdades sociais⁷².

⁷⁰ Conforme nos ensina O'Donnell *vertical accountability*, tipo social, é aquele exercido por grupos e mesmo indivíduos que buscam mobilizar o sistema legal contra o estado e o governo de forma a prevenir, suspender, corrigir ou punir as ações ou omissões ilegais praticadas pelas autoridades.

⁷¹ (...) a condição de cidadania política é complexa. É adscritiva, pois (salvo no caso dos cidadãos naturalizados) corresponde aos indivíduos pelo mero fato de ter nascido em um território (*ius solis*) ou de uma descendência (*ius sanguinis*). É potencialmente "empoderadora", pois os indivíduos podem querer usar esses direitos e liberdades a fim de levar a cabo uma variedade de ações. É limitadamente universalista, no sentido de que, dentro da jurisdição do Estado, é outorgada sob os mesmos termos a todos os/as adultos/as que cumprirem o critério de nacionalidade. É também uma condição formal, pois é estabelecida por normas legais que, no seu conteúdo, promulgação e aplicação, satisfazem critérios que são estipulados, por sua vez, por outras normas legais. Por último, a cidadania política é pública. Com isso, quero dizer, primeiro, que é resultado de leis que devem cumprir exigências cuidadosamente explícitas em relação à sua publicidade e, segundo, que os direitos, liberdades e obrigações que outorgados a cada ego implicam (e demandam legalmente) um sistema de reconhecimento mútuo de todos os indivíduos, independentemente de sua posição social, como portadores desses direitos, liberdades e obrigações. (ibidem:43).

⁷² Segundo O'Donnell, um sistema legal garantidor dos direitos políticos e sociais, contribui para o processo de intensa juridificação. É neste momento que a lei se apresenta como a condensação dinâmica das relações de poder em jogo.

A concepção de O'Donnell parece convergir com o argumento de Amartya Sen⁷³ ao atrelar ao conceito de desenvolvimento a expansão das capacidades das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam e com razão. Segundo Sen, o sistema político democrático e, dessa forma, a liberdade política, pode, por si só, fortalecer demais tipos de liberdades ao se referir à frequência nula de ocorrências de fomes coletivas, entre outros desastres econômicos, em países com democracias estáveis, acontecendo com frequência imensamente maior em países com regimes ditatoriais e opressivos. Tal convergência de pensamento entre as diferentes áreas de conhecimento, não só reforça a ideia de crise de Estado, como aponta a temática da efetividade das leis como o principal desafio das democracias contemporâneas.

Do pensamento de O'Donnell se extrai quatro eixos argumentativos cujos desdobramentos são significativos para o universo jurídico: *o sistema legal como dimensão constitutiva do estado*⁷⁴, *a relação das leis com as instituições que regula, a extensão dos direitos sociais a toda as camadas da população e a rede de accountabilitys*.

2.1.3.1.1 O direito como a dimensão constitutiva da vida econômica e social na perspectiva do institucionalismo legal⁷⁵

Hodgson⁷⁶ nos explica, que o institucionalismo legal apesar de suas origens institucionalistas, se distingue quando destaca a importância do papel do Estado no sistema legal e atribui ao direito um papel constitutivo na vida econômica e social, além de ressaltar a importância de se compreender os processos institucionais de legislação e da evolução legal.

Afirma o autor:

(...) Legal institutionalism shares with other institutional approaches a common emphasis on the importance of social rules. Indeed, rules are the stuff of social life and institutions are essentially systems of shared social rules. As Kurt Dopfer, John Foster and Jason Potts (2004, p. 263) put it: "an economic system is a population of rules, a structure of rules, and a process of rules." Legal institutionalism adds to this the further claim that many of the more important and powerful rules are legal in character, and they are backed by the power and authority of the state.

⁷³ Para Sen, "O que as pessoas conseguem realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras, como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas" (SEN,2010, pág. 18).

⁷⁴ (...) Vemos que a lei é um elemento constitutivo do Estado: é a parte do Estado que proporciona a urdidura regular e subjacente para a ordem social que existe em um território determinado. (O'Donnell, 1993:4)

⁷⁵ Segundo nos ensina Hodgson, o termo institucionalismo legal tem sido utilizado por alguns estudiosos do direito para se referir às teorias institucionalistas voltadas para o Direito. Mas o mesmo adverte, que usa o termo para se referir as abordagens embasadas juridicamente para a análise institucional e econômica do capitalismo.

⁷⁶ DEAKIN, Simon, GINDIS, David, HODGSON, Geoffrey, HUANG, Kainan, PISTOR, Katharina. *Legal Institutionalism: Capitalism and constitutive role of law*.2013, p. 08.

Ainda, segundo Hodgson, o fato de se ter negligenciado o estudo acerca da natureza do direito e de seu papel no desenvolvimento do capitalismo levou a concepções inadequadas que ainda vigoram na ciência econômica e precisam ser superadas, a fim de se compreender melhor o estágio em que se encontra o capitalismo contemporâneo e bem como traçar suas perspectivas. Nesse sentido, uma compreensão do sistema legal se revela vital.

O institucionalismo legal defende as seguintes ideias ⁷⁷:

- Quanto à natureza do direito, se defende que o mesmo se origina tanto do Estado quanto dos arranjos espontâneos entre os particulares. A redução do Direito a apenas um destes aspectos é equivocada. Resumindo, a natureza do direito é definida a partir da presença de dois elementos: o privado (espontâneo) e o Estado (desenhado). Afinal, o direito também envolve a presença de Judiciário e Legislativo institucionalizados, a fim de superar os conflitos e proteger os direitos. Comenta Hodgson:

*(...) In legal institutionalism, then, law is treated as more than custom: it is partially constituted by the state. Once we consider the problems of enforcement in a complex legal system with many agents, and the motivational reasons why individuals might obey the law, then something like the state is required ultimately to ensure enforcement. Law emerges in hierarchical and complex societies with large numbers of individuals. The state must establish a monopoly of force, restrain vigilantism and minimize extra-legal violence. It uses law to accomplish these tasks, because the state's commitment to operate within predetermined legal constraints enhances its own legitimacy as a power wielder. Consequently, in practice, and with a few historical exceptions, **law requires a state; conversely, the state is typically a necessary condition of law's existence.***

- A compreensão das regras legais é fundamental tanto para os economistas quanto para os cientistas sociais.
- O Direito não é *epifenômeno*, mas constitutivo. Nas sociedades modernas é um mecanismo central do poder social.
- O Direito cria as relações sociais e é indispensável para definição moderna de classes sociais.
- O Direito é uma instituição chave para superar as incertezas contratuais.
- É parte constitutiva da estrutura de poder e importante instrumento pelo qual o poder é exercido – “*Law is an expression of state power*”.

⁷⁷ Extraído dos textos de autoria do Prof Geoffrey Hodgson: ***Legal Institutionalism: Capitalism and constitutive rule of law; Discovering Capitalism: Law and State***. In: **Conceptualizing Capitalism: Institutions, evolution and future**, 2014.

- Sistemas jurídicos complexos desempenharam importante papel no desenvolvimento do capitalismo e são vitais para o desenvolvimento das economias.
- Direito é poder e não mero instrumento.

Jack Knight em seu artigo *The rule of law and Institutional Analysis* critica a corrente predominante nas Ciências Sociais ao negligenciar estudo das regras de direito em análises de instituições econômicas ou políticas. Destaca, ainda, a variedade de papéis que as regras de direito desempenham nas pesquisas acadêmicas sobre instituições econômicas e sociais, (a partir dos mecanismos institucionais de implementação e coação bem como dos de interpretação das leis e de solução de conflitos), correlacionando-as, expressa ou implicitamente, com os bons resultados sociais e econômicos.

Sob esta ótica, as regras de direito (*rule of law*) são normalmente consideradas um fator necessário para se alcançar valores sociais, como ordem social, boa governança e desenvolvimento econômico. Segundo Knight em toda análise que se pretenda fazer sobre as contribuições do direito em relação as instituições econômicas e sociais, há que se considerar que:

- a) **As regras de direito limitam o poder das autoridades governamentais** – Em relação a este aspecto deve se levar em consideração duas dimensões a saber: por um lado destaca como as exigências legais determinam o modo que as autoridades irão desenvolver ou implementar políticas públicas, por outro lado, enfatiza as restrições sobre poder secundário de legislação das autoridades governamentais, uma vez que qualquer criação de nova lei ou modificação de uma já existente deverá obedecer os procedimentos nas leis e na Constituição;
- b) **As regras de direito contribuem para a criação e manutenção do Estado de Direito**, no qual autoridades governamentais e cidadãos estão igualmente submetidos aos mandamentos legais;
- c) **As regras de direito formalizam o sistema jurídico**, lembrando que a formalização confere estabilidade às expectativas sociais. Neste sentido o sistema jurídico deve apresentar os seguintes *atributos: publicidade, generalidade, certeza e estabilidade*;
- d) **As regras de direito contribuem para a incorporação de valores no sistema jurídico**. Sob este aspecto o autor destaca a controvérsia a respeito da natureza do direito bem como as possibilidades que se abre para análise quando se depara com a proposta de um sistema jurídico a concretizar valores como justiça social, igualdade. Afinal, os valores constituem metas de um sistema jurídico quando se busca a sua efetividade.

Tanto as reflexões de O'Donnell quanto as do institucionalismo legal convergem para a necessidade de se compreender o Direito sobre a sua dupla função, no contexto democrático, qual seja: a de instrumento de atuação do Estado (aspecto normativo) bem como a de

transformação da realidade (a partir da concretização dos direitos fundamentais e valores democráticos), contribuindo, assim, para o fortalecimento da capacidade (política e administrativa) do Estado em implementar as suas políticas públicas. À ideia de Estado de Direito se acrescenta a de Estado Democrático, fazendo surgir o paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.2 O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCIPAIS DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Como na ciência política e na economia, o direito contemporâneo tem se voltado para a temática da efetividade das leis, o que tem se revelado um grande desafio. Historicamente, o direito sempre buscou alicerçar o estado moderno em suas diversas formas de atuação segundo os paradigmas constitucionais. Inicialmente, com o estado de direito a prestigiar a noção de proteção e respeito às garantias individuais (liberdade), institui-se o princípio da legalidade, como expressão máxima dos limites do poder. O aspecto formal do direito é valorizado e concebido como a fonte de estabilidade das relações sociais (segurança jurídica). O direito passa a ser compreendido como “um ordenamento de leis racionalmente elaboradas e impostas à observação de todos por um aparato de organização política laicizada”. Na medida em que se amplia a conquista dos direitos, sobretudo os direitos sociais, surge para o Estado, o dever de materializá-los.

Com o modelo do Estado Social de Direito a reorganização da atividade estatal, em função de finalidades coletivas, torna-se indispensável. Parte-se para um modelo dinâmico, denominado por Comparato de *telocracia dinâmica*. A atribuição prioritária dos poderes públicos torna-se, nesse estado, a progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país. O Estado Social é, contudo, aquela espécie de Estado Dirigente em que os poderes públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas⁷⁸.

A crise do Estado Social inicia-se com o fim da Segunda Guerra Mundial e aprofunda-se com a crise econômica e a falência dos planejamentos econômicos. A falência do modelo de racionalidade do estado-interventor dá causa ao surgimento de um novo

⁷⁸ Comparato, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: Revista de Informação Legislativa, 138 abr/jun 1998.

paradigma constitucional apto a satisfazer as novas demandas e problemas que surgem no seio das sociedades modernas: *o Estado Democrático de Direito*⁷⁹.

O paradigma do Estado Democrático de Direito é construído numa tentativa de superar as falhas do Estado do Bem-Estar Social⁸⁰, fortalecendo o processo de efetivação dos direitos, mediante mecanismos que incentivem a participação ativa da comunidade na atividade política. Segundo Filho, a ênfase dada à cidadania e a participação política pelo Estado Democrático de Direito é uma forma de atender de forma mais efetiva as demandas de uma sociedade cada vez mais plural e de amparar a terceira geração dos direitos fundamentais (direitos difusos ou coletivos).⁸¹

Surgem assim novas formas de associação: organizações não governamentais, sociedades civis de interesse público e redes de serviço não verticalizadas. Em um ambiente no qual a comunidade passa a exercer papel efetivo na vida jurídica e política, o direito público e o direito privado são redimensionados de forma a promover o respeito à soberania popular e aos valores e princípios constitucionais. Assim, enquanto a esfera pública é revalorizada, na medida em que sua defesa e proteção é responsabilidade de toda a comunidade política, a esfera privada diretamente vinculada às pretensões de autodeterminação e liberdade, torna-se independente da atividade estatal. *Tal redimensionamento impacta, por exemplo, o direito administrativo que deixa de ser regulador precípua da vida social para se tornar um mecanismo emancipatório em prol da garantia democrática dos direitos e liberdades dos cidadãos.*

Nos termos de José Afonso da Silva⁸², no Estado Democrático de Direito, as leis devem modificar o *status quo* sob a diretriz do estado, estabelecendo a efetividade das leis (dentre elas a Constituição) como seu principal objetivo. Nos termos de Streck e Morais, o “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade não se

⁷⁹Tal expressão, ‘Estado Democrático de Direito’, fora propugnada pelo espanhol Elías Díaz, que a empregou em sua obra ‘Estado de derecho y sociedad democrática’ com o significado de transição para o socialismo. Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho, em ‘Constituição dirigente e vinculação do legislador’, confirma ao mencionar ‘Estado de Direito Democrático’ como socializante, tal qual na Constituição portuguesa. Mais ainda, trata-se de uma expressão que repudia o formalismo do estado legal.

⁸⁰Anota José Afonso da Silva: “O Estado democrático de direito é um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir”.

⁸¹Filho, Wilson Roberto Theodoro. **A crise da modernidade e o Estado Democrático de Direito**. In: Revista de Informação legislativa, 165 jan/mar 2005.

⁸²SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, p.121.

restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”.⁸³

Segundo Canotilho, a construção do Estado Democrático de Direito deve se pautar pelo tripé:

- 1) *Juridicidade* – decidindo-se por um Estado Democrático de Direito, a Constituição visa a conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida de direito; Direito compreende-se, nesse contexto (abstraidas as pré-compreensões ideológicas, religiosas, políticas, econômicas e culturais) como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir essa função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições, apontando para a ideia de justiça.
- 2) *Constitucionalidade* – O Estado Democrático de Direito, nos termos de Canotilho, é um estado constitucional, uma vez que pressupõe a existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental, que vincula todos os poderes públicos. Além de sua supremacia se reconhece a sua *força normativa*. A busca pela efetividade dos direitos se dá a partir da efetividade das normas constitucionais, não se admitindo, pois, a sua postergação, como aconteceu no Brasil em relação aos direitos sociais e ao princípio da reserva do possível antes da Constituição Federal de 1988(CF/88). Há que se destacar que no atual estágio do Estado Democrático de Direito, ocorre o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico no qual a Constituição, e não mais a lei, constitui seu eixo central. A incorporação limitativa de direitos que paulatinamente ocorreram nas constituições, e que caracterizaram o estado constitucional de direito não é suficiente para que se assegure a observância e concretização dos direitos fundamentais. É necessária a sujeição dos poderes públicos à constituição. Como nos ensina Barroso, pressuposto da efetividade é vontade política, ou seja, “*a concreta determinação de tornar realidade os comandoconstitucionais*”.⁸⁴
- 3) *Direitos fundamentais*⁸⁵ – Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, a ideia de garantia e preservação dos direitos fundamentais se desloca do patamar de sua formalização para o da concretização. A construção de um sistema de proteção

⁸³ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, Jose Luiz de Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*, 8ª edição, Livraria do Advogado, São Paulo, 2014.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva, 2010, p.222.

⁸⁵ Em relação aos direitos fundamentais como elemento constitutivo do estado democrático de direito José Joaquim Gomes Canotilho afirma que: “tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: 1 - significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio direito de igualdade e da participação política); 2 – implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático; 3 – envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivo de uma democracia econômica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 430.

dos direitos fundamentais com tal objetivo passa, necessariamente, pela presença de três requisitos: ênfase na *participação política*, valorização dos *princípios constitucionais* no processo de interpretação constitucional e as *políticas públicas* como expressão do agir do estado na busca da promoção dos direitos fundamentais.

Afinal, *não há concretização de direito sem luta política* que a preceda. Robert Alexy destaca a importância da participação política do cidadão no tribunal constitucional à qual denomina *representação argumentativa* para o processo de concretização dos direitos fundamentais. Segundo o autor, a partir do momento em que o tribunal constitucional passa a ser visto como instância de reflexão do processo político, democracia e direitos fundamentais se reconciliam. Igualmente, registra Cittadino⁸⁶, quando menciona a forte pressão e mobilização da sociedade que vem se expandindo sobre os tribunais constitucionais (defensores da Constituição e de suas normas asseguradoras de direitos) tanto na Europa quanto nos Estados Unidos e nos países latino-americanos, provocando o chamado "ativismo judicial" ou "*judicialização da política*". No que se refere a essa judicialização da política, a autora destaca a relevância e o protagonismo que assume do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, adverte que o mesmo seja exercido de forma compatível com as bases do constitucionalismo democrático.

Assim, o processo de concretização da Constituição envolve, necessariamente, um alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, na medida em que devem tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade. Dessa forma, a atividade hermenêutica do juiz alcança novas dimensões das quais se passa a exigir não somente a interpretação racional dos textos jurídicos, mas também a análise e interpretação dos elementos fáticos de cada caso concreto.

Busca, conseqüentemente, a harmonização dos *princípios e regras jurídicas* com o sentimento de justiça relativamente a cada caso concreto específico, tendo em vista a *atividade constitucional realizada por toda a comunidade*.

Os fundamentos e objetivos delineados pelo Estado Democrático de Direito geram mudanças significativas na estrutura clássica do Estado de Direito - ou Estado Legal. Tais mudanças podem ser identificadas na expansão da jurisdição constitucional, no reconhecimento da força normativa da Constituição, estabelecimento de novas regras na hermenêutica constitucional com ênfase nos princípios constitucionais, protagonismo do Poder Judiciário etc.

⁸⁶ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**, In: VIANNA, Luis Werneck (Org.). Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: Iuperj/Faperj, 2002 p. 17.

A ênfase do Estado Democrático de Direito para o cumprimento de seus propósitos impõe ao Direito contemporâneo o desafio de repensar a base de sua tradicional dogmática jurídica (positivista) de modo a buscar uma reaproximação do direito com a moral. Destaca-se, dessa forma, o caráter axiológico (valorativo) dos princípios constitucionais quando se propõe identificar as bases de um sistema jurídico que se pretenda, ao mesmo tempo, legal e legítimo.

2.2.1 O papel dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito

Surge assim, no âmbito do direito constitucional contemporâneo, um movimento denominado neoconstitucionalismo. Segundo Agra⁸⁷, o caráter ideológico do neoconstitucionalismo não é mais o de limitar o poder (que caracteriza o constitucionalismo clássico), mas o de concretizar os direitos fundamentais. Assim, o neoconstitucionalismo proclama a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana a qual deve ser protegida e promovida pelos poderes públicos e pela sociedade. Da mesma forma, esse movimento enaltece a força normativa da constituição, a qual deixa de ser um mero catálogo de competências e de recomendações políticas e morais, para se tornar um sistema de preceitos vinculantes capazes de conformar a realidade.

No Brasil, os grandes marcos do neoconstitucionalismo são a abertura democrática vivida em meados da década de 1980 e a Constituição de 1988. Inocêncio Mártires Coelho⁸⁸ delimita esse novo constitucionalismo pelos seguintes aspectos: “mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; e mais concretização do que interpretação”.

Para Luís Roberto Barroso, são características do neoconstitucionalismo a redescoberta dos princípios jurídicos, em especial a dignidade da pessoa humana, a expansão da jurisdição constitucional, com ênfase no surgimento de tribunais constitucionais e o desenvolvimento de novos métodos e princípios na hermenêutica constitucional.

Do Estado Legal ao Estado Constitucional⁸⁹, a lei já não é mais o parâmetro de legitimidade do ordenamento jurídico, mas a própria Constituição.

⁸⁷ AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008..

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

⁸⁹ A noção de estado constitucional pode ser tomada como similar a do Estado Democrático de Direito, submetido à uma Carta Constitucional rígida, que garante a supremacia dos Direitos Fundamentais e busca a sua efetivação. Vale destacar Paulo Otero quando afirma que “o moderno Estado pluralista, enquanto expressão de um modelo oposto ao Estado totalitário, afirmando ser um Estado de Direito democrático ou democrático de

O compromisso do Estado Democrático de Direito com a efetividade dos direitos fundamentais conduz a um redimensionamento das relações entre os poderes estatais. Conforme Comparato, a teoria tradicional da separação dos poderes se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais manifestações da atividade estatal.

Sob a vigência do paradigma do Estado Democrático de Direito o critério de legitimidade do estado se desloca da expressão legislativa da soberania popular para a realização das finalidades coletivas. A lei deixa de ser o parâmetro na classificação dos poderes estatais, vindo a ser substituída pelos programas de ação governamental (*políticas públicas*). O “estado legislativo” cede espaço para o “estado das políticas públicas.” Ou, como o próprio Comparato ensina, “o *government by law* é substituído pelo *government by policies*”⁹⁰

O *government by policies*, em substituição ao *government by law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.

O paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito encontra-se ainda em construção. Suas principais propostas são respostas aos problemas que deram origem ao seu surgimento. Numa tentativa de atender às demandas e superar os problemas vivenciados no século XX, a partir da ampliação da cidadania e ênfase na participação política, como forma de melhor atender ao pluralismo que passa a caracterizar a sociedade contemporânea.

A trajetória do estado contemporâneo revela os desafios, bem como, a natureza das tensões e conflitos que cercam a sua atual atuação. Este momento evidencia, portanto, uma crise estrutural do Estado, que se acentua com a ideologia neoliberal ao se contrapor ao modelo do estado do bem-estar, defendendo restrições a participação política como forma de assegurar a governabilidade democrática e a ideia de estado mínimo. É oportuna a observação

direito, é, por definição, um ‘Estado de Direitos fundamentais’: trata-se de um Estado baseado no respeito pela dignidade da pessoa humana e ao serviço da garantia da inviolabilidade dessa mesma dignidade inerente a cada pessoa individual e concreta”. OTERO, Paulo. **A Crise do “Estado de Direitos Fundamentais”**. In: Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, André Ramos Tavares. (orgs.) São Paulo: Saraiva, 2005. p. 179. Na mesma linha, tomada como diretriz para o presente trabalho, argumenta José Joaquim Gomes Canotilho que “qualquer que seja o conceito e a justificação do estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. Para o autor, as duas grandes qualidades do Estado Constitucional são o Estado de Direito e Estado Democrático. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 89.

⁹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p.102.

de Streck, quando afirma: “É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas em face da miséria que se avoluma, mais minimizamos o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais!”.

Todo esse processo aparenta sugerir uma desconstrução e enfraquecimento da esfera estatal, geralmente associado às interferências das forças econômicas. Segundo nos aponta Tassinari e Neto⁹¹, esse processo de enfraquecimento intensifica a litigiosidade, como processo de reação da sociedade que ao reivindicar seus direitos busca resgatar o compromisso do Estado democrático de direito. Nesse contexto, que prima pelos direitos, as políticas públicas emergem como novo modelo de atendimento e alcance de uma vida digna e de justiça social ao mesmo tempo em que servem de instrumento de controle e regulação pelo estado e pelo Direito.

Na busca por um Estado efetivo, a capacidade do estado em implementar políticas públicas se torna um dos temas mais debatidos, quando se trata da crise do estado contemporâneo. A proliferação dos atores sociais e econômicos, com que se depara o estado contemporâneo, insere dúvidas quanto a sua autonomia no processo de formulação e implementação das próprias políticas públicas.

Segundo Santos⁹², é necessário perceber que a exposição dos atores governamentais está cada vez mais sujeita a variadas frentes de negociação quando se trata de executar as políticas públicas, que constituem um dos principais resultados de sua ação. Como bem nos adverte Przeworsky⁹³ a capacidade do Estado em intervir na economia não é livre de pressão, existindo sempre o risco de captura dos interesses legítimos do Estado por determinados segmentos da sociedade, sejam agentes econômicos ou políticos. Impondo-se ao Estado contemporâneo o desafio de pensar de que forma evitar que políticas públicas se transformem em políticas de poder.

Para fortalecer o estado contemporâneo se faz necessário pensar o contexto das políticas públicas e, mais precisamente, sobre a sua capacidade institucional para realizá-las. Para tanto é preciso encarar, por exemplo, o redimensionamento das funções entre os poderes estatais. A judicialização da política, a hegemonia do Poder Executivo e sua relação

⁹¹TASSINARI, Clarissa e NETO, Elias Jacob de Menezes. **Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do Estado**: Os limites de ação como condição para a legitimidade do poder judiciário na construção da democracia. Disponível em: www.publica.direito.com.br/artigos/?cod=02_a4f95155ad3032,15, Acesso em 15/10/2014.

⁹² SANTOS, Hermínio. **Políticas públicas, Estado e sociedade**. In: Revista de Ciências Sociais, v. 5. n. 1, jan.-jun. 2005, p. 5-6.

⁹³ PZREWORSKY, Adam. Estado e economia no capitalismo. Trad. Argelina C. Figueiredo e Pedro P. Z. Bastos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995, p.77.

conflituosa com o Legislativo passam a exigir novos parâmetros que restabeleçam a harmonia entre os três poderes nesta reconfiguração de suas atribuições originais. O caráter participativo cada vez mais presente no processo de políticas públicas rompe com as tradicionais barreiras propostas pela Administração Pública weberiana, delineando-se as bases de um novo modelo de Administração Pública, mais **dialógica** e interdependente do que **impositiva e autônoma da sociedade**. Nesse sentido, a capacidade do Estado em articular com os interesses dos agentes econômicos, políticos e sociais presentes no processo de políticas públicas precisa ser fortalecida de forma a assegurar a sua boa governança. Em termos de políticas públicas, há que se considerar, portanto, o seguinte tripé:

- a) *constitucionalização* – O espaço de deliberação política sempre presente no processo das políticas públicas passa a estar condicionado pelos preceitos e objetivos constitucionais. Isso leva, conseqüentemente, à expansão da jurisdição constitucional. Destaca-se assim, o processo de *constitucionalização das políticas públicas*;
- b) *governança* – A capacidade institucional do estado em realizar as políticas públicas a que se propõe frente a um contexto cada vez mais conflitivo e plural, por isso mesmo instável, constitui um dos grandes desafios do estado contemporâneo. O *Direito Administrativo*, a partir da definição de mecanismos e institutos adequados ao universo das políticas públicas, *pode contribuir para sua governança*; e
- c) *accountability* – A política pública, como critério de legitimidade da atuação do estado, redimensiona a relação entre os poderes estatais. Daí a necessidade de se pensar em responsabilização dos governantes, prestação de contas e mecanismos de controle que venham a atenuar as tensões e conflitos entre os poderes e principalmente na relação Executivo-Legislativo.

Diante deste contexto de transformações e de novos desafios para o Estado, os princípios constitucionais se destacam, tendo em vista os valores democráticos que representam, como critério qualitativo. Seja nas redefinições que se fazem necessárias nas relações entre os poderes estatais e com a sociedade (dimensão institucional) ou na produção e aplicação das normas (dimensão normativa). Se revelando, pois, importante parâmetro, no momento em que se rediscute as bases da relação entre direito e política.

Diante do exposto, fica evidente a crise de paradigmas que vivencia o estado contemporâneo, assim como a necessária releitura das concepções clássicas da teoria política, do estado e do direito para superá-la.

O desafio está posto!

CAPÍTULO II

SEGURANÇA JURÍDICA, GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*:

**A GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA SOB UMA PERSPECTIVA
INTERDISCIPLINAR**

“Não há saber mais ou saber menos: Há saberes diferenciados”

Paulo Freire

1 INTRODUÇÃO

Diante da complexidade do mundo contemporâneo, a ciência e seus métodos tradicionais têm sido desafiados. Nesse sentido, a perspectiva interdisciplinar, com sua visão integradora das disciplinas, pode se tornar importante instrumento de análise para as questões contemporâneas.⁹⁴ Não se confunde com a *transdisciplinaridade* que pressupõe a negação das bases epistemológicas das disciplinas, nem com a *multidisciplinaridade*, que mantém o monopólio epistemológico das disciplinas.

Para a CAPES a interdisciplinaridade é:

[...] uma nova forma de produção de conhecimento porque implica trocas teóricas e metodológicas, geração de novos conceitos e metodologias, e graus crescentes de intersubjetividade (entre pesquisadores disciplinares) visando atender a natureza múltipla de fenômenos com maior complexidade.⁹⁵

Além de possibilitar a produção de conhecimento na complexidade, a interdisciplinaridade é também inovadora por propor como princípio geral um saber que integra conhecimentos de diferentes áreas. Ao mesmo tempo que se propõe construir as bases de um conhecimento mais adequado ao grau de complexidade da sociedade contemporânea, a perspectiva interdisciplinar reconhece que um único viés de pensamento já não atende à demanda de uma sociedade dinâmica, que convive com a destruição criativa do entendimento da realidade sobre a qual atua^{96/97}.

A interdisciplinaridade, como busca de totalidade do conhecimento, tem em GUSDORF seu representante atual maior. Considerado um humanista radical e um retórico idealista, dir-se-ia que o autor usa todas as suas armas para convencer os cientistas modernos e pós-modernos dos males da fragmentação do saber. Em "*Passe, Présent et Avenir de La Recherche Interdisciplinaire*" (1977) realiza uma vasta recuperação histórica do conceito em questão, colocando-o como uma exigência central epistemológica da ciência ocidental.

⁹⁴ Sobre a pesquisa interdisciplinar comenta KARLQVIST: "Desde que a ciência e seus métodos evoluíram no tempo, a pesquisa interdisciplinar passou a significar mais do que um conhecimento não coberto pela ciência, mas sim uma lacuna de conexão entre estes conhecimentos que ainda não estão disponíveis nas próprias disciplinas. Desta maneira, a interdisciplinaridade requer uma compreensão das disciplinas em si, bem como um entendimento de como conectá-las, criando um "metaconhecimento" KARLQVIST, A. Going beyond disciplines. *Policy Sciences*, v.32,1999, p. 379

⁹⁵ CAPES, 2008, p. 02.

⁹⁶ SCHUMPETER, J. A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

⁹⁷ "Por fim, é necessário frisar que as funcionalidades cada vez mais velozes na prática científica e as *controvérsias sobre inter e transdisciplinaridade não podem escamotear um debate crítico sobre o esfacelamento do conhecimento, os encastelamentos de saber e poder, a alienação do processo de conhecimento em relação ao mundo da vida*". MINAYO, Maria Cecília de Souza. Interdisciplinaridade: funcionalidade ou utopia? In: Revista Saúde e sociedade 3(2)1994, p. 46.

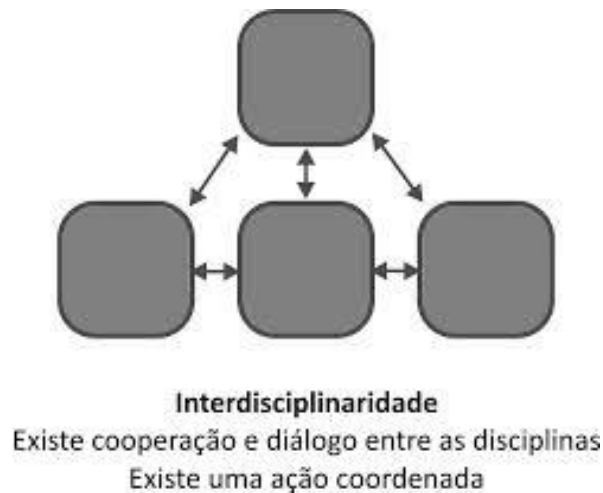


Figura 2: A Dinâmica da Interdisciplinaridade
 Fonte: www.osmurosdascola.wordpress.com

Ainda segundo o autor, a interdisciplinaridade já estaria presente desde a Grécia antiga, quando os sofistas definiam aos seus discípulos o *enkukliospaideia* isto é, um círculo de aprendizagem que abarcava todas as disciplinas que formavam o corpo intelectual da época. Na Roma antiga, criou-se, ainda segundo ele, o TRIVIUM (gramática, retórica e dialética) e o QUADRIVIUM (aritmética, astronomia, geometria e música) formando a interdisciplinaridade entre letras e ciências do período abarcado. E Gusdorf ainda apresenta em sua obra já citada que foi Napoleão Bonaparte quem fez uma secção na interdisciplinaridade do conhecimento, quando separou letras e ciências. Declara Gusdorf:⁹⁸

reduzidas às próprias fontes por uma injustificável divisão do trabalho, a "literária" e a "científica" são cegas pela metade: uma parte considerável do campo epistemológico é para elas como se não existisse, sofrendo ambas de uma amputação fundamental

A interdisciplinaridade é o diálogo entre duas ou mais áreas do conhecimento, produzindo assim um conhecimento comum, criando um saber único, sem influências de peculiaridades das disciplinas como hoje conhecemos. E a importância de se chegar à interdisciplinaridade é tamanha, que em todo o mundo se pesquisa e se fala dela.

Com Gusdorf estão autores como seu discípulo brasileiro, JAPIASSU (1974) e outro renomado filósofo e cientista francês, CASTORIADIS (1987). Ambos fazem críticas veementes à fragmentação do conhecimento, ao aprisionamento institucional do saber e ao

⁹⁸ Vários são os estudos sobre interdisciplinaridade nos dias de hoje. Gusdorf é considerado o maior teórico da interdisciplinaridade. Minayo (1994) diz que —sendo considerado um humanista radical e um retórico idealista, dir-se-ia que o autor (Gusdorf) usa todas as suas armas para convencer aos cientistas modernos e pós-modernos dos males da fragmentação do saber.

obscurantismo da ciência moderna. Japiassu fala da "anarquia intelectual canceriforme" e Castoriadis, da "fabricação do atraso mental e da servidão provocada pelo formalismo. Porém, lembra o autor, que os problemas do conhecimento não podem ser resolvidos independentemente das profundas transformações da organização social e da orientação histórica. O materialismo mecanicista, analisa Japiassu, é que instaura o divórcio entre o *conhecimento da natureza e do mundo social*.

A expansão da gestão pública⁹⁹ contemporânea (que passa a incorporar entre suas atribuições a de elaborar e implementar políticas públicas), bem como o desafio de articular e coordenar uma ampla rede de atores sociais, organismos governamentais (de diferentes níveis) não governamentais, nacionais e transnacionais, aumentou consideravelmente a sua complexidade. Nesse sentido, uma perspectiva fragmentada e isolada não supre mais as necessidades para o correto entendimento da gestão pública, uma vez que ela demanda uma perspectiva que una os saberes e disciplinas e considere uma visão completa da sociedade e das necessidades humanas. Sobre as razões que tornaram a gestão pública contemporânea mais complexa destaca Farah¹⁰⁰:

A disciplina administração pública, ao se constituir, tinha por objetivo formar servidores públicos, entendidos como os integrantes da burocracia governamental, vinculada ao Executivo. A administração pública era, em última instância, a administração governamental. Formar quadros para a administração pública era, portanto, formar servidores para o Estado. Pesquisar nesta área era tratar de temas referentes a este lócus governamental. Mas, nas últimas décadas, o "público" da administração pública foi redefinido, ampliando suas fronteiras para além do Estado, passando a incluir organizações não governamentais, entidades do setor privado e da comunidade e instituições voltadas à inclusão dos cidadãos no processo de formulação, implementação e controle de políticas públicas. Esta mudança teve impactos sobre a disciplina e o estudo de políticas públicas, como apontado por diversos autores (Frederickson, 1999; Pacheco, 2003; Rabell, 2000).

O presente capítulo se propõe a identificar conexões entre conceitos de diferentes disciplinas como segurança jurídica (direito), governança (ciência política), *accountability* (ciência política), gestão pública (para alguns subárea da ciência política, para outros da administração) e que poderiam sugerir uma relação mais estreita a ser explorada.

Ao buscar construir essa relação, se pretende, além de compreender melhor os desafios que cercam hoje a gestão pública, identificar as contribuições que o direito

⁹⁹O termo gestão pública será empregado nesse trabalho como sinônimo de administração pública (em seu aspecto material, entendida como o conjunto de ações ou de atividades voltadas para a realização dos fins públicos). Acredita-se, que a terminologia gestão pública reflita melhor as novas bases na relação entre Estado e sociedade, bem como os seus atuais desafios.

¹⁰⁰ FARAH, Marta Santos Ferreira. Administração pública e políticas públicas. In: Revista de Administração Pública (RAP) 45 (3) pag. 820. Mai/jun 2011.

contemporâneo pode oferecer ao universo das políticas públicas. É o que se pretende demonstrar nas próximas seções.

2 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO¹⁰¹

"O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas." Niklas Luhman

As transformações pelas quais vem passando o mundo contemporâneo têm seus impactos no âmbito do Direito. O principal deles, e que se pretende aprofundar a seguir, se refere ao conceito de segurança jurídica. Promover estabilidade das relações sociais constitui a própria razão de ser do direito. A questão que ressalta, no entanto, se refere à maneira de encarar esse conceito tradicional do Estado de Direito sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito e das demandas da sociedade contemporânea.

Segundo Canotilho, a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social. Nas sociedades modernas, a ideia de segurança relaciona-se intimamente com a ordem, com a organização estatal, referente às funções e abstenções do Estado, bem como os padrões legais que devem ser levados em consideração nas relações sociais. A garantia de submissão às leis (princípio da legalidade), tanto por parte do Estado quanto por parte dos cidadãos, se revela como fonte da desejada estabilidade. O princípio da legalidade sempre esteve atrelado ao de segurança jurídica. Na medida em que as relações sociais se tornam mais complexas, o conceito de segurança jurídica se modifica. A alta complexidade da sociedade contemporânea tem se revelado um grande desafio neste sentido.

As recentes e progressivas mudanças jurídicas – que simplesmente seguem a sociedade fugaz do século XXI – podem afetar a ideia de segurança e ordem que todo ordenamento jurídico pressupõe e necessita manter.

2.1 SEGURANÇA E JUSTIÇA: A NATUREZA DIALÉTICA DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme mencionado, o atual momento está circunscrito por um quadro de crise. Crise da civilização, crise da racionalidade; enfim, crise da modernidade. Crise que nasce,

¹⁰¹ Que teríamos feito sem os juristas alemães? Desde 1923, percorri, na legalidade e lealmente, a longa via que leva ao poder. Coberto juridicamente, eleito de forma democrática. Mas o futuro teria de se realizar. Foi o incorruptível jurista germânico, o honesto, o cheio de consciência, o escrupuloso universitário e cidadão, que acabou o trabalho de me legalizar, fazendo a triagem de minhas ideias. Ele criou para mim uma lei segundo o meu gosto e a ela me ative. Suas leis fundaram minhas ações no Direito”. Adolph Hitler, saudando o jurista alemão Karl Schmidt.

principalmente, das contradições ditadas por uma realidade de negação de direitos e uma ordem formal que os consagra em termos universais.

Para o Direito essa crise possui um significado próprio e que remete à presença ou não dos valores em seu processo de criação e aplicação. Quando O'Donnell defende a ideia de um sistema legal democrático, apresentando-o, inclusive, como critério qualitativo da democracia, esbarra em antigo conflito do Direito que se estende na modernidade: de um lado a *segurança jurídica*, conquista importante do Estado de Direito, voltada para a construção de uma ordem (formalismo jurídico) estável, previsível e certa; por outro, a *justiça* (valor), fundamento do estado democrático de direito, que passa a perceber na extensão dos direitos a toda a população, e não mais no cumprimento formal da lei, a fonte de sua legitimidade. Assim sendo, é possível conciliar a ideia de segurança (legalidade) com a de justiça (legitimidade)? Ou, sob a perspectiva de O' Donnell: é possível construir um sistema que seja ao mesmo tempo legal e legítimo?

Segurança jurídica significa estabilidade nas relações sociais. A vida social não seria possível se as normas que a disciplinam pudessem ser alteradas a cada momento, ou não fossem observadas, acatadas por todos.

Nesse sentido, a construção de uma ordem jurídica capaz de promover estabilidade para as relações sociais foi possível a partir da concepção positivista. Ao reduzir a noção de legitimidade das normas à sua legalidade, Kelsen, precursor do positivismo jurídico, com a sua Teoria Pura do Direito, consegue dotar o direito de racionalidade necessária à construção de uma ordem que se pretenda estável, apresentando-o como um sistema que se justifica unicamente pela norma (norma fundamental), e não mais pelos valores morais. Para os positivistas, segurança e justiça se contrapõem de tal maneira que uma leva à negação da outra; ou seja, onde há segurança não pode haver justiça e onde há justiça não pode haver segurança.¹⁰²

Tal concepção, no entanto, entra em questionamento, a partir do segundo pós-guerra, quando atrocidades cometidas pelas autoridades governamentais foram praticadas sob a proteção e amparo do Estado de Direito. A consagração dos direitos humanos (universais), bem como os pilares que passam a alicerçar o Estado Democrático de Direito: justiça social, bem comum, liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, retoma a discussão sobre a

¹⁰²**Teoria Pura do Direito** (em alemão *Reine Rechtslehre*) é a obra mais famosa de Hans Kelsen, filósofo e jurista austríaco, naturalizado estadunidense. Escrito em 1934, o livro se insere nos cânones da escola. Nessa obra Kelsen busca desenvolver uma teoria científica do direito, definindo a ciência jurídica como campo de estudo cujo objeto são as normas jurídicas positivas. O autor sustenta a necessidade de renunciar ao até então enraizado costume de defender ideais políticos, de caráter subjetivo, em nome de uma ciência do direito supostamente objetiva.

relação do direito com os valores. Dessa forma, se indaga se é possível segurança jurídica numa sociedade com profundas desigualdades de oportunidades.

Autores diversos se contrapondo a visão mais radical do positivismo defendem segurança e justiça como valores que se completam e se fundamentam reciprocamente. Não podendo haver justiça materialmente eficaz, se não for “assegurado” aos cidadãos, concretamente, o direito de ver reconhecido a “cada um o que é seu”.

Nesse sentido, justiça e segurança, comportam-se dialeticamente, de forma a alcançar a inevitável integração. Unidas, justiça e segurança, são pressupostos de garantia da boa ordem da sociedade e, conseqüentemente, realização do bem comum. Segurança e justiça passam a ser entrelaçadas com o conceito de bem comum, de paz social¹⁰³.

Segundo Souza¹⁰⁴ segurança e justiça se contrapõem, mas enquanto a segunda é um valor moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica.

Da concepção positivista, que tem a lei como fonte maior de segurança jurídica, até a concepção mais atual, que busca incorporar em seu conceito a ideia de preservação e efetividade dos direitos fundamentais, a evolução histórica do princípio da segurança jurídica coincide com a própria evolução do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito¹⁰⁵. Evolução definida pela busca por uma relação mais *simbiótica* entre segurança e justiça.

Princípio basilar do Estado de Direito, a segurança jurídica se apresenta inicialmente como fonte de proteção do cidadão contra eventuais arbitrariedades cometidas pelas autoridades, sendo a lei (o princípio da legalidade) o seu principal parâmetro. A ideia de segurança jurídica, enraizada desde o iluminismo, alicerça uma forma de se proteger a

¹⁰³ “A segurança jurídica deve ser ponderada com a justiça. Como observou Tipke, o importante é que exista ‘segurança diante da arbitrariedade da falta de regras’ ((SicherheitvorregellosemWillkür), pois a ‘segurança jurídica é a segurança da regra’ (RechtssicherheitistRegelsicherheit). Com a existência das regras está garantida a base para a afirmação do direito no sentido da justiça, até porque “lo que importa es certeza y seguridad em la justicia. A tensão entre a segurança e a justiça é muitas vezes dramática, constituindo uma das contradições básicas dos sistema jurídico, em permanente necessidade de superação. Procura-se incessantemente o equilíbrio entre os dois valores, não raro comprometido pela radicalização em torno de uma só daquelas idéias. A harmonia é buscada principalmente pela razoabilidade na aplicação das normas e pela ponderação de princípios.” TORRES, Ricardo Lobo. **A segurança jurídica e as limitações do poder de tributar**. In: Revista Eletrônica do Direito do Estado No 04, nov/dez 2005, p. 07.

¹⁰⁴ SOUZA, Carlos Alberto. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996, pág. 80.

¹⁰⁵ “O tema da segurança é coextensivo ao Estado de Direito e o acompanha em suas diversas configurações, guardando as características próprias de cada época: Estado Liberal de Direito (ou Estado Guarda–Noturno), Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Providência) e Estado Democrático de Direito (ou Estado Pós-socialista ou Estado da Sociedade de Risco). Na primeira fase, do Estado Liberal de Direito, com permanência nas ulteriores, aparece como segurança dos direitos fundamentais; na segunda como segurança social também; na última, agrega-se-lhe a segurança preventiva”. TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações ao poder constitucional de tributar. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado, No 04, nov/dez 2005, p. 2.

liberdade e a propriedade dos cidadãos que sofriam interferências, do estado, muitas vezes arbitrárias.

Naturalmente havia necessidade de se prever nas leis as forma e condutas desencadeadoras de deveres jurídicos. O princípio da legalidade visava retirar a ampla margem de livre apreciação e decisão, ou seja, pretendia-se restringir os poderes discricionários, de forma a garantir a segurança e certeza do direito. Segurança e certeza jurídica¹⁰⁶ constituem, portanto, os dois fundamentos do Estado de Direito. Para Reale “certeza e segurança formam uma ‘díade’ inseparável”¹⁰⁷.

A segurança jurídica passa a ter como fundamento a existência e o respeito à integralidade do texto legal, o que, logo se descobriria, não perdura para sempre. A norma positivada assegurava ao cidadão a possibilidade de antecipar o desenrolar das relações sociais, fossem elas envolvendo apenas particulares ou o Estado, aliada à separação de poderes e à limitação na atuação do intérprete à vontade do legislador, sem interferências de valores preestabelecidos ou preocupação com o justo ou injusto. A lei era a única referência capaz de evitar decisões arbitrárias, aos moldes do que ocorrera no período absolutista ao qual se contrapõe o Estado de Direito.

Segundo Caymmi¹⁰⁸, os anseios liberais que caracterizam o Estado de Direito, se resumem na busca por maior segurança do Direito, e o modelo positivista se apresenta como a melhor resposta a essa demanda naquele momento. O modelo positivista veio, assim, atender a demanda por maior segurança necessária à expansão do capitalismo da época.

A ideia básica de implantação de um Estado de Direito decorre do descontentamento da burguesia do século XVIII, com o absolutismo então vigente, que resultou, no início do século XIX, numa nova configuração estatal, que passava a sujeitar-se ao império da lei, ao conjunto normativo por ele editado com intento de efetivar a democracia.

O positivismo jurídico, corolário do Estado liberal¹⁰⁹, se fortalece com o objetivo de estabelecer formas de controle do poder público e clareza na definição das possibilidades de movimentação do poder econômico.

¹⁰⁶É absolutamente impossível conceber o homem sem a segurança, pois quando se estabelece uma proposição qualquer, no ato de estabelecer está se utilizando da segurança. A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. “Uma importante condição de segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”, comenta José Afonso da Silva.

¹⁰⁷REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do direito, p. 87.

¹⁰⁸CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. A segurança jurídica e a tipicidade tributária, p. 69.

¹⁰⁹O pensamento positivista clássico garante, então, a segurança jurídica através da letra da lei, pois os indivíduos, ao conhecê-la, têm o conhecimento exato do que é proibido, não havendo qualquer necessidade de interpretação. A certeza do direito é o objetivo primordial do Constitucionalismo Liberal, que cria, então, um

O Estado Democrático de Direito, por sua vez, surge para debelar a crise da ordem capitalista de forma a conter os seus excessos e amparar os economicamente mais fracos. Para tanto, se compromete a transformar a realidade, garantindo os direitos fundamentais e promovendo a justiça social. Ao se propor a este compromisso transformador, o faz mediante a incorporação de bens jurídicos (valores) – preservação dos direitos fundamentais – sociais, justiça social, participação política, inclusão social, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pérez Luño *apud* Lobato¹¹⁰, reforçando a ideia de uma aproximação entre segurança e justiça provocada pelo Estado Democrático de Direito, relembra as lições do alemão Erhard Denninger que afirma ter ocorrido um deslizamento da segurança jurídica para a segurança dos bens jurídicos como justiça social a partir da união dos dois valores:

(...) O primeiro [segurança] deixa de identificar-se com a mera noção de legalidade ou de positividade do Direito, para conectar-se com aqueles bens jurídicos básicos cujo “asseguramento” se estima social e politicamente necessário. A justiça perde sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam o seu conteúdo no Estado Social de Direito.

Nessa perspectiva, um caráter axiológico passa a ser atribuído ao conceito de segurança jurídica, acrescentando-se aos atributos positivistas da estabilidade e previsibilidade, o da justiça, entendida como a *garantia dos direitos fundamentais*. A justiça adquire, dessa forma, um caráter social, tendo como parâmetro e fundamento essencial a materialização das prestações estatais¹¹¹. A perspectiva formal e legalista de segurança jurídica passa a ter um peso menor diante da importância da justiça social. Fica evidente que a segurança jurídica compõe o valor justiça, fundindo-se a partir da realização das garantias da realização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

A ideia de segurança jurídica sempre esteve associada à proteção do indivíduo contra atos e condutas abusivas do Poder Público ou, sinônimo, a busca pela racionalidade no exercício do poder. Ao longo do tempo pode ter variado a compreensão acerca de seu alcance, desde uma concepção formal (estabilidade e previsibilidade) até uma substancial (efetivação dos direitos), mas a sua essência se mantém; qual seja a de estabelecer as bases da relação entre Estado e cidadão.

processo definido de elaboração das leis e um rígido controle de Constitucionalidade (após a Revolução Americana), a fim de proteger os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, e a economia de mercado.

¹¹⁰LOBATO, Valter de Souza. **Estado democrático de direito. Segurança jurídica. A correta forma de interpretação dos benefícios fiscais e a concretização dos direitos sociais**. Disponível em <http://sacha.calmon.com.br/wp-content/uploads/2012/06/Lobato.pdf> Acesso em 09/07/2014

¹¹¹ PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, p. 331.

Para a democracia contemporânea, assim como para o Direito, surge a necessidade de se repensar as bases destas relações face às características da ‘*sociedade fugaz do século XXI*’ e ao mesmo tempo preservar o sentido originário da segurança jurídica: proteger o cidadão. Como proteger os cidadãos diante das incertezas que rodeiam as instituições em geral na sociedade pós-moderna?

Ao Direito contemporâneo se impõe o desafio de romper com a rigidez do positivismo clássico, em busca de um direito mais flexível e permeável, aos impactos dos novos paradigmas. Sentido esse que faz com que a mudança de paradigma decorrente da passagem do normativismo legalista para o direito fundamental principiológico afete igualmente a segurança jurídica que deixa de ser estática e passa a assumir uma natureza mais dinâmica. Nessa nova perspectiva, a segurança jurídica carrega a mudança, o movimento, uma vez que deve estar a serviço da efetividade dos direitos fundamentais. Resumindo, a segurança já não é vista através do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Donde se pode concluir que o conteúdo axiológico do Estado democrático de direito está a revelar que a positividade do direito como garantia da segurança jurídica já não é mais suficiente.

Nesse sentido, a segurança jurídica consiste no principal instrumento para se evitar o arbítrio e assegurar a realização da justiça no Estado de Direito. Dessa maneira, o “direito à segurança” se refere ao dever do Estado de proporcionar aos indivíduos o exercício estável, confiável, tranquilo dos direitos fundamentais. O que significa uma proteção ante os poderes públicos, para que estes concretizem os direitos fundamentais e suas garantias a cada ato de aplicação do direito positivo, bem como, a estabilidade sistêmica e respeito às expectativas de confiança e legitimidade. Podendo-se afirmar que quando tais expectativas são violadas surge para os cidadãos, como direito público fundamental, a segurança jurídica.

Toda essa discussão sobre os aspectos da segurança jurídica remete a uma preocupação constante que se torna central no debate contemporâneo: a de se pensar maneiras de proteger o cidadão, tanto do ponto de vista da estabilidade e certeza quanto de suas legítimas expectativas, dos riscos gerados pela *instabilidade institucional do Estado*.

2.2 O CONCEITO E ALCANCE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conduzida a *ressignificação* da segurança jurídica do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito passa a se entender que o Estado deve deixar de atuar como mero

garantidor para atuar como um Estado dirigente; e o direito deixa, assim, de ser um simples instrumento de "*controle social*" para atuar como instrumento de "direção social" na busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Observa-se, na evolução do conceito de segurança jurídica, a própria relação dialética entre segurança e justiça propondo novos contornos a partir dos propósitos traçados pelo Estado democrático de direito.

Sob a ótica dos direitos fundamentais, a dignidade humana é o valor a ser perseguido, como expressão máxima da ideia de justiça. Salet¹¹² enfatiza que a ideia de segurança jurídica se encontra umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. Consequentemente, a justiça tem como elementos básicos, a observância de dois princípios: *a liberdade e a igualdade*. Nessa perspectiva que se passa a vincular a ideia de segurança jurídica a de garantia das expectativas jurídicas dos cidadãos.¹¹³ O descumprimento dos direitos fundamentais (ou simplesmente a sua negação) afronta a dignidade humana, constituindo-se o seu cumprimento ou não, o parâmetro jurídico nas relações entre os cidadãos e entre estes e o Estado.

A expectativa jurídica surge a partir do reconhecimento das prerrogativas da pessoa humana pelo ordenamento, quando justiça e sociedade se tornam inseparáveis; pelo fato da pessoa humana, no seu meio social, estar sujeita a direitos e deveres inerentes ao convívio com seus semelhantes e com a ordem estatal, fazendo surgir para o cidadão a expectativa de que na relação mútua com outros cidadãos, bem como, com a ordem estatal vigente, seus direitos sejam respeitados. Nesse sentido, *a segurança jurídica objetiva* representa segurança do sistema, do ponto de vista de sua integridade, tendo em vista a *estabilidade*. A dimensão subjetiva da segurança jurídica a necessidade se reforçar a ideia da expectativa legítima (proteção da boa confiança), como critério a nortear a relação entre cidadãos e Estado no contexto do Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito postula uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e suas expectativas. Por isso toda normatização que, por sua natureza, extrapolar aqueles mínimos de certeza e segurança, que

¹¹²SALET, 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. In: www.mundojuridico.com.br. Acesso em 4 de setembro de 2014.

¹¹³ Cabe salientar que o escopo da expectativa jurídica é a justiça na composição social, pois o senso do que é justo quando se faz presumir a possível existência de um direito e, por sua vez, esse direito gera determinada expectativa, nos resta concluir que o senso de justiça está relacionado com os elementos que permeiam a realização do direito, seja ela como a própria crença do ser humano na prestabilidade do direito.

as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado democrático de direito, terá de ser entendida como não consentida pela Carta Magna.

2.2.1 A proteção da confiança como a dimensão subjetiva da segurança jurídica

Não há outro meio de atalhar o arbítrio, senão dar contornos definidos e inequívocos à condição que o limita." (Rui Barbosa)

Embora no direito comparado se encaminhe na direção de reconhecer o princípio da proteção da confiança de forma desvinculada da segurança jurídica, no direito brasileiro, segundo Couto e Silva, por definição legal, proteção da confiança é a dimensão subjetiva da segurança jurídica¹¹⁴. Concepção essa que será adotada neste desenvolvimento.

O princípio da proteção da confiança (ou da confiança legítima) como dimensão subjetiva da segurança jurídica revela o esforço doutrinário e jurisprudencial em conciliar dois conceitos que, a princípio, se contradizem: segurança e justiça. Segundo Couto e Silva, a superação de tal antinomia é possível a partir da relativização de ambos os conceitos. O que equivale a afirmar que, em alguns momentos, o ordenamento jurídico admitirá o sacrifício da justiça em prol da segurança, assim como, a sobreposição da justiça em relação à segurança; ora afirmará a preeminência do princípio da legalidade da Administração Pública, ora a da proteção da confiança a depender das particularidades do caso concreto.¹¹⁵ Por meio da

¹¹⁴ A proteção à confiança como dimensão subjetiva da segurança jurídica, surge na legislação brasileira em 1999 com as Leis nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional. É importante assinalar, entretanto, que, nesses textos legislativos nacionais a segurança jurídica é vista, predominantemente, pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre proteção à confiança. COUTO E SILVA, Almiro. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99).** Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1996. p.261, nota 56: “No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen. O princípio da legalidade da Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (Rechtssicherheit und Rechtsfriedens) do qual se extrai a ideia da proteção à confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular” (Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. ed. Berlin-Nova Yorkp.240..) O Prof. Dr. Iur. Hans-Uwe Erichsen é professor titular de Direito Público e de Direito Comunitário Europeu na Universidade Westfälische Wilhelms,

proteção à confiança busca-se relativizar a força do princípio da legalidade admitindo-se que esse nem sempre prevaleça quando não for capaz de conferir às relações jurídicas soluções justas e em consonância com a dignidade da pessoa humana.

O princípio da segurança jurídica vem sendo invocado explicitamente pela Corte Constitucional Europeia como princípio do direito comunitário desde 1969. Denominado, também, como princípio da proteção da confiança, apresenta-se como desdobramento do princípio da segurança jurídica. Consagrado no ordenamento alemão e adotado no direito holandês, vem se consolidando na jurisprudência da Corte Constitucional Europeia:

- O princípio da proteção da confiança legítima foi consagrado pela jurisprudência como uma *norma jurídica superior* (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1975, CNTA/Comissão, 74/74, Colect., p. 183, n.º 44), *um dos “princípios fundamentais da Comunidade”* (acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1999, Atlanta/Comunidade Europeia, C104/97 P, Colect., p. I?6983, n. 52, e de 7 de Junho de 2005, VEMW e o., C17/03, Colect., p. I?4983, n.º 73) ou ainda *um princípio geral* (acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Outubro de 2001, Itália/Comissão, C403/99, Colect., p. I?6883, n.º 35); e
- Este princípio é o *corolário do princípio da segurança jurídica, que exige que a legislação comunitária seja certa e que a sua aplicação seja previsível para os sujeitos de direito, no sentido de que visa, em caso de alteração da regra de direito, assegurar a proteção das situações legitimamente adquiridas por uma ou mais pessoas singulares ou coletivas* (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de fevereiro de 1996, Duff e o., C?63/93, Colect., p. I?569, n.º 20, e de 18 de maio de 2000, Rombi&Arkopharma, C?107/97, Colect., p. I?3367, n.º 66; e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de setembro de 1999, Partex/Comissão, T?182/96, Colect., p. II?2673, n.º191). (*Processo F-105/05, Acórdão da Função Pública da União Européia – Tribunal Pleno, 11/07/2007*).

O pensamento desenvolvido na Alemanha em torno da proteção da confiança foi relevante para o desenvolvimento do instituto no âmbito da União Europeia. Surgindo como país pioneiro, a Alemanha sempre exerceu uma forte influência favorável à admissibilidade do princípio da proteção da confiança pelo Direito Comunitário¹¹⁶.

em Münster, na República Federal da Alemanha, e, atualmente, desempenha diversas funções na área da gestão do ensino superior. .

¹¹⁶ Ao mesmo tempo em que se consolidava no direito alemão e no direito suíço de expressão alemã, o princípio da proteção à confiança ingressava no direito da União Europeia, batizado como princípio da proteção à confiança legítima, percorrendo, entre os anos 1957 e 1978, o *iter* de sua afirmação *tanto no vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária*, para afinal consagrar-se, em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, como regra superior de Direito e princípio fundamental do direito comunitário. COUTO E SILVA, Almiro. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do Art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, volume 27, nº 57, 2003 pág. 39.

No direito francês, desde o famoso caso *Dame Cachet*, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos casos *Vallois e Gros de Beler*, ambos também de 1923, e pelo caso *Dame Inglis*, de 1925, de que a revogação dos atos administrativos não caberia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes ou de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses. O mesmo prazo é concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

No Direito italiano a posição da doutrina e da jurisprudência é mais cautelosa. Reconhecendo que a Administração tem a faculdade e não o dever de anular seus atos ilegais, havendo situações relevantes em que o interesse público estaria a recomendar o não exercício daquela faculdade.

Em Portugal, a jurisprudência igualmente reconhece o valor do princípio da segurança jurídica, sobrepondo-o ao da legalidade da Administração Pública, ainda que se trate de ato inexistente e não apenas nulo.

Como ocorreu com o postulado da proporcionalidade, o princípio da proteção da confiança foi incorporado ao Direito Comunitário europeu por meio de um impulso inicial do Direito alemão¹¹⁷. Segundo Shuenquener¹¹⁸, apesar das decisões anteriores terem reconhecido implicitamente o princípio da proteção da confiança, sua primeira menção expressa pelo TJCE (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias) se deu com a decisão do caso *Lemmerz-Werke vs. HoheBehördede* 1965. Nesse julgamento, o TJCE analisou, pela primeira vez, uma pretensão relacionada expressamente ao princípio da proteção da confiança. O precedente envolvia a fábrica *Lemmerz-Werke*, de equipamentos para automóveis. Devido a um equívoco em uma avaliação feita pela Administração Pública, o início do prazo de pagamento pela fábrica *Lemmerz* de uma contribuição para o fundo de compensação de metal descartado foi fixado tardiamente.

No Direito alemão e, por influência desse, também no direito comunitário europeu, segurança jurídica – *Rechtssicherheit* - é a expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito ou, simplesmente, o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva é identificada como proteção à confiança, *Vertrauensschutz*, no direito germânico ou proteção à confiança legítima, no direito comunitário europeu. Na Alemanha, onde o princípio da

¹¹⁷ O princípio da proteção à confiança começou a firmar-se a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956, logo seguida por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), de 15 de outubro de 1957, gerando uma corrente contínua de manifestações jurisprudenciais no mesmo sentido.

¹¹⁸ DE ARAÚJO, Valter Shuenquener, **O Princípio da Proteção da Confiança**, Impetus (RJ), 2009, p. 244.

proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se afirmar que está fixado, predominantemente, à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa-fé. A proteção da confiança diz respeito à continuidade das leis, à confiança dos indivíduos na subsistência das normas. O que não protege os cidadãos genericamente de toda alteração legal, pois cada situação terá a peculiaridade para detectar ou não a confiança suscitada. Nesse sentido, a ideia tradicional de estabilidade e previsibilidade se mantém, se modificando, pois, a compreensão quanto ao seu alcance.

A preservação se estende além dos direitos adquiridos, abrangendo situações que se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir, que se referem à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas. Além de proteger os particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas que suas consequências se revelam abusivas (confiança legítima)¹¹⁹. O tempo de incertezas e de crise que caracteriza a sociedade contemporânea realça a necessidade de se construir mecanismos de amparo ao cidadão em seu relacionamento com o Estado. Dentro dessa perspectiva, as expectativas de direitos passam a ser alvo de proteção do sistema jurídico.

A legalidade, encarada sob a perspectiva de outros princípios como boa-fé, dignidade da pessoa humana e proteção da confiança, se aproxima do ideal de justiça. Afinal, no contexto do Estado Democrático de Direito, as leis por si só não bastam, precisam ser legítimas. Surge, assim, a proteção da confiança que, segundo Salet, atua como “importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo”.

A busca pela estabilidade se volta para os efeitos de transição a partir de uma alteração legal, bem como, para a possibilidade de se convalidar um ato nulo (ilegal) da Administração Pública face às legítimas expectativas dos cidadãos e a limitação quanto às medidas restritivas sobre os direitos fundamentais já implementados. A proteção da confiança, como dimensão subjetiva da segurança jurídica, está a revelar a necessidade de se estabelecer novos limites à atuação do Estado, protegendo o cidadão não somente dos efeitos das futuras leis – que se materializa no princípio da irretroatividades das leis e na proteção dos direitos

¹¹⁹Segundo Medauar, as edições constantes das medidas provisórias, no Brasil, se opõem ao sentido da proteção da confiança, da previsibilidade, da continuidade. Emendas constitucionais que alteram direitos de servidores previstos no texto originário da Constituição ou em anteriores emendas constitucionais. A questão vem sendo debatida, no ordenamento brasileiro, desde o advento das Emendas Constitucionais 19/1998 – reforma administrativa – e 20/1998 – reforma da previdência, ressurgindo forte em 2003 ante a possibilidade de nova Emenda Constitucional sobre matéria previdenciária. Além dos direitos adquiridos discute-se a questão das expectativas que se inserem sobretudo no âmbito da chamada confiança legítima. E os estudos de Almiro do Couto e Silva, nesta matéria, renunciaram sua importância atual e oferecem lúcida diretriz às futuras pesquisas.

adquiridos – mas, também, quanto aos seus efeitos retroativos, impondo-se o estabelecimento das regras de transição, a convalidação de atos ilegais ou inconstitucionais, em determinados casos, e a concretização dos direitos fundamentais, de forma a salvaguardar as legítimas expectativas.

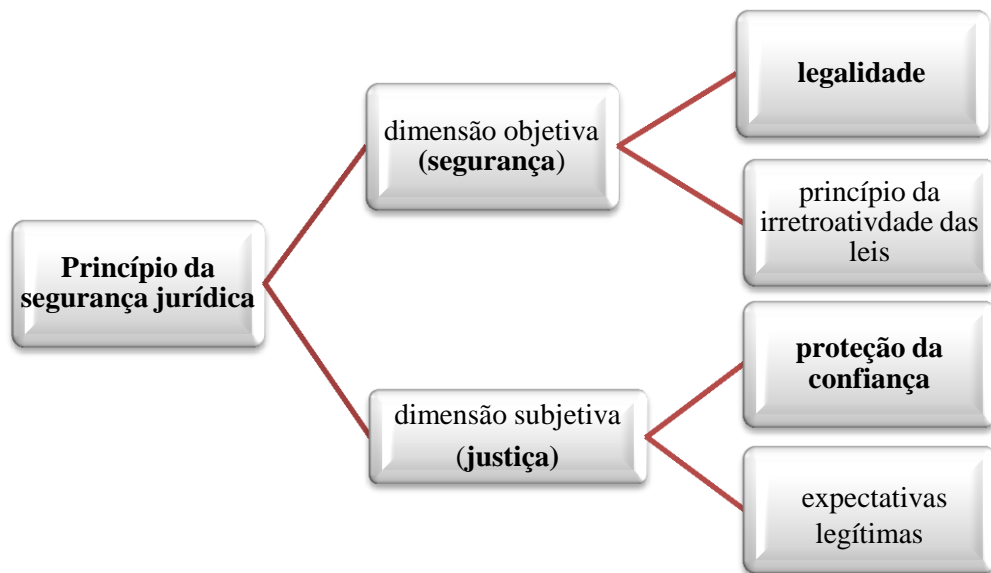


Figura 3: O significado e alcance do princípio da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito
Fonte: Elaboração própria

Muckel *apud* Shuenquener identifica três elementos na estrutura do princípio da segurança jurídica: *Certeza jurídica* no que se refere à previsibilidade e ao dimensionamento das consequências jurídicas de uma norma. A confiança com relação às consequências jurídicas tanto dos atos que estão por vir quanto dos já praticados, no intuito de tornar realizável o necessário planejamento do amanhã pelos indivíduos; *Paz jurídica* que pressupõe uma estabilidade do ordenamento. O “princípio da segurança jurídica” implica no fato de que as ações do Estado, em qualquer uma de suas esferas de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), deverão se pautar, obrigatoriamente, pela manutenção da estabilidade da ordem jurídica, sendo que essa última objetiva a preservação da tranquilidade quanto ao exercício dos direitos fundamentais; *Força jurídica* tendo em vista o compromisso do ordenamento jurídico em implementar as regras de Direito na realidade social. Jesús Gonzáles Pérez¹²⁰

¹²⁰PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid:Civitas, 1999, p. 53.106

destaca o novo sentido que a certeza do direito passa a ter nas relações com o poder público, visto que esta se materializa na manutenção de determinadas situações, *ainda que não sejam de todo conforme o Direito*, mas exista confiança na sua legitimidade. O critério de confiança deixa de ser o *da inação estatal* (que não perturba o espaço das liberdades individuais) e passa a ser o *da racionalização do poder do Estado e sua ação*, tendo em vista o interesse coletivo no livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos¹²¹.

Dentre os atributos da segurança jurídica Blanke, *apud* Shuenquener, denota a clareza das leis, da certeza das normas, a previsibilidade e o *da possibilidade de avaliação antecipada*. O indivíduo deve, portanto, ter condições de compreender o que as normas dele exigem e o que ele pode delas extrair. Dessa forma, a segurança *objetiva* das leis dá ao cidadão a certeza *subjetiva* das ações justas, segundo o Direito.

A certeza do direito é assegurada quando o sistema tende a abolir lacunas da lei, obscuridades, complicação dos dispositivos legais, excesso de legislação, atraso nos julgamentos, atos do poder público que provoquem instabilidade ou onerosidade excessiva na vida dos cidadãos, mudanças indiscriminadas das leis. Neste sentido, a própria ordem jurídica deve ser estável e permitir que o futuro seja, na medida do possível, razoavelmente antecipado.

Conforme a Profa. Mizabel, *apud* Lobato, mostrar confiança significa antecipar o futuro, ou melhor, é comportar-se como se o futuro fosse certo, *de forma que as diferenças de tempo se invalidam*. A segurança jurídica passa não só a ser percebida a partir da certeza do futuro como, também, pela garantia do passado. Objetiva a concessão da devida tranquilidade para que se possa realizar o planejamento do porvir de acordo com os atos que se praticarão ou que já foram praticados. Entende-se que tal planificação é fundamental para o progresso da sociedade.

Ressalte-se que o reconhecimento do princípio da proteção da confiança (ou da confiança legítima) no direito brasileiro, tem evoluído de forma muito semelhante ao direito internacional, embora de forma mais lenta. Só muito recentemente foi reconhecido por nossa legislação e ainda está em processo de reconhecimento pela nossa jurisprudência. Há o registro de três decisões do Supremo Tribunal Federal enfrentando diretamente o tema e afirmando, em conclusão, que a segurança jurídica integra o princípio do Estado de Direito, sendo, pois, limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos.

¹²¹COSTA, Judith Martins. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e Cidadãos**: a segurança jurídica como crédito de confiança. In: Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

Também são ainda raras, na doutrina nacional, as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional.

Menciona-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal:

- Registra-se o caso da Infraero, (*MS 22357/DF, relator Min. Gilmar Mendes, DJU de 24.05.2004*), em que o Tribunal de Contas da União (TCU) determinara a revisão de mais de 366 admissões realizadas sem concurso público, embora tivesse havido processo seletivo rigoroso, em observância ao regulamento da Infraero, validado por decisão administrativa daquela empresa estatal e pelo próprio TCU (em acórdão administrativo anterior). Houve lapso de quase 10 anos entre o deferimento parcial da liminar em favor dos impetrantes no mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e o julgamento de mérito. Esses elementos, somados à boa-fé objetiva dos impetrantes e ao fato de ser o Poder Público o responsável pela situação desfavorável criada a eles, fizeram prevalecer o fundamento explícito da proteção da confiança e da segurança jurídica, como balizadores do afastamento da nulidade das contratações.
- Outro exemplo diz respeito à possibilidade de modulação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade (artigo 27, Lei 9.868/1999; artigo 11, Lei 9.882/1999) que é feito, segundo o texto legal, ou por razões de segurança jurídica, ou por razões de excepcional interesse social. Esse mecanismo tem aberto uma gama de possibilidades, como a expansão para aplicação em instrumentos de controle tipicamente difuso, como o recurso extraordinário. Um recente caso emblemático foi a necessidade de modular os efeitos de uma decisão que, a partir da análise de uma determinada lei de 2007 (que criara o ICMBio), faria com que todas as demais leis posteriores oriundas de projeto de conversão de Medida Provisória também fossem declaradas inconstitucionais, por vício formal (inobservância do art. 62, §9º, CF/88).
- Merece destaque a decisão prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes na ação cautelar (MC 2.900-RS). Na referida ação se pleiteava concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por estudante do curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas que pedira transferência para o da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em razão de haver sido aprovada em concurso público realizado pela Empresa Pública de Correios e Telégrafos para emprego naquela entidade, tendo sido contratada. Mudou, assim, seu domicílio para Porto Alegre, local do seu emprego e do curso para o qual solicitara a transferência. Negada administrativamente a transferência, contra o ato respectivo impetrou a interessada mandado de segurança, deferido por sentença proferida em dezembro de 2000.

(...) (a) para reconhecer que a impetrante tem direito a transferir-se e a frequentar o curso de direito na UFRGS, a partir deste semestre; (b) determinar à autoridade impetrada que imediatamente providencie a transferência da parte impetrante, permitindo que a mesma realize a matrícula, frequente as atividades discentes e todas as demais decorrentes da sua condição de estudante, tudo nos termos da fundamentação.”

- Em segundo grau, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença, denegando o mandado de segurança. Daí o recurso extraordinário (manejado em outubro de 2002) e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente já se encontrava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS. Ao conceder liminarmente o efeito suspensivo pretendido, em decisão monocrática após confirmada pela 2ª Turma, o Ministro Gilmar Mendes observou que, *no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica.*

- Em recente julgado, proferido no RE 370682/SC, através da questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o STF decidiu modular temporalmente a decisão, dando-lhe efeitos prospectivos. Impõe citar as razões para tanto já que fiadas no princípio da segurança jurídica em sua vertente confiança:

(...) considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante. Isso, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo ‘evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados’, bem como ‘minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso’. Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Cármen Lúcia... conferir ‘segurança’ ao processo de transformação. Por estas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social. (Voto s/ questão de ordem. Ministro Ricardo Lewandowski)

- Em outro julgado passível de citação no presente estudo refere-se à manutenção de ascensão funcional sem concurso público. O ato de ascensão, aprovado pelo Tribunal de Contas da União há mais de 10 anos estava sendo objeto de revisão pelo próprio TCU.

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. Funcionário (s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco (5) anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, inc. LV, da CF, e art. 54 da Lei federal nº 9.784/99. Não pode o Tribunal de Contas da União, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de 5 (cinco) anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa. (MS 26782 / DF. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgamento: 17/12/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

- Recente decisão na Medida Cautelar no Mandado de Segurança MS nº. 28150 MC/DF (julgamento em 08/09/2009) reconhece definitiva e diretamente a existência de fundamento constitucional vinculado ao princípio da proteção da confiança, como projeção específica do postulado da segurança jurídica. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, objetivando questionar a validade jurídica de decisão da 2ª Câmara do TCU (Ac. nº 1.591/2007 - mantido pelo Ac. nº 1.024/2009 e pelo Ac. nº 3.270/2009), em julgamento que considerou ilegal a incidência de adicional de tempo de serviço sobre toda a remuneração, ainda que por sentença judicial anterior à Lei 8.112/90. A aposentadoria foi concedida em 25/06/1996 e o Tribunal de Contas da União somente apreciou a legalidade em 19/06/2007, ou seja, quase 11 (onze) anos após o deferimento administrativo de tal benefício.

O Superior Tribunal de Justiça também vem contribuindo significativamente ao desenvolvimento do instituto da proteção à confiança. Nesse sentido, importante a referência dos seguintes precedentes: RMS 40752, RMS 1.69453 e RMS 6.18354.

Em termos de reconhecimento expresso da proteção da confiança pela legislação nacional, vale ressaltar, as seguintes leis da União, emitidas ao final da década 90: 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2º e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Couto e Silva destaca diversos pontos nos quais a lei 9784/99 (lei do processo administrativo) solidificou a proteção à confiança: no seu art. 2º, caput, a lei estabelece, repetindo preceito constitucional, a moralidade e a segurança jurídica como princípios da Administração Pública; nesse mesmo artigo, no parágrafo único, inc. IV, a lei determina a observância de critérios de atuação, nos processos administrativos, conforme “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”; no inc. XIII desse mesmo parágrafo único, a lei estabelece a vedação de aplicar a fatos pretéritos novas interpretações de norma jurídica; e, por último, o art. 54 desta lei define o prazo decadencial, em cinco anos, do direito da Administração em anular os atos administrativos que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

De tudo o que foi exposto até aqui fica evidente o elevado grau de abstração e a pluralidade semântica que contempla o princípio da segurança jurídica. O Prof. Ávila com sua maestria habitual consegue condensar os principais aspectos inerentes ao princípio, tornando inteligível o alcance e limites de seu contorno face aos desafios da sociedade contemporânea.

Segundo Ávila¹²² o princípio preconiza um estado ideal de coisas a ser realizado que se caracteriza por sua *cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade*. O ideal de cognoscibilidade denota uma *perspectiva estática e atemporal*, significando a possibilidade, formal ou material, de conhecimento dos sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação que possam ser reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. Em outras palavras, em uma perspectiva estática, para o direito ser seguro, é preciso que o indivíduo tenha capacidade de compreender o seu conteúdo.

A confiabilidade, por sua vez, revela uma *perspectiva dinâmica retrospectiva* (voltada para o passado), demonstrando a exigência de estabilidade na mudança, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição de cláusulas de equidade, abrangendo os elementos que proíbem a modificação ou determinado tipo de modificação no presente daquilo que foi conquistado no passado. Nessa perspectiva, a segurança jurídica estabelece a promoção de um estado de coisas em que os atos de disposição dos direitos fundamentais de liberdade são respeitados graças à exigência de estabilidade, de durabilidade e de irretroatividade do ordenamento jurídico.

Já a calculabilidade diz respeito a uma *perspectiva dinâmica prospectiva* (com foco no futuro) que, segundo Ávila, se refere à capacidade de antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variável de consequências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos e o espectro reduzido de tempo dentro do qual a consequência definitiva será efetivamente aplicada. Trata-se, pois, de um estado de coisas em que o cidadão é capaz de prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo, antecipadamente, o âmbito de discricionariedade dos atos estatais.

Quanto ao objeto (aspecto finalístico-objetivo), a segurança jurídica pode referir-se tanto ao ordenamento jurídico como um todo, quanto a uma norma geral ou individual ou, ainda, a um comportamento. No tocante ao sujeito (aspecto finalístico-subjetivo), o princípio deve ser assegurado pelos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, e destina-se a proteger o particular, não podendo ser invocado em benefício do Estado. Ainda no âmbito do aspecto finalístico-subjetivo, a segurança tanto pode ser considerada um princípio objetivo do ordenamento jurídico, em uma dimensão objetiva e impessoal - hipótese na qual se fala em princípio da segurança jurídica em sentido estrito, como também pode experimentar uma

¹²²ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.121.

aplicação reflexiva relativamente a um sujeito específico, em uma dimensão subjetiva, referindo-se ao chamado princípio da proteção da confiança legítima.

Quanto ao momento, aspecto finalístico-temporal, deve-se buscar a segurança jurídica do passado, do presente e do futuro. A aplicação do princípio deve envolver a análise das três dimensões de tempo, não podendo, por exemplo, a pretexto de proteger a segurança do passado, comprometer, em maior medida, a segurança do presente e do futuro. Assim, quando a proteção da segurança jurídica em relação a uma das dimensões temporais ensejar a sua restrição em relação às outras, deve-se optar pela alternativa que, conjuntamente, promova em maior medida os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. O mesmo ocorre em relação aos demais aspectos finalísticos anteriormente mencionados. Por isso, quanto ao aspecto finalístico-quantitativo, deve-se garantir a segurança jurídica total (em todos os seus aspectos), de modo que, no conjunto, ela seja mais promovida do que restringida.

Em relação aos meios necessários para a promoção da segurança jurídica (aspectos instrumentais), tem-se, como destinatários do dever de agir, os três poderes e, como beneficiários do dever de agir, os cidadãos (aspecto instrumental-pessoal). Já o aspecto instrumental-material refere-se à adoção de comportamentos que provoquem efeitos que contribuam para a promoção de um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade do Direito. Assim, no aspecto material, a definição dos meios para a promoção da segurança jurídica, por se tratar de um princípio, se dá, não pela descrição das condutas que devem ser realizadas, mas pelos efeitos dessas condutas.

Por fim, ressalta Ávila¹²³, a segurança jurídica possui caráter instrumental, pois ela não é um fim em si mesmo. De um lado, ela serve para garantir os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, pois, sem confiabilidade e calculabilidade da atuação estatal, o indivíduo não tem como exercer o direito de, livremente, planejar e conceber o seu futuro. De outro lado, ela é um instrumento necessário para a realização das finalidades estatais, pois o exercício da ação e do planejamento estatal pressupõe uma permanência de regras válidas. Não se trata, contudo, de um benefício do estado, mas de um benefício do particular, para que ele possa controlar a atividade estatal.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica adquire um sentido mais amplo, tornando-se as expectativas legítimas protegidas juridicamente ao lado dos direitos adquiridos.

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário, 2ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.121.

Pode-se, assim, sintetizar os seguintes desdobramentos, do princípio da segurança jurídica na atualidade:

- Convalidação no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais. Segundo Couto e Silva, esse tema pressupõe a definição de critérios a serem considerados diante de determinado caso concreto quando se tiver que ponderar entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica. O desafio nesse aspecto consiste em conciliar o dano imposto a um grupo de cidadãos tendo em vista o bem maior da coletividade diante de uma alteração legal. Se por um lado, a segurança jurídica não pode obstaculizar a mudança, a legalidade não pode se tornar fonte de práticas arbitrárias ou voluntaristas dos governantes, sob pena de desvirtuar os fundamentos originários do Estado de Direito.
- O dever do estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico decorre do reconhecimento das situações ainda não consolidadas (expectativas de direitos) pelo sistema jurídico.
- O dever do estado em implantar os direitos assegurados em lei. A efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, se traduz como uma expectativa legítima do cidadão. Sob essa ótica, a segurança jurídica, busca atribuir uma estabilidade institucional, diante de mecanismos de concretização dos direitos fundamentais já implementados, de modo que ao cidadão seja assegurada “a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhes são assegurados pela ordem jurídica”.¹²⁴ Em matéria de restrição dos direitos fundamentais para o futuro, Lobato¹²⁵ destaca a insuficiência dos institutos clássicos da coisa julgada, proteção ao direito adquirido, bem como a adoção de medidas não retroativas para assegurar a devida proteção ao cidadão nesses casos. Cabe esclarecer que, de fato, a ordem do Estado Democrático de Direito não permite tal ingerência, para o passado ou para o futuro. A confiança ou segurança aqui agem para preservar as conquistas já realizadas e a sua revogação faz por merecer do estado contrapartidas adequadas e na mesma proporção. Nesse contexto surge o princípio *da proibição do retrocesso social*.
- O reconhecimento da responsabilidade do Estado com as promessas firmes feitas por seus agentes, bem como as expectativas criadas perante os cidadãos ao longo do tempo.

¹²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais:** manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)* Salvador. n.º15, set/out/nov, 2008, p.2.

Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 4 de setembro de 2014.

¹²⁵LOBATO, Valter de Souza. **Estado Democrático de Direito. Segurança jurídica. A correta forma de interpretação dos benefícios fiscais e a concretização dos direitos sociais.** Disponível em www.sacha.calmon.com.br. Acesso em 20 de setembro de 2014.



Por fim, pode-se dizer que a proteção da confiança, enquanto dimensão subjetiva da segurança jurídica, não só amplia o seu alcance como também a humaniza. O seu caráter axiológico se reforça na legalidade, na certeza jurídica e nos princípios fundamentais, tornando-se, assim, meio concreto para alcançar a justiça.

2.3 REFLETINDO SOBRE A SEGURANÇA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO OU PÓS-MODERNA¹²⁶

“Somente é possível ser tolerante se tivermos limites em nossas certezas.”

Oswaldo Ferreira de Melo

Por detrás de todo o esforço doutrinário e jurisprudencial em promover a releitura do princípio da segurança jurídica está a necessidade de se repensar e adequar os institutos

¹²⁶ Ulrich Beck passou a ser um dos teóricos sociais mais destacados do presente depois da publicação de *Risk Society* (em alemão em 1986 e em inglês em 1992). O argumento central desse livro é que a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada pela sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. Entre esses riscos, Beck incluiu os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Mais recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais. Este conjunto de riscos geraria “uma nova forma de capitalismo, uma nova forma de economia, uma nova forma de ordem global, uma nova forma de sociedade e uma nova forma de vida pessoal” O conceito de sociedade de risco se cruza diretamente com o de globalização: os riscos são democráticos, afetando nações e classes sociais sem respeitar fronteiras de nenhum tipo. Os processos que passam a delinear-se a partir dessas transformações são ambíguos, coexistindo maior pobreza em massa, crescimento de nacionalismo, fundamentalismos religiosos, crises econômicas, possíveis guerras e catástrofes ecológicas e tecnológicas, e espaços no planeta onde há maior riqueza, tecnificação rápida e alta segurança no emprego.

jurídicos tradicionais (forjados na concepção positivista) às características da sociedade contemporânea. Nas palavras de François Ewald¹²⁷, o risco ocupa uma posição proeminente nas sociedades contemporâneas, sendo o ponto sobre qual essas “se questionam, se analisam, buscam seus valores e, talvez, reconheçam seus limites”. Eis que surge, na terminologia de Ulrich Beck, a “sociedade de risco”. Segundo Beck, juntamente com a transição de uma simples modernidade para uma *modernidade reflexiva*¹²⁸, houve a transição de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco. Enquanto a característica principal da sociedade industrial era a *distribuição de bens*, o princípio basilar da sociedade pós-moderna é a *distribuição de riscos*. No mesmo sentido, Anthony Giddens¹²⁹ aponta que essas considerações são relevantes para o futuro do Estado de bem-estar, que deveria ser visto como uma forma de gerenciamento de risco coletivo.

Nesse sentido, o risco é algo decorrente da história da própria sociedade contemporânea, marcada por mudanças, inovações, inseguranças. Essa decorrência histórica, no entanto, não quer dizer que não se deva ter preocupações, pois, além da sua complexidade, o risco também carrega consigo o agravante da imprevisibilidade¹³⁰:

(...) O conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto [...] [leva à] questão de redeterminar padrões [...] atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais. Entretanto, o problema que aqui se coloca é o fato de estes últimos não somente escaparem à percepção sensorial e excederem à nossa imaginação, mas também não poderem ser determinados pela ciência. A definição do perigo é sempre uma construção cognitiva e social. Por isso, as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo até o grau exato em que eles se modificam, não refletem sobre seus efeitos e dão continuidade a uma política muito parecida.

Cabe destacar que a questão da segurança sempre esteve na base da justificação do Estado de direito. Concebida inicialmente, como uma segurança contra a ameaça externa, evolui para a segurança interna da vida, da liberdade e da propriedade e, posteriormente, contra abusos à dignidade do ser humano e para a garantia de um mínimo de proteção social. Dessa forma, pensar a *segurança jurídica* no contexto de uma sociedade de riscos revela seus

¹²⁷EWALD, François. *Risk in contemporary society*. Trad. J. Dautrey & C. Stifler. *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 6, 2000, p. 365-379.

¹²⁸A modernização reflexiva, também denominada por Beck como segunda modernidade, é a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Enquanto a primeira modernidade caracterizou-se pela confiança no progresso e controlabilidade do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não pode dar conta da predição e controle dos riscos que ele contribuiu para criar.

¹²⁹GIDDENS, Anthony. *Risk and responsibility*. *Modern Law Review*, vol. 62, n. 1, Jan. 1999, p. 1- 10.

¹³⁰Beck, Ulrich, Giddens, Anthony, Lash, Scott *Reflexive Modernization. Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*. Stanford University Press, 1994, p.17.

desafios. Afinal como promover segurança jurídica num ambiente instável e conflitivo como o da sociedade contemporânea?

Para Giddens, na modernidade a confiança está relacionada ao conceito de risco, dada a dinâmica das relações sociais que se caracteriza pelo avanço tecnológico, pela capacidade de destruição de bens individuais e coletivos, pelo deslocamento das relações no tempo e espaço, até mesmo pela mudança de valores. Cria-se, assim, um ambiente de instabilidade crescente, pois já que as relações humanas estão cada vez mais distanciadas, não nos é possível qualquer tipo de controle de ação do outro, nem a garantia de correspondência entre expectativa e resultado.

Surge, assim, para o Estado Democrático de Direito, o desafio de propor novos mecanismos de atuação face às características da sociedade contemporânea, que passa a ser caracterizada, segundo alguns autores, como a sociedade de riscos. Essa constatação leva Torres¹³¹ a denominar o Estado Democrático de Direito o “Estado de Risco”¹³².

Na sociedade de risco, o Estado de Direito se vê frente a outro tipo de desafio, qual seja, o de garantir proteção aos cidadãos contra os riscos produzidos pela sociedade pós-industrial. Isso quer dizer que o estado permanece com suas funções anteriores, mas agora precisa lidar com as consequências dos riscos criados pela tecnologia. Conforme nos adverte Maurício, mais do que isso, esse novo Estado de Direito perde o amparo do determinismo e da previsibilidade conferidos pelo paradigma moderno, tendo de conviver com sistemas complexos que interagem de forma dinâmica.¹³³

A relação entre estado e sociedade passa a se pautar por uma *cadeia de subsidiariedades* que se caracteriza pela responsabilidade primeira do indivíduo pela sua própria sobrevivência, secundada pela da comunidade se houver impossibilidade de cumprimento pelo cidadão, e complementada, em última instância, pelo Estado, que passa atuar de forma subsidiária.^{134 135}

¹³¹ TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e as limitações constitucionais ao poder de tributar. In: Revista Eletrônica Direito do Estado, número 4 out/nov/dezembro de 2005, p.13.

¹³² “Seria natural, então, que com o câmbio da sociedade industrial para a sociedade de risco, o Estado de direito também tivesse sua estrutura modificada. Não coincidentemente, alguns teóricos já reconhecem que a distribuição de risco representa um papel na configuração do Estado de direito, muito embora não lhe atribuam a predominância aqui discutida.39 Emerge, portanto, dessa nova base social, um modelo de Estado de direito que denominamos Estado de Risco, o qual não se enquadra nem no modelo liberal, nem no modelo de Estado social.” MAURÍCIO, Alceu Jr. O Estado de risco e a burocratização do espaço democrático. Disponível em: www.tjrj.jus.br. . 13. Acesso em 20/11/2014.

¹³³ MAURÍCIO, Alceu Jr. **O Estado de risco e a burocratização do espaço democrático**. In: www.tjrj.jus.br. p. 13. .Acesso em 20/11/2014 .p. 14.

¹³⁴ O Estado subsidiário estrutura-se num sistema orgânico formado por grupos sociais entre os cidadãos e os poderes públicos; os objetivos e o bem comum, nesta sociedade, são decididos pelos grupos sociais menores e os indivíduos; a ação governamental e dos grupos maiores consiste em fomentar, coordenar, estimular, ajudar e,

Em outras palavras, no interior de um estado, os poderes públicos, que se encontram no ápice da estrutura subsidiária, apenas poderão intervir na sociedade civil, organicamente disposta em corpos sociais intermediários, quando esses não puderem, por si somente, ou não dispuserem de meios, para atingirem à plena consecução dos objetivos estabelecidos pelos indivíduos formadores da Nação política e juridicamente estruturada no Estado.

Como no organismo estatal subsidiário, a sociedade é disposta hierarquicamente em corpos sociais intermediários. O princípio de subsidiariedade visa ao estabelecimento de critérios de atuação, não somente da autoridade estatal, que se encontra no topo da estrutura estatal, mas também de qualquer autoridade genericamente considerada e existente nos diversos grupos sociais, no que concerne ao tratamento àqueles que se encontram alocados numa posição inferior.

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da subsidiariedade se apresenta como um método de distribuição de competências entre os indivíduos, os corpos sociais intermediários e os poderes públicos, aos quais é atribuída uma função subsidiária que pode ser analisada, conforme duas perspectivas, uma negativa, que consiste na abstenção das autoridades políticas em intervir na sociedade, quando os grupos sociais inferiores puderem alcançar seus objetivos por livre iniciativa; e outra, positiva, pela qual essas autoridades deverão encorajar, estimular, coordenar e, em último caso, substituir a ação dos indivíduos e dos grupos, quando esses estiverem incapacitados de atingir suas metas. É preciso que fique assente, que a ideia de subsidiariedade repercute em todas as esferas da vida social, seja na política, na econômica ou na jurídica, sempre se pautando pelas perspectivas positiva e negativa de atuação estatal.

excepcionalmente, substituir a iniciativa privada e dos grupos menores. A característica principal desse Estado é a descentralização, que repercute nos planos social, econômico, político e jurídico. O princípio do Estado Subsidiário está presente no artigo 3º B do Tratado de Maastricht, que instituiu a União Europeia. Ao lado do qual, estão os princípios da atribuição de competências e de proporcionalidade. O princípio passou a ser estudado após a crise de ambos os modelos, sobretudo após a crise do *Welfare State*.

¹³⁵Além das perspectivas positiva e negativa de atuação pública, o princípio de subsidiariedade mostra-se nas diversas relações existentes no interior da sociedade, segundo uma escala de primazias de iniciativas, denominada — cadeia de subsidiariedade, na qual se dá a preferência para a atuação do indivíduo sobre os corpos sociais intermediários e destes sobre o poder público.



Figura 5: A cadeia de subsidiariedades na sociedade de risco
 Fonte: Elaboração própria

A fim de escapar das falhas e contradições constatadas nos modelos liberais e sociais, no Estado subsidiário, os poderes públicos passam a ser delimitados por fronteiras flexíveis de atuação na esfera da sociedade civil, que serão definidas a partir de cada contexto. Em outras palavras, seu campo de atuação se estenderá ou restringirá segundo as eventualidades, necessidades e capacidades dos indivíduos e dos grupos sociais menores para gerir os objetivos sociais de todo o corpo nacional.

Segundo Torres, a sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes, tais como: *a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.*

A ambivalência aparece diante da impossibilidade que da execução de políticas públicas surja sempre o consenso por parte dos cidadãos. Há uma distribuição não só de benefícios, como se pretendia ao tempo do Estado de Bem-estar Social, mas também de malefícios, como por exemplo, o desmatamento da floresta amazônica.

Da ambivalência e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de segurança, em crescente contraste com o de insegurança. A ideia de segurança jurídica, prevalecente no Estado Liberal Clássico, que tinha por objetivo a proteção dos direitos individuais do cidadão, começa a ser contrabalançada no Estado de Bem-estar Social com a de segurança social e culmina, no Estado Subsidiário, com a de *seguro social e de prevenção*¹³⁶. Os riscos e a insegurança da sociedade atual não podem ser eliminados, mas devem ser aliviados por mecanismos de segurança social, econômica e ambiental.

¹³⁶Nesse sentido, segundo Habermas: A ampliação do horizonte temporal, no qual as atividades do Estado social, especialmente a atividade preventiva, têm que se mover, agudiza esses problemas. Através de suas ações ou omissões, o Estado participa cada vez mais na produção de novos riscos, condicionados pela ciência e pela técnica. Os riscos inerentes à força nuclear ou à técnica genética colocam o problema da tomada de providências

Esse clima de insegurança, nos termos de Torres, requer a adoção de novos princípios éticos e jurídicos, bem como a revisão de conceitos clássicos como o princípio da separação de poderes. Segundo Jayme *apud* Gomes¹³⁷, “a pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser”.

O Ministério Público e o Judiciário passam a exercer papel mais ativo na defesa dos direitos difusos, em cooperação com as instituições sociais, afastando-se da missão neutra que desempenhavam na sociedade industrial. O princípio da legalidade se flexibiliza. A forma tradicional de se pensar a segurança jurídica já não atende mais. Segundo Barroso¹³⁸, “a segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas [...] as fórmulas abstratas da lei e a discricção judicial já não trazem todas as respostas.

Como nos ensina Gomes¹³⁹, tendo em vista a natureza dinâmica e complexa da sociedade contemporânea é imprescindível que o sistema jurídico seja aberto¹⁴⁰, e permeado de dispositivos de textura mais aberta, com uma dimensão mais ampla, para que possa atender melhor as situações fáticas que se apresentem. Afirma a autora:

“Na atual sociedade complexa e pluralista há a presença constante do risco, e não é possível prever as consequências das decisões tomadas, de modo que é preciso admitir a contingência inerente à sociedade contemporânea, posto que a única certeza possível é a **imprevisibilidade do futuro** e a **inafastabilidade do risco**.”

A complexidade da vida contemporânea e a necessidade de constante atualização de preceitos impõe cada vez mais que se recorra à técnica legislativa dos preceitos normativos

– também por parte do legislador – para proteger, de modo advocatício, os interesses das gerações futuras. Em geral, os perigos da sociedade de riscos ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos; por isso, os problemas da segurança jurídica e da submissão à lei, existentes no Estado social, se agudizam drasticamente. De um lado, as normas de *prevenção*, emitidas pelo legislador, só conseguem regular parcialmente programas de ação tão complexos e dinâmicos que antecipam o futuro e dependem de prognósticos e de autocorreção. De outro lado, fracassam os meios de regulação da prevenção clássica, sintonizada mais com os riscos concretos do que com as ameaças potenciais de grandes grupos de pessoas. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1997, p. 176..

¹³⁷GOMES, Daniela. A Questão da (In)Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea. In: Caderno desenvolvimento em questão, Editora Unijuí • ano 8 • n. 15 • jan./jun. • 2010, p 154.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, Saraiva, 2004, p. 306.

¹³⁹GOMES, Daniela. **A Questão da (In)Segurança Jurídica na Sociedade Contemporânea**. In: Caderno desenvolvimento em questão, Editora Unijuí • ano 8 • n. 15 • jan./jun. • 2010, p. 154

¹⁴⁰O Direito, como sistema aberto de normas, deve valer-se da consistência e da coerência das normas entrantes em relação ao Ordenamento Jurídico como um todo. E, estas normas, princípios, regras, princípios “sensíveis”, devem ter carga axiológica, ideológica e são formas de dominação de uma minoria sobre uma maioria que acredita ter o poder. É um sistema de *balizas flutuantes*, visando direcionar e alinhar os conceitos/bens, tais como liberdade, igualdade, justiça, pluralismo político, democracia participativa e outras tantas.

abertos. A noção de risco nas sociedades complexas ressalta a necessidade de uma nova racionalidade para as tomadas de decisão.

Complexidade e o caráter plural da sociedade atual constituem novos paradigmas para a Ciência do Direito, impondo-se o desafio de se manter o seu caráter científico ao mesmo tempo em que se admite sua abertura para a evolução do fato social. Neste contexto, por exemplo, a técnica de interpretação (hermenêutica) assume a condição de ferramenta de mediação de conflitos e harmonização dos anseios sociais com o direito posto, não se admitindo, pois, que o Direito seja ineficaz.¹⁴¹

Segundo Melo¹⁴², no campo do pluralismo jurídico, cuidando-se da produção de normas fora da instância estatal, vê-se a existência de duas tendências. A primeira, de natureza complementar, regrido lacunas intencionais deixadas pelo poder instituído, como é o caso de formação de associações civis, sindicatos, entidades, etc. A segunda, de natureza conflituosa, que, em decorrência da adoção de novos paradigmas, impõe normas alternativas às do direito estatal, promovendo, intencionalmente ou não, “um deslocamento do Estado de sua posição tradicional de controlador das relações sociais”.

O pluralismo traduz evidentemente a existência de anseios sociais que não encontram viabilidade em florescer dentro das instâncias estatais. A simples existência da contestação da norma posta por um sistema que se auto-organiza fora das instâncias formais, é suficiente para impelir ao questionamento da legitimidade desta norma.

André-Jean Arnaud¹⁴³, *apud* Koerner¹⁴⁴, considera que a globalização e a pós-modernidade colocam em primeiro plano a necessidade de ultrapassar o paradigma do pensamento jurídico moderno, marcado por um feixe de conceitos que englobam a abstração e axiomatização do Direito, o subjetivismo, a simplicidade e a segurança das relações jurídicas, a separação da sociedade civil e do estado, e o universalismo e a unidade da razão jurídica.¹⁴⁵

¹⁴¹Neste sentido, a aplicação da norma deve levar em consideração os parâmetros e anseios de justiça e utilidade buscados pela sociedade.

¹⁴²MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica, p 78.

¹⁴³ André-Jean Arnaud - Diretor Emérito de Pesquisa do Centro Nacional de Pesquisa Científica, em França Co-Diretor da Rede Europeia Direito e Sociedade Presidente da Cátedra da UNESCO Direitos Humanos e Violência: Governo e Governança Director do GEDIM - Programa Interdisciplinar de Globalização Econômica e Direitos no Mercosul Perito em governança, Consultor no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

¹⁴⁴KOERNER, Andrei. *Direito e Regulação: uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Societé*. Paper preparado para o Seminário Temático “O Republicanismo e as questões de identidade, da comunidade e das políticas públicas”, do XVIII Encontro da ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais, São Paulo, 2004.

¹⁴⁵O universalismo baseia-se na ideia etnocentrista de que os produtos da filosofia ocidental são válidos *urbi et orbi*. O desenvolvimento do universalismo relaciona-se com a noção de sujeito, com a noção de abstração e axiomatização. O subjetivismo é a transformação em teoria da ideia de que o sujeito está no centro do mundo e no centro do direito. A abstração permite a generalização e facilita as classificações, tornando possível uma ciência racional e sistemática do direito baseada numa construção axiomática de um corpo de preceitos do direito. A axiomatização torna possível articular todas as regras a postulados fundadores, a ordem jurídica é, nessa concepção, uma ordem piramidal.

A internacionalização crescente das relações econômicas e políticas constituiu um novo pluralismo jurídico, mais complexo, no qual o direito estatal é combinado a outras regras de direito, em diversos planos - global, regional e local, e com características distintas (programas de ação fixados consensualmente, códigos de ética, regulamentações). O Direito estatal é suplantado, secundado ou suplementado por outras normas as quais atravessam o ordenamento jurídico estatal ou se colocam nas suas bordas, constituindo formas alternativas de produção normativa, as quais são desde complementares até contraditórias às normas estatais.

As sociedades complexas criam novas combinações entre a regulação pelo direito e outras formas de regulação. O estado mantém em parte seus papéis, mas é de alguma forma descentralizado por essas outras regulações, como o mercado globalizado ou organizações da sociedade. Essas dinâmicas criam novos espaços de discussão, de negociação e de criação de regras, cuja lógica é muitas vezes contrária ou, ao menos, diferente da lógica dos espaços públicos. Ainda, segundo Arnaud, neste contexto emerge '*uma racionalidade do direito teleologicamente lúdica*', segmentada, tanto nos seus espaços de produção e de implementação como em razão da emergência de atores imprevistos, e complexa, transitando da negociação nos seus modos de produção normativa a uma participação própria a colocar em questão o contrato social sobre o qual repousam nossas democracias representativas'. Essa tese tem quatro aspectos: a de uma racionalidade lúdica, cujos fundamentos filosóficos são equívocos; a segmentação da razão jurídica, que é devida a uma reconfiguração completa dos locais de produção da regulação; a uma redefinição dos protagonistas; e o novo sentido da negociação. Os novos protagonistas reclamam a participação no poder, a qual se dá segundo uma lógica de partilha da responsabilidade na tomada de decisão, antes do protesto, da pressão e da reivindicação de interesses. Isso significa que aparece uma mutação radical do papel dos cidadãos na democracia, os quais não se satisfazem mais com as decisões dos seus representantes, mas exigem uma regulação de tipo interativo, num poder partilhado comum, a produção normativa negociada.¹⁴⁶

Em relação à produção do direito o autor identifica três formas: pelas bordas (*alongside*), para além (*beyond*) do estado ou, ainda, através dele (*through*). Em seu conjunto, essas transformações indicariam um novo paradigma, ou melhor, uma nova lógica de

¹⁴⁶ Segundo Arnaud a pós-modernidade estabelece novas formas de regulação a desafiar a estrutura tradicional do direito. O autor destaca as seguintes mudanças a impactar a regulação jurídica: (a) passagem de uma razão providencial a uma razão lúdica; (b) da mono-centralidade à multiplicação dos centros de produção da normatividade; (c) de uma autoridade soberana e absoluta à regulação negociada, com a emergência de atores diferenciados; (d) de uma ideia de direito simples a uma ideia de direito complexo, que acompanha a evolução da sociedade contemporânea.

governança qual seja: o de “uma gestão sem ato propriamente dito de governo, e que engloba o retorno da sociedade civil ..., reabilitada em vista de novas formas de governo, - a negociação, a participação, a busca ao mesmo tempo do equilíbrio, do consenso e da eficácia na tomada de decisão, o multilateralismo”. A governança, neste sentido, resultaria de “uma combinação complexa: a coordenação de atores, indivíduos, grupos sociais e instituições, na ação pública; a gestão coletiva; os fins próprios discutidos e definidos coletivamente; a articulação entre lógicas de ação divergentes; a construção de um consenso; a elaboração de programas de ação e de políticas públicas concertadas”.¹⁴⁷

Tais transformações levam o Direito a buscar, uma estrutura jurídica mais adequada, de forma a responder aos desafios impostos pela complexidade e pelo pluralismo das sociedades contemporâneas. Para tanto, há que se romper com a visão tradicional de *um sistema fechado e completo*. Ao contrário, é preciso dotar o Direito de uma elasticidade maior do que a oferecida pela corrente positivista, tornando-o mais *aberto e flexível*. A grande questão que se coloca é a de como manter o papel do Direito como fonte de estabilidade das relações sociais frente à fluidez e plasticidade que o rodeiam na atualidade. Dessa forma, uma nova racionalidade se impõe.

Na medida em que a democratização avança o Direito se humaniza. As leis, por si só, não bastam, precisam ser justas. O critério de validade (legal/ilegal) cede espaço para o da conformidade (legítimo/ilegítimo). O Direito contemporâneo não pressupõe mais uma ordem única, em normas estáticas de conteúdo completo e perfeito, ao contrário, acredita-se hoje muito mais na interpretação das normas como a fonte do saber jurídico, haja vista sua incompletude. Deste modo, Barroso¹⁴⁸ afirma que “a objetividade possível no Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”. Assim, passa-se a entender, que as normas não têm um sentido único e estático, mas precisarão ser enxergadas, discutidas e questionadas a partir de sua interpretação, que poderá possibilitar inúmeras soluções para cada caso concreto.

Nesse contexto, os princípios são elevados à condição de normas jurídicas, colocando-se no centro do ordenamento jurídico, ao lado das regras¹⁴⁹. Na condição de

¹⁴⁷ ARNAUD, André-Jean. **Critique de la Raison Juridique 2 – Gouvernantssansfrontières, entre mondialisation et post-mondialisation.**

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, ano 1, n. 6, vol.1, 2001, p. 6.. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em 1/11/2013.

¹⁴⁹ É inegável que os princípios foram ganhando uma importância cada vez maior para os juristas da atualidade, quando perceberam ali dimensões nunca antes imaginadas. Norberto Bobbio, no dizer de Bonavides chegou a encontrar, nos princípios, várias dimensões, formando uma tetradimensionalidade, ou seja, teriam as funções: "interpretativa", "integrativa", "diretiva" e "limitativa". Porém, segundo o mesmo professor cearense, os

normas que buscam positivar os valores percebidos como fundamentais acabam se tornando critério qualitativo das regras, superando, assim, lacuna inerente ao modelo positivista.

A normatividade dos princípios¹⁵⁰ aparece em várias circunstâncias, reorientando a racionalidade do intérprete, que se desloca dos critérios formais de validade de uma norma para o seu substrato axiológico. Segundo Assis¹⁵¹, essa normatividade guarda uma relação dúplice com os desafios contemporâneos, pois ao mesmo tempo em que propõe uma normatividade mais aberta, (mais adequada, portanto, ao contexto de fragmentação), a atribuição de imperatividade aos princípios (sobretudo os constitucionais) permite a integração entre um contexto social fragmentado e disperso por uma infinidade de interlocutores legitimados a proferir atos de fala e a necessidade de atribuir sentido e norma à atuação social dos indivíduos.

A densidade valorativa bem como a normatividade dos princípios se adéquam, pois, à fase contemporânea, possibilitando a construção de um sistema jurídico mais flexível e aberto. Os princípios constituem, assim, o mecanismo mais adequado à ordenação e legitimidade social num contexto instável, plural e fragmentado. Ao mesmo tempo que favorecem a mediação dos conflitos sociais fortalecem o papel da sociedade nos espaços públicos de discussão, tornando possível a integração entre os interesses divergentes dos cidadãos e os valores constitucionais. A dúvida e a relatividade possuem um efeito erosivo sobre o ordenamento jurídico e sobre o princípio da segurança jurídica. As regras, por sua vez, em face de sua reduzida carga valorativa, não realizam os anseios de justiça e legitimidade de uma sociedade em cuja estrutura social multiplicam-se as incertezas de todo tipo. O movimento de constitucionalização dos princípios jurídicos coincide com a formulação de uma doutrina da *força normativa e vinculatividade* dos princípios, em contraposição às idéias positivistas que dominaram, hegemonicamente, o discurso jurídico até a primeira metade do século XX.

Sob essa perspectiva histórico-evolutiva, os princípios constitucionais atualmente se constituem em normas que fundamentam e sustentam o sistema, as pautas supremas e basilares do ordenamento jurídico de uma dada sociedade. Não são meros programas ou linhas sugestivas à ação do Poder Público ou dos cidadãos, mas sim as vinculam e direcionam, uma vez reconhecida sua eficácia jurídica vinculante. Posta em seus devidos

princípios teriam não apenas quatro, mas, cinco funções: "fundamentadora", "interpretativa", "integrativa", "diretiva" e "limitativa". BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2002, p.254.

¹⁵⁰A questão da normatividade dos princípios jurídicos guarda profunda relação com a superação do Estado liberal de direito, pautado pela lógica do positivismo jurídico, e a consolidação do novo constitucionalismo, pensado a partir de um modelo jurídico pós-positivista.

¹⁵¹ASSIS, Wilson Rocha. A normatividade dos princípios e a pós-modernidade. In: <http://jus.com.br/artigos/8212/a-normatividade-dos-principios-e-a-pos-modernidade>. Acesso em 20/11/14.

termos, a vinculatividade dos princípios manifesta-se em sua "eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos e privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas"¹⁵².

Ao mesmo tempo que o constitucionalismo democrático vem impondo uma estrutura jurídica pautada pela efetividade, as incertezas e a relatividade da condição pós-moderna desafiam a revisão dos pilares do Direito moderno.

Conciliar a efetividade das normas com a desejada segurança jurídica, numa sociedade cada vez mais complexa, se torna o grande desafio. A fragmentação do poder com o surgimento de diversos foros de negociação a intermediar a relação entre Estado e cidadão enfraquece a força normativa da Constituição.

A Constituição deixa de ser vista como pacto fundador e legitimador da organização social para se tornar um estatuto reflexivo, de forma a permitir a pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos e a garantia da mudança através da construção de rupturas. A perspectiva pós-moderna traz, assim, uma *concepção procedimental* da Constituição. Afirma Guerra¹⁵³:

Essa concepção 'procedimental' da Constituição se mostra adequada a uma época como a nossa, apelidada já de 'pós-moderna', em que caem em descrédito as 'grandes narrativas', legitimadoras de discursos científicos e políticos, não havendo mais um fundamento aceito em geral como certo e verdadeiro, a partir do qual se possa postular 'saber para prever'. Radicaliza-se, assim, a inversão da perspectiva temporal em que se legitima o direito, com a introdução, nos sistemas políticos modernos, de uma constituição, quando o juridicamente válido o é não mais porque se encontra argumentos num passado, histórico ou atemporal (ordem divina, estado de natureza ou outra coisa do tipo), para justificá-lo. Ao contrário, como aponta Niklas Luhmann, a partir de uma constituição se dá uma 'abertura para o futuro' na forma de legitimar-se o direito, o qual passa a 'prever as condições de sua própria modificabilidade e isso juridicamente, acima de tudo, através de regras procedimentais...

¹⁵²ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 p. 60.

¹⁵³GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de Direito e o Judiciário na Pós-modernidade. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, p. 17, jan./dez. 1993.

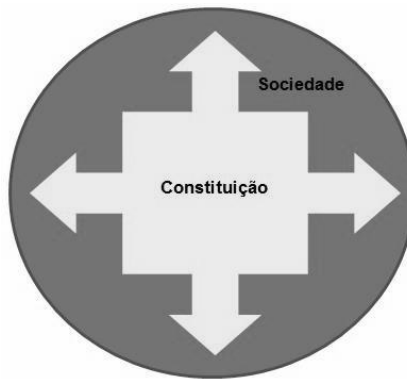


Figura 6: A Constituição sob a perspectiva procedimental
Fonte: Elaboração própria

A Constituição passa a ser vista como um sistema normativo aberto de regras e princípios legítimos do ponto de vista das expectativas dos diversos atores sociais. Podendo-se compreendê-la, dessa forma, como um pacto com força normativa vinculante e dirigente (tal como concebido em suas origens modernas), ao mesmo tempo em que dialoga com os acontecimentos do mundo do ser (respondendo à crítica pós-moderna).

Outra questão problemática e não resolvida pela teoria pós-moderna, segundo Dorneles¹⁵⁴, seria o verdadeiro abalo sofrido pela clássica separação entre os poderes, uma vez que o avanço de cláusulas gerais e de objetivos indeterminados e a delegação de competências decisórias e de posições de negociação provocam a dissolução do vínculo que liga a justiça e a administração à lei democrática, fundamento de legitimidade moderno do direito. A justiça passa a preencher os espaços ampliados de sua área de decisão com programas de leis e representações valorativas próprias. A administração conquista maior liberdade no momento que define as condições de implementação das políticas públicas.

Em suma, a partir do momento em que a lei abstrata e geral deixar de ser a fonte principal e obrigatória dos programas de regulação do Estado social, passa a faltar o elo capaz de transmitir a racionalidade do processo legislativo para os processos da justiça e da administração. A relação entre os poderes passa a se reger por novos parâmetros.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a normatividade dos princípios realiza de forma mais plena os imperativos da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade de que depende o exercício do direito na sociedade contemporânea.

¹⁵⁴DORNELES, Leonardo D. Amaral. **O constitucionalismo: da visão moderna a perspectiva pós-moderna.** Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/86>. Acesso em 29/11/2014.

A reflexão sobre a segurança jurídica no contexto da sociedade de risco (ou pós-moderna) nos leva às seguintes considerações:

- a sociedade pós-moderna traz junto com a complexidade e o pluralismo a incerteza e a indecisão provocando questionamento acerca de princípios jurídicos, até então tidos como sólidos, como o da segurança jurídica;
- o conceito de segurança jurídica no Estado Democrático de Direito pressupõe a concretização dos direitos e garantias fundamentais e o cumprimento legal;
- a alta complexidade da sociedade pós-moderna tornar necessário simplificar as relações jurídicas, através da possibilidade de haver previsibilidade das mesmas. O princípio da proteção da confiança (ou da confiança legítima/sistêmica) como dimensão subjetiva da segurança jurídica, busca, portanto, reduzir essa complexidade;
- sociedades complexas pedem um direito mais flexível e aberto. Sob essa ótica os princípios constituem o mecanismo mais adequado à ordenação e legitimidade social num contexto instável, plural e fragmentado. Ao mesmo tempo em que favorecem a mediação dos conflitos sociais, fortalecem o papel da sociedade nos espaços públicos de discussão tornando possível a integração entre os interesses divergentes dos cidadãos e os valores constitucionais;
- a Constituição passa a ser vista como um sistema normativo aberto de regras e princípios legítimos do ponto de vista das expectativas dos diversos atores sociais;
- o sistema jurídico como um todo (composto de regras e princípios) se torna a fonte da segurança jurídica na atualidade. Nesses termos, *a confiança sistêmica*, e não mais a legalidade, se torna a base das relações sociais pós-modernas;
- na busca por um sistema jurídico confiável se destaca o papel dos princípios. Apesar de sua reconhecida normatividade, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente do das regras. Essas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema.
- Dentre os princípios jurídicos, destacam-se os princípios constitucionais, que atuam como fonte de legitimação do sistema jurídico. O Ministro Celso de Mello reconhece essa dimensão funcional dos princípios constitucionais, no voto proferido na PET-1458/CE (DJ 4/-3/98, Julgamento 26/02/1998):

(...) O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores – que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos – introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder.

- Os princípios constitucionais atuam como bússolas do sistema jurídico. Afinal, como nos ensina o Prof. Barroso¹⁵⁵, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo

¹⁵⁵ “Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege

constituente com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. Os princípios constitucionais sistematizam o ordenamento, proporcionando esclarecimentos para interpretações e aplicações do texto disposto na Constituição Federal, bem como das demais normas jurídicas, pois apresentam valores fundamentais considerados pelo legislador constituinte.

Uma das lições apreendidas até aqui se refere à necessária revisão do conceito do princípio da segurança jurídica, pilar fundamental do Estado de Direito, como forma de superar a crise por que vem passando o direito contemporâneo. Uma visão principiológica se revela, pois, caminho natural em prol de um Direito que busque compor a legalidade e eticidade para que, com eficácia e efetividade, defenda a justiça e os ideais democráticos numa sociedade plural e conflitiva como a contemporânea. Segundo nos ensina Espíndola, o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, passa a lhes conferir o papel de *legitimação* do sistema jurídico, superando a posição antiga que lhes conferia função subsidiária em face dos atos de integração da ordem jurídica.

A busca por um sistema jurídico confiável não pode se afastar dos valores constitucionais. A certeza de que os direitos e garantias fundamentais serão concretizados é o caminho para se construir laços de confiança na relação entre Estado e cidadãos. **Da confiança sistêmica vem a desejada estabilidade institucional na era contemporânea.**

Isso quer dizer, que não basta haver leis, indispensável é a certeza de que elas serão aplicadas. Os princípios constitucionais, com sua carga valorativa e função unificadora, revelam-se fundamentais, guardando-se estreita relação com a segurança jurídica, a que se busca nos tempos atuais. Tal entendimento, inclusive, é acolhido na presente tese. Acredita-se, dessa forma, que mais do que romper ou manter paradigmas, a contemporaneidade vem exigindo do Direito uma nova forma de pensar. Parafraseando Arnaud, “para compreender o direito das sociedades contemporâneas é preciso que se enfrente o múltiplo desafio de pensar além-fronteiras”. É o que se pretende demonstrar no decorrer do trabalho.

Os princípios constitucionais guardam estreita relação com a segurança jurídica a que se busca nos tempos atuais.

o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: (a) condensar valores; (b) dar unidade ao sistema; (c) condicionar a atividade do intérprete.” BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro:** (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). .In: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n.º. 6 – setembro de 2001, p. 21.

3 DESAFIOS E DILEMAS DA GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

os homens são os mesmos em todos os lugares: têm as mesmas necessidades, as mesmas aspirações, o mesmo ideal de ser feliz. O que muda de um para outro lugar e tempo é o sistema de normas de convivência por eles concebido e praticado para o atingimento de seus objetivos

Carmén Lúcia Antunes

Para o estado contemporâneo, estabelecer uma relação de confiança com os seus cidadãos tem se revelado um enorme desafio. De um lado, o rol de direitos que se amplia com o avanço da democracia, de outro, a capacidade do estado em atender as demandas de uma sociedade cada vez mais plural. As reflexões se voltam, assim, para um repensar da forma de governar a partir da definição de novas bases na relação entre estado e cidadão.

Assim sendo, preceitua-se que a legitimidade do estado contemporâneo depende da sua capacidade em efetivar direitos. Nesse sentido indagações se fazem necessárias: Como construir uma relação de confiança em um ambiente conflituoso e competitivo como o da sociedade contemporânea? Quais mecanismos podem fortalecer o Estado nesse processo? Os paradigmas tradicionais de separação de poderes, interesse público, governança e *accountability* estão ameaçados ou necessitam, apenas, serem redefinidos? Uma nova forma de governar estaria se apresentando?

As políticas públicas contextualizadas despontam-se como o principal instrumento do Estado Democrático de Direito, em sua busca pela realização dos direitos fundamentais e das demandas que emergem da sociedade. À medida que vão se tornando mais complexas, fica evidente a necessidade de se discutir paradigmas tradicionais em termos de papel do estado, relação com a sociedade, interesse público e modelos de gestão. Para a moderna gestão pública, fica, pois, o desafio de promover um desenvolvimento sustentável, eficaz e eficiente. Em documento formulado pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico¹⁵⁶ – OCDE – seus países membros registraram a preocupação com o que se denominou “*déficit* de confiança na administração pública”.

Os cidadãos parecem estar perdendo a confiança nos responsáveis pela tomada de decisões, com as correspondentes repercussões negativas sobre a legitimidade do governo e das instituições estatais. Conclui o mesmo documento que “há uma maior tendência a apoiar-se na promoção de valores e o aumento da transparência mediante procedimentos de denúncia

¹⁵⁶ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *La Ética en el servicio público*. Ed. MAP/INAP Madrid, Espanha 1997.

e mecanismos de declaração prévia de interesses”. Nesse sentido, a adoção de medidas éticas como forma de se aprimorar a atuação do Estado perante os seus cidadãos se faz necessária.

As expectativas dos cidadãos contemporâneos não se satisfazem mais com o sentido estrito de cumprimento da lei. Em meio a tais expectativas surgem valores como justiça, equidade e efetividade. Uma gestão pública justa e confiável inspira a confiança pública. A construção de uma ética pública é, contudo, condição para se desenvolver laços de confiança e um bom modelo de governança.

A OCDE, em seu relatório *Trust government – Ethics measures*, destaca o fator *integridade*¹⁵⁷ como condição fundamental para que as ações governamentais se manifestem confiáveis e efetivas, partindo-se do entendimento de que medidas de integridade são elementos vitais para boas práticas de governança, além de fortalecer os elos de ligação entre objetivos esperados e o comportamento formal. Segundo Juan Antonio Garde *apud* Marques¹⁵⁸:

hoje mais do que nunca gerenciar organizações públicas é administrar recursos, informação e decisões através de mecanismos de integração. A integração de recursos, de equipamentos, de objetivos, de departamentos, de níveis de governo, de interesses, de fórmulas de regulação, aparece como fator relevante e, tudo isso, alinhado com um permanente processo de negociação. A adaptação, como resposta necessária às mudanças não previstas do entorno e a sua complexidade, necessita de altas quotas de flexibilidade, iniciativa e capacidade de integração para responder aos imprevistos com eficácia. Os paradoxos e os conflitos não são situações excepcionais são a cotidianidade em nossas decisões organizativas.

Toda essa preocupação em combater o chamado *déficit de confiança*¹⁵⁹ decorre do desafio imposto pela realidade atual em tornar a gestão pública contemporânea mais

¹⁵⁷ Entende-se que a integridade pública representa um estado ou condição de um órgão ou entidade pública que está “completa, inteira, perfeita, sã”, no sentido de uma atuação que seja imaculada ou sem desvios, conforme as normas e valores públicos. A integridade pública pode ser compreendida, portanto, como uma qualidade ou uma virtude de uma determinada organização e de seus agentes, quando atuam de maneira proba, conforme o interesse público e os demais princípios, normas ou valores que devem nortear a atuação da Administração Pública. De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a integridade é mais do que a ausência de corrupção, pois envolve aspectos positivos que, em última análise, influenciam os resultados da Administração e não apenas seus processos. A OCDE compreende um sistema de integridade como um conjunto de arranjos institucionais, gerenciamento, controle e regulamentações que visam à promoção da integridade, transparência e à redução do risco de atitudes que violem os princípios éticos. Assim, a gestão de integridade refere-se às atividades empreendidas para estimular e reforçar não apenas a integridade, mas, também, para prevenir a corrupção e outros desvios dentro de uma determinada organização.

¹⁵⁸ MARQUES, João Batista. A gestão pública moderna e a credibilidade das políticas públicas. In: Revista da Informação Legislativa 40 n. 158, Brasília, p 223.

¹⁵⁹ “(...) As pessoas resistem às mudanças quando o governo carece de credibilidade, até que o contraste entre seu comportamento anterior e os imperativos das novas medidas imponham sobre a economia custos importantes que haveriam sido perfeitamente evitáveis”. Comentário de Sir Robert Douglas, ex-ministro de Economia da Nova Zelândia e impulsor da reforma “gerencialista” iniciada por aquele país em 1984, entende que, por melhor que pudesse estar intencionada a implantação de uma política pública, de nada adiantaria se cercar de todas as garantias de aplicação se não estivesse presente o pressuposto da confiança que o cidadão deposita nos seus gestores governamentais.

democrática (próxima da sociedade), eficiente e, ao mesmo tempo, efetiva. Primeiro passo nessa direção se volta, portanto, para a adoção de medidas éticas no âmbito do serviço público. Para compreender a dimensão dos desafios presentes nesse processo destacam-se os seguintes aspectos:

- *A ética na gestão pública contemporânea como forma de fortalecimento da governança* – As organizações do setor público vêm enfrentando cada vez mais conflitos na implantação de seus objetivos exigindo-se, assim, constantes negociações. Acrescente-se a este quadro as pressões que incidem hoje sobre o serviço público, provocadas pela associação dos tradicionais valores públicos com os valores importados do setor privado, tornando confusa para os servidores públicos a adoção de padrões éticos em suas decisões cotidianas. O estudo da ética na função pública é o que vai permitir o aprofundamento do conteúdo dos valores que devem orientar o agir da gestão pública. O padrão ético do serviço público deve refletir, assim, em seus valores, princípios, ideais e regras, a necessidade de honrar a confiança depositada no estado pela sociedade. O desafio, nesse caso, consiste, em identificar um “núcleo de valores” que mais se aproxime das expectativas de seus cidadãos. No decorrer desse processo de construção e resgate dos valores públicos¹⁶⁰ a presença dos princípios constitucionais é importante na medida em que espelham os valores defendidos pela sociedade e amparados pela Constituição. Nos termos recomendados pela OCDE deve se acrescentar aos valores públicos tradicionais a busca por maior *accountability* e transparência. O desenvolvimento de uma racionalidade ética no âmbito do setor público se torna, assim, pré-requisito para o alcance dos objetivos públicos. Padrões elevados¹⁶¹ de governança pública são vistos, por todos os países membros da OCDE, como a base essencial para atingir o crescimento econômico sustentável, a coesão social e um ambiente saudável. Sem esses padrões elevados, não pode haver confiança na integridade das instituições públicas ou mesmo na capacidade dos processos democráticos em promover e proteger os interesses e o bem-estar dos cidadãos. Se não for reprimida, a corrupção

¹⁶⁰ “(...) As mudanças no setor público têm aumentado a necessidade de que medidas sejam tomadas. A descentralização e a terceirização têm alterado o formato das organizações prestadoras de serviços públicos. Há mais intercâmbio entre os diversos setores. Há mais contratos de curto prazo. Há ceticismo com respeito a instituições tradicionais. Dado esse pano de fundo, não é possível supor que todos no serviço público assimilarão uma cultura de serviço público, salvo se lhes for dito o que se espera deles, e se a mensagem for sistematicamente reforçada. Os princípios inerentes à ética do serviço público precisam ser novamente estabelecidos.” Relatório NOLAN, 1995, pág. 26.

¹⁶¹ Atingir padrões elevados requer uma abordagem ampla para estabelecer uma cultura em que expectativas elevadas de boa conduta sejam a norma. Isso requer uma forte liderança; a capacitação pode ajudar, mas o incentivo e o exemplo de cima são ainda mais eficazes para estabelecer o contexto cultural certo. Também é necessário o estabelecimento de normas claras para a aceitação de presentes e hospitalidade, e para a condução de assuntos pessoais, divulgados sempre que for preciso. Atingir padrões elevados envolve revisar sistemas de nomeações, contratações e promoções no serviço público para assegurar que esses processos sejam abertos e equitativos. Significa estabelecer linhas claras de responsabilização e publicidade apoiadas por procedimentos de gerenciamento financeiro transparentes e visíveis. Significa processos transparentes de aquisição e contratação e, muito mais. E, não menos importante, significa tratar os cidadãos de modo transparente, justo e objetivo.

enfraquece as economias, desestimula o comércio e o investimento, cria desigualdades enormes e corrói as próprias fundações do governo democrático. A ausência de padrões elevados conduz à instabilidade e à imprevisibilidade; sob tais circunstâncias nem as empresas nem os cidadãos podem prosperar.

Gestão pública envolve confiança pública

- *Modelo de gestão gerencial*,¹⁶² ¹⁶³ *redução dos meios de controle, flexibilização e seus impactos sobre a gestão pública* – A administração pública gerencial ou nova gestão pública (*new public management*) é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da administração pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade. Nos termos de *Hood*, o modelo gerencial se pauta pelos pilares: desagregação do serviço público em unidades especializadas, e centros de custos; competição entre organizações públicas e entre organizações públicas e privadas; uso de práticas de gestão provenientes da administração privada; atenção à disciplina e parcimônia; administradores empreendedores com autonomia para decidir; avaliação de desempenho; avaliação centrada nos *outputs*.¹⁶⁴ A descentralização na gestão pública, preconizada pelo modelo gerencial, provoca consequências significativas para o contexto público: fragmentação do poder estatal, a busca pela diminuição dos mecanismos tradicionais de controle, nova concepção sobre *accountability* e aumento do conflito entre os valores públicos e os interesses privados.

¹⁶² “Como ideologia, o NPM recuperou ideais do liberalismo clássico, sobretudo a redução do escopo e do tamanho do Estado e a inserção do espírito e dos mecanismos de mercado no governo. Nesse sentido, a Administração Pública deveria apenas direcionar os serviços, e não executá-los diretamente. Havia uma preferência por terceirizar e contratar fora. Por meio de vários provedores privados, poder-se-iam usar os benefícios da competição entre eles, evitando monopólios e permitindo maior flexibilidade na gestão (*OSBORNE e GAEBLER, 1995*). Ao pretender uma orientação mercadológica, propunha-se mais competição, descentralização e privatização, com maior poder para os gestores dos serviços. Ao governo, caberia executar funções que lhe seriam exclusivas e inapropriadas à execução ou ao controle por mecanismos de mercado (*OSBORNE, 2010; DENHARDT, 2012; KETTL, 2000*). Os servidores públicos desempenhariam as atividades-fim do Estado com maior eficiência, assumindo o papel de prestadores de serviço. Os cidadãos seriam vistos como clientes e usuários dos serviços públicos, em vez de meros recipientes da ação do Estado. O governo concentraria seus esforços nas suas atividades essenciais e exclusivas, direcionando e garantindo o suprimento das necessidades básicas (e direitos) da sociedade por meio de transferências para o setor privado e o terceiro setor. Por princípio, a Administração Pública desempenha algumas atividades melhor que as empresas e vice-versa (*OSBORNE e GAEBLER, 1995*)”. MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O ESTADO DA ARTE DA GESTÃO PÚBLICA In: RAE n São Paulo n v. 53 n n. 1 n jan/fev. 2013, pág. 84.

¹⁶³ Peters (2002, p. 153) informa que, nas últimas décadas, o modelo de administração pública tradicional sofreu pressões por mudanças das mais diversas origens e, embora isso tenha ocorrido sob uma rubrica genérica de “administração gerencial”, as iniciativas se deram, inicialmente, a partir das alternativas relacionadas à chamada “Nova Administração Pública – NAP” (*New Public Administration – NPM*), baseada, sobretudo, em quatro modelos ideais: (1) impulso para a eficiência; (2) *downsizing* e descentralização; (3) persecução da excelência; e (4) orientação para o serviço público, cuja vulnerabilidade repousa na fraca proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos e na tendência ao atuar autorreferenciado na burocracia pública. (*FERLIE; EWAN et al. 1999*).

¹⁶⁴ HOOD, Christopher. The “new public management” in the 1980s: variations on a theme. **Accounting, Organizations and Society**, v. 20, n. 2/3, p. 93-109, 1995.

- *O conceito de eficiência na gestão pública contemporânea* – As pressões fiscais acabam impondo à gestão pública do Estado Democrático de Direito um dilema a ser superado: de um lado, o seu compromisso em assegurar o bem-estar dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana, por outro lado, o dever de eficiência (pública) que se traduz na necessidade de persecução *otimizada* do bem comum, contando com recursos escassos e insuficientes para dar plena satisfação aos interesses públicos. Na busca pela construção de uma gestão pública que se revele, ao mesmo tempo, *democrática* (de forma a atender aos direitos e expectativas de todos os cidadãos) e *eficiente* surge a necessidade de se pensar a sua transformação sob a perspectiva tanto da capacidade fiscal quanto da institucional. Segundo o Prof. Batista Júnior¹⁶⁵, a necessidade de perseguir fins tão diferentes conduz a substituição das tradicionais estruturas “hierárquicas monolíticas e enrijecidas” por um sistema de repartição de competências (flexível, autônomo e descentralizado) entre os diferenciados órgãos administrativos e entidades não estatais. Surge, assim, uma estrutura administrativa complexa que se organiza sob a forma de *rede* e na qual o estado aparece como o *seu coordenador/articulador*. Como afirma Paulo Otero *apud* Batista Júnior, “cada vez mais, o Governo representa apenas parte de uma estrutura administrativa complexa que se organiza sob a forma de rede”. Podendo-se apontar como o grande desafio da governança pública conciliar o tradicional governo hierárquico com as demandas de redes montadas em linhas horizontais. Entende-se, dessa forma, que a recuperação da governança (capacidade financeira e administrativa de realizar as decisões assumidas pelo governo em termos políticos) do estado contemporâneo depende da superação da crise fiscal, do abandono do modelo weberiano de administração pública e da *redefinição do papel do Estado na economia e na sociedade*. Na tentativa de conciliar a ideia de democracia com a de governabilidade do Estado contemporâneo, surge a proposta de um modelo de gestão gerencial (mais conhecido como *New Public Management – NPM*) que valoriza a *ideia de eficiência* a partir da adoção de práticas gerenciais do setor privado. A ênfase em demasia nos aspectos econômicos, vindo a desprezar a dimensão política da gestão pública, constitui uma das principais críticas ao modelo gerencial, produzindo, segundo alguns autores, a sua perda de identidade. Eficiência pública, portanto, não se confunde com eficiência econômica.

À gestão pública do Estado Democrático de Direito cabe, portanto, enfrentar o desafio de assegurar o bem-estar dos indivíduos e a dignidade da pessoa humana e, concomitantemente, cumprir com o dever de eficiência (pública), que se traduz na necessidade de persecução otimizada do bem comum.

Gestão pública eficiente é aquela que consegue atender de forma otimizada o bem comum

¹⁶⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. O estado democrático de direito pós-Providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração mais democrática. In : Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 98, jul./dez, 2008, p. 154.

A discussão sobre a capacidade governativa do Estado contemporâneo antecede, portanto, as propostas de reformas da gestão pública contemporânea. O que equivale a dizer que a discrepância entre as ações governamentais e as expectativas leva a um *déficit* de legitimação e de eficiência que podem desestabilizar o Estado democrático.

A dimensão política sobre a eficácia da ação estatal¹⁶⁶ conduz a duas importantes constatações: a necessidade de se desenvolver novos modelos de formação de *vontade e decisão políticas* bem como a definição de *novas* formas de *gestão* que viabilizem a cooperação, a negociação, bem como a busca de acordos e parcerias. Historicamente as propostas de modelos de gestão pública estão geralmente associadas às mudanças no modelo de estado. A cada modelo de estado corresponde um modelo de administração pública, o qual procura refletir as preferências e os valores que esse procura promover.

As últimas décadas têm representado um ataque ao modelo de gestão burocrático associado ao Estado de Bem-Estar. A influência das ideias neoliberais e das teorias econômicas, associadas a um contexto econômico difícil, estiveram na origem de um novo modelo de Estado ao qual se associa uma administração pública orientada pela racionalidade gerencial e pelos valores da eficiência, da economia e da eficácia ao mesmo tempo que se pretende desenvolver um modelo de governança voltado para a legitimação estatal (fazer o que deve ser feito).

3.1 O ESTADO DA ARTE¹⁶⁷ DA GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA

“The beginning of administrative wisdom is the awareness that there is no one optimum type of management system”

Burns e Stalker

A gestão pública, desde o seu início, fez uso da organização burocrática como principal estratégia para alocar recursos e produzir o bem público. Nos termos de Wilson¹⁶⁸ “*é a mais evidente parte do governo; é o governo em ação, é o executivo, operante, o mais visível aspecto do governo...*” Em um segundo momento, passou a incorporar a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas entre suas atribuições. Esse modelo é

¹⁶⁶ “As capacidades de ação e legitimação do estado estão em proporção direta: a capacidade de agir, demonstrada pelo sucesso obtido, tem efeito legitimador. Um sistema político é aceito não apenas pela concessão de direitos e garantias ou pela participação, mas também por uma política bem sucedida. Em outras palavras: são importantes tanto os processos de formação de vontades e de tomadas de decisão (*input*) quanto os resultados (*output*).” PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. In: **Revista brasileira de política internacional**. vol. 41 n 2 Brasília July/Dec. 1998.

¹⁶⁷ O *estado da arte* é o nível mais alto de desenvolvimento, seja de um aparelho, de uma técnica ou de uma área científica, alcançado em um tempo definido. O “estado da arte” indica, portanto, o ponto em que o produto em questão deixa de ser um projeto técnico para se tornar uma obra-prima. Pode encontrar-se a expressão “estado da arte” na composição de teses acadêmicas, seja como parte da introdução ou no capítulo seguinte, que se destina a documentar o que está a ser feito atualmente no campo em estudo.

¹⁶⁸ WILSON, W. *The study of administration*. Political Science Quarterly, v. 2, n.2, p. 199, 1887.

denominado, por alguns autores, administração convencional ou velha administração pública¹⁶⁹.

A partir das últimas décadas do século XX, os dilemas impostos pelos limites fiscais tornaram o Estado do Bem-Estar Social inviável e a administração pública passou a ser vista apenas sob o prisma da eficiência, da redução dos gastos públicos e dos cortes orçamentários.

Esse modelo de administração pública, denominado nova gestão pública, transformou o cidadão em cliente ou consumidor a quem cabe fazer escolhas, como se estivesse na esfera privada.

Ambos os modelos passam a ser criticados. Enquanto a nova gestão pública, ancorada no mercado, é criticada por descaracterizar a esfera pública e a democracia, o modelo burocrático é visto como ineficiente e de elevado custo. Algumas propostas isoladas e emergentes de administração pública com críticas a tais modelos, como a do Novo Serviço Público buscam estruturar uma base epistemológica a partir de princípios que caracterizem a esfera pública e a democracia.

Na busca pelo “*estado da arte*”, a gestão pública contemporânea enfrenta o desafio de superar as contradições de seus modelos de forma a se tornar ao mesmo tempo eficiente e democrática. Questões-chaves como a expansão da capacidade democrática do Estado contemporâneo, democracia participativa, redefinição do espaço público e a politização da administração pública precisam ser discutidas quando se pretende identificar as bases para o seu aperfeiçoamento e compreensão de suas repercussões sobre o universo das políticas públicas.

De acordo com Denhardt, a trajetória do pensamento no campo da administração pública tem evoluído no sentido de criar, criticar e aprimorar modelos e princípios de mudança organizacional planejada, nos níveis micro ou macro-organizacional; de um enfoque organizacional para uma perspectiva político-sociológica, que privilegia como ponto central a tensão entre política e administração.

Nesse sentido conceber um modelo de gestão que busque conciliar a dimensão administrativa com a política (presentes no contexto da gestão pública) desponta como um dos principais desafios da gestão pública contemporânea. Ao defender uma perspectiva

¹⁶⁹ Como já dito anteriormente o termo gestão pública será empregado neste trabalho como sinônimo de Administração Pública (em seu aspecto material, entendida como o conjunto de ações ou de atividades voltadas para a realização dos fins públicos). Acredita-se, que a terminologia gestão pública reflita melhor as novas bases na relação entre estado e sociedade bem como os seus atuais desafios. Ressalte-se, no entanto, que não compartilha com a visão mercadológica da *New Public Management* (que se apropriou do termo gestão). Ao contrário, as presentes reflexões propõem a construção de um *valor público sustentável*.

integradora entre *administração e política* como a alternativa para o enfrentamento dos problemas da gestão pública contemporânea declara Martins:

(...) Importa explorar a construção e a análise crítica de paradigmas no sentido de se embasar uma visão de administração pública que não endosse a tradicional dicotomia entre administração e política, entre burocracia e democracia, mas procure se beneficiar de sua integração, em termos de legitimidade da ação pública. Isto não significa advogar em favor de uma linha heterodoxa strictu sensu, baseada na preleção de alternativas conforme as circunstâncias políticas. Também não significa revisar os paradigmas ortodoxo e liberal, mediante um entendimento mais inovador sobre instrumentos de gestão mais adequados e sobre a conduta ética e moral mais apropriada aos burocratas, sob a alegação de que seria preferível se atualizar o paradigma ortodoxo numa ótica de submissão à política, que submeter a política à lógica empresarial da administração pública (MOES, 1994). A **boa administração pública** é uma possibilidade de implementação organizacional do conjunto das relações político-administrativas do estado. Isto implica na adequação de tecnologia gerencial – não necessariamente disponível sob a forma de um determinado tipo-ideal de administração pública – às finalidades, valores e regras operacionais básicas de cada estado.

3.1.1 Os modelos de gestão e seus desafios contemporâneos

O modelo de gestão pública convencional ou burocrático implica a criação formal da organização, definição de objetivos e estruturação hierárquica. As funções administrativas exercidas pelos administradores públicos não fogem às clássicas funções do administrador. O envolvimento do cidadão com os afazeres da organização não é considerado como uma das estratégias para a produção do bem público.

Aos administradores públicos, na concepção do modelo de administração pública convencional, cabe implementar as políticas públicas definidas pelo grupo eleito para exercer o poder político, exceto no caso do modelo ou submodelo de políticas públicas. O modelo se sustenta na premissa de que o serviço público pode ser produzido por meio da busca dos interesses da burocracia e que, por si só, é suficiente para a produção do bem público. As características do modelo de gestão burocrático se resumem da seguinte forma:

- 1) relação de *autonomia* entre o governo, a sociedade e a economia – sob esse aspecto entende-se que o governo é autossuficiente, devendo atuar de forma autônoma na persecução de seus objetivos e decisões políticas;
- 2) estrutura interna *hierárquica* – o governo apresenta uma estrutura interna pautada pela ideia de hierarquia e de autoridade de modo que os indivíduos que assumem cargos diretivos exercem controle direto sobre suas organizações;
- 3) modelo de *Accountability horizontal* – concebida pelos mecanismos de controle e fiscalização de um poder pelo outro, de caráter político, sustentado pela ideia de freios e contrapesos (*checks and balances*);

- 4) princípio da *igualdade formal* e a *standardização* do serviço público – no tratamento dispensado aos cidadãos o governo se pauta pelo princípio da igualdade formal (“todos são iguais perante as leis”);
- 5) *sistema de serviço público* – criado a partir de regras próprias de seleção, carreira, contratação e outros aspectos do gerenciamento público;
- 6) estilo *top down* na elaboração e implementação de políticas públicas – as decisões em termos de políticas públicas são centralizadas e implementadas de cima para baixo.

As características evidenciadas pelo modelo burocrático¹⁷⁰ enfatizam o controle hierárquico, a continuidade e estabilidade, o sistema de carreira, os regulamentos internos, a imparcialidade e a *conformidade com as normas*. Na opinião de Horn¹⁷¹ esse é o modelo que, pela sua regularidade, melhor se adapta aos interesses do legislador para solucionar os problemas com que os governos se deparam. O modelo hierárquico de organização é aquele que se ajusta aos interesses do legislador.

A coordenação das atividades é feita por meio da ordem administrativa, de acordo com uma série de regras com as quais o governo controla a atividade da estrutura administrativa. A natureza centralizada dos departamentos ministeriais e a sua estrutura hierárquica permitem o controle dos recursos e objetivos e a forma como esses devem ser geridos. Os ministros são os responsáveis pela atividade do sistema administrativo. A hierarquia permite abordar vários problemas associados com a produção e fornecimento de bens e serviços.

A principal vantagem reside na sua capacidade de gerir fluxos de informação num sistema centralizado de comunicação. O estado assume um papel *centralizado e autônomo* com pouca abertura para a participação da sociedade na discussão e implementação das políticas públicas. A ideia de *accountability* corresponde ao controle político (*checks and balances*) inerente ao modelo de democracia representativa. O papel da burocracia no âmbito

¹⁷⁰ O modelo burocrático emergiu de alguns pressupostos, sociais e econômicos. O primeiro corresponde ao desenvolvimento da economia monetária, que possibilitou o provimento financeiro aos funcionários, desencorajando a busca por outras formas de remuneração derivadas do cargo. O crescimento quantitativo e a ampliação qualitativa das tarefas da administração também contribuíram para que ela recorresse à lógica burocrática. Contudo, a razão fundamental para o seu avanço foi a sua superioridade técnica sobre as demais formas de gestão. Nesse sentido, precisão, agilidade, univocidade (unidade de comando), continuidade, uniformidade, otimização de recursos e previsibilidade são algumas das vantagens proporcionadas pela organização burocrática. O último ponto que a viabilizou foi o nivelamento relativo das diferenças sociais nas democracias de massa, uma vez que a igualdade política e jurídica dos cidadãos promoveu a submissão de todos às regras impessoais.

¹⁷¹ Horn, Murray J., *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

das políticas públicas é limitado na medida em que se defende a sua neutralidade e despolíticação observando-se a clássica dicotomia entre política e administração (fig. 7).

Embora concebida com o propósito de combater a arbitrariedade presente na administração patrimonialista, a experiência burocrática ao longo do tempo vai apresentando as suas disfunções¹⁷². A impessoalidade converteu-se em indiferença e os interesses da elite burocrática foram inseridos na frente das demandas dos cidadãos (esse desvio denomina-se fisiologismo). A eficiência foi subvertida e transformou-se em morosidade e formalismo¹⁷³. Voltando-se para a **relação entre governos e burocracias**, Weber, em um de seus últimos escritos, “Parlamento e Governo na Alemanha Reordenada” (1993), chegou a manifestar sua preocupação com o risco da hegemonia burocrática sobre a dinâmica política, destacando a importância do controle político da burocracia nesse processo.

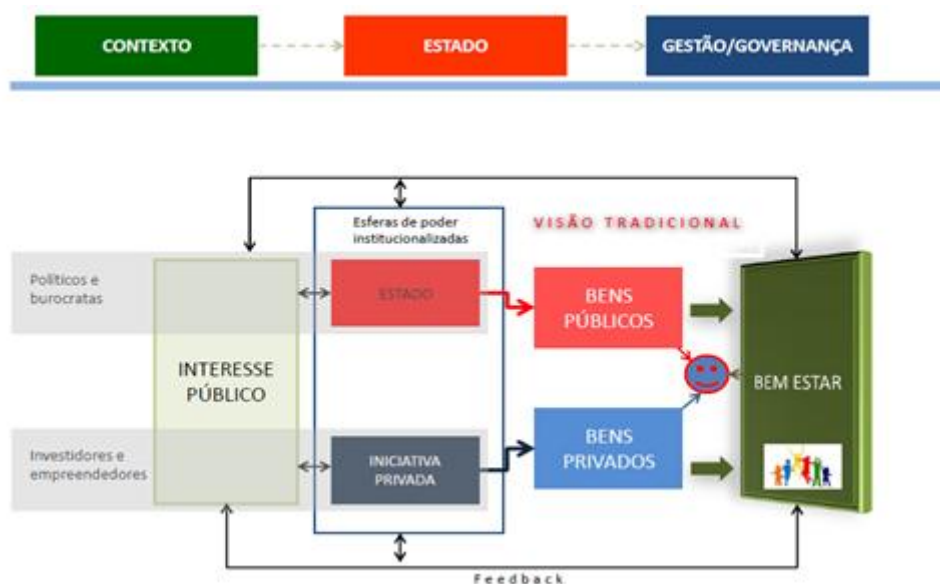


Figura 7: Visão tradicional da gestão pública
Fonte: MARTINS; MARINI. *Governança Para Resultados*. 2010

Em 1973, após a crise do petróleo, alguns pilares da ordem política mundial começaram a ruir, com destaque para a economia keynesiana, o Welfare State e a administração pública burocrática. Segundo Abrucio¹⁷⁴, a configuração estatal do período pós-guerra foi extinta por crises econômicas, pelo desequilíbrio fiscal dos Estados, por seus

¹⁷² Segundo Merton, portanto, a supervalorização de regulamentos, a despersonalização das relações humanas, os exageros de autoridade, a resistência à mudança, a limitação das interações organização-beneficiário, a formalidade excessiva, a hierarquização das decisões representam as *principais disfunções da burocracia*. MERTON, Robert K. *Social theory and social structure; toward the codification of theory and research*. Glencoe: Free Press, 1949.

¹⁷⁴ ABRUCIO, Fernando. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo da experiência internacional recente. Cadernos ENAP n. 10, 1997, p. 09.

problemas de governança e pelas mudanças tecnológicas, financeiras e comerciais acentuadas pela globalização.

Surge, assim, a necessidade de se rediscutir o papel do Estado, de forma a equacionar o constatado desequilíbrio entre a sua capacidade fiscal e o compromisso em atender os valores e objetivos democráticos¹⁷⁵. Com menos recursos e menos poder, os governos buscaram reduzir suas funções e ampliar sua eficiência. O Estado contemporâneo perde seu poder de ação, diante de seus problemas de “governabilidade” (governos sobrecarregados) e dos efeitos da globalização. Portanto, estender o espaço público à atuação dos segmentos privados aparece como a alternativa mais adequada para o enfrentamento dos problemas do Estado contemporâneo. O “público” da administração pública é redefinido, devido suas fronteiras ampliarem-se para *além do Estado*, passando-se a incluir organizações não governamentais, entidades do setor privado e da comunidade e instituições voltadas à inclusão dos cidadãos no processo de formulação, implementação e controle de políticas públicas.

O deslocamento do público para além do Estado, bem como, o enfraquecimento das fronteiras entre o público e o privado contribuíram para aumentar a complexidade das políticas públicas, sobretudo a sua implementação. Segundo Rebell *apud* Farah, as políticas públicas, nas últimas décadas, dependem de uma rede de atores sociais, da coordenação de diversas jurisdições (diferentes níveis de governo, distintas agências de um mesmo nível de governo) e da articulação de atores governamentais e não governamentais, assim como de articulações de governos nacionais a entidades supranacionais ou a atores privados transnacionais¹⁷⁶ (fig. 8).

¹⁷⁵ A esse mesmo respeito, Pérez Luño *apud* Nery da Silva define o esboço do constitucionalismo atual segundo um modelo de triplo apoio, embasado sobre: *a um*, direitos fundamentais; *a dois*, o Estado e, *a três*, o sistema econômico *lato sensu*, sugerindo que, com relação às políticas públicas, o fator financeiro tende a adquirir certo destaque. Embora seja importante alertar para o fato de que a tomada de decisão acerca das escolhas públicas, muitas vezes, não implica, necessariamente, financiamento, pois há prioridades não vinculadas a custos, é imperioso lembrar que, além do foco direcionado aos direitos fundamentais e da inicial legitimação atribuída ao Estado, o aspecto econômico, referente ao financiamento das escolhas políticas estatais, pode assumir variados graus de importância, sendo relevante considerar seu potencial de constituir inconveniente e irremediável entrave à tomada das decisões. NERY DA SILVA, Rogério Luiz. **Políticas Públicas e Administração Pública**. In: Revista Sequência, n. 64, p. 59, jul. 2012.

¹⁷⁶ FARAH, Maria Ferreira Santos. Administração pública e políticas públicas. In: Revista de Administração Pública 45 (3), maio/junho 2011, pág.821.

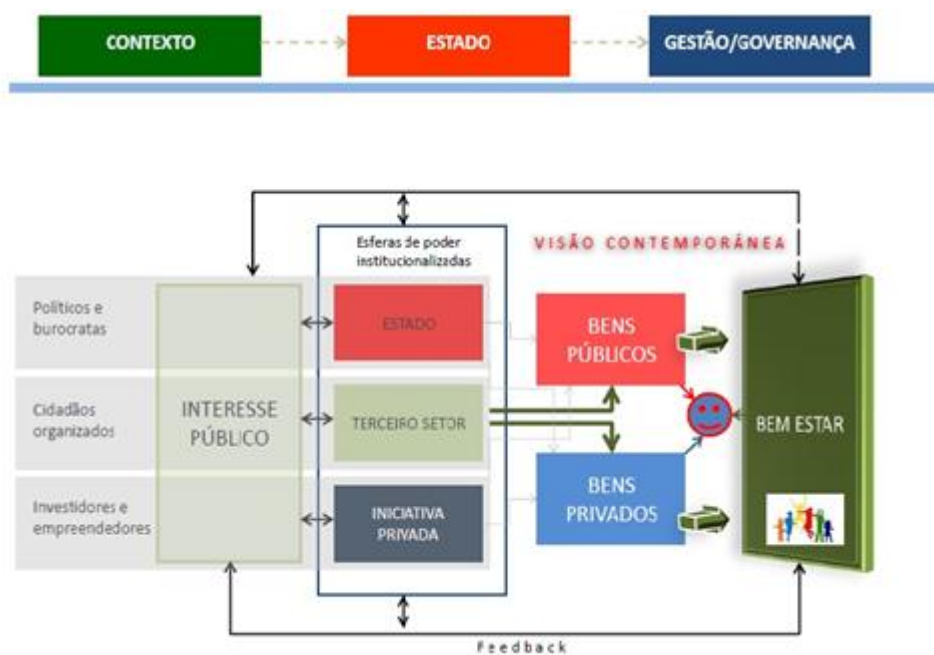


Figura 8: Visão contemporânea da gestão pública
 Fonte: MARTINS; MARINI. Governança Para Resultados. 2010

O perfil burocrático, antes responsável pela preservação da estabilidade social, revelou-se obsoleto diante de uma realidade que passa a demandar maior flexibilidade, agilidade e negociação. A dificuldade em lidar com os problemas emergentes levou à procura de novas formas de governança inspiradas em modelos mais liberais. O controle e o rigor das despesas públicas surgem como uma preocupação comum por parte dos governos para recuperar *a confiança* dos cidadãos e *melhorar a qualidade* dos serviços prestados.

Passa a se defender, portanto, um Estado menor, no entanto, mais forte. Mais forte financeira (superando a crise fiscal), estrutural (delimitando sua área de atuação a um núcleo estratégico), estratégica e administrativamente (por meio de uma alta burocracia tecnicamente capaz e motivada).

Surge assim, o *modelo de administração gerencial*, denominado, também, *New Public Management*. Ao descrever o modelo da nova gestão pública, Ketll¹⁷⁷ identifica as raízes desse movimento com a busca pela produtividade, ou seja, pela forma como o governo pode produzir com menos gastos; adotar mecanismos de mercado para superar as deficiências da burocracia; dar feição de consumidor ao usuário dos serviços públicos; descentralizar os serviços; tornar o fornecedor desses serviços responsável perante o consumidor final; privatizar os serviços; e, finalmente, adotar a gestão por resultados. Todas elas, práticas identificadas com a gestão privada dos negócios.

¹⁷⁷ KETLL, D. F. **The global public management revolution**. Washington: Brookings Institutions Press, 2000.

Na definição de Bresser Pereira¹⁷⁸, a Administração Pública Gerencial apresenta as seguintes características básicas:

- *É orientada para os cidadãos e para a geração de resultados* – a orientação para o cidadão pode ser percebida como um mecanismo de defesa da sociedade contra a adoção de políticas corporativistas por parte dos funcionários públicos. O alcance desse objetivo é complementado pelo compromisso com a geração de resultados que contribui para que a gestão pública não seja autorreferenciada, ou seja, não tenha como principal foco os interesses dos próprios gestores e funcionários;
- *Pressupõe que os políticos e os funcionários públicos merecem grau limitado de confiança* – confiança limitada nos detentores do poder político e burocrático representa um pressuposto da necessidade de estabelecimento de parâmetros e limites claros para sua atuação;
- *Baseia-se na descentralização e no incentivo à criatividade* – segundo Ferreira, a descentralização representa uma característica encontrada na maior parte das teorias contemporâneas de gestão. Tem como objetivo principal dotar as organizações de melhores condições para o oferecimento de respostas diferentes às necessidades manifestas pelos diferentes grupos atendidos ou impactados. Também proporciona maior agilidade e qualidade aos processos decisórios. A criatividade poderia, também, ser favorecida pela adoção de arranjos mais descentralizados, pois a maior autonomia dos funcionários tende a abrir espaço para a inovação;
- *Utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos* – os contratos de gestão envolvem o uso de instrumentos que explicitam metas de desempenho para organizações estatais e conferem a seus gestores maior autonomia. No lugar de serem monitorados em relação aos procedimentos adotados, os gestores passam a ser cobrados no que diz respeito ao alcance das metas adotadas. Trata-se, assim, da gestão por resultados, muito utilizada na área privada.

Em termos comparativos, a administração pública burocrática se diferencia da gerencial pela seguinte estrutura:

- a) a burocrática concentra-se no processo e é “autorreferente” enquanto a gerencial orienta-se nos resultados e é orientada para os cidadãos;
- b) a burocrática faz a definição de procedimentos para contratação de pessoal, compra de bens e serviços e visa satisfazer as demandas dos cidadãos, já a gerencial firma-se em combater o nepotismo e a corrupção e não adota procedimentos rígidos;
- c) a burocrática se preocupa em manter o controle dos procedimentos, a gerencial define os indicadores de desempenho, fazendo a utilização de contratos de gestão;
- d) na administração gerencial, a noção de interesse público é diferente da que existe no modelo burocrático. A burocracia vê o interesse público como o interesse do próprio Estado. A administração pública gerencial nega essa visão, identificando esse

¹⁷⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do estado e da administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 21-37.

interesse com o dos cidadãos, passando os integrantes da sociedade a serem vistos como clientes dos serviços públicos;

- e) a forma de legitimação da gestão burocrática é o controle de procedimentos, controle de meios, na forma determinada por lei. Na gestão gerencial é o controle dos resultados. *Recursos otimizados com base no princípio da eficiência.*

As mudanças recomendadas pelo paradigma gerencial estenderam-se para a organização do aparelho de Estado e promoveram seu redimensionamento por meio da redução de níveis hierárquicos, da transferência de autonomia para escalões inferiores e da descentralização de operações. Os mecanismos de controle burocrático também foram revistos para viabilizar a delegação de poder, cujo propósito fundamental era alinhar autonomia e autoridade¹⁷⁹.

De acordo com Prats Catalá *apud* Pereira¹⁸⁰, os pontos positivos do modelo gerencial são: o fortalecimento dos sistemas de orçamento e de contabilidade, como suportes indispensáveis às políticas de eficiência; determinação de objetivos e aferição de resultados, em apoio às políticas de eficácia; reconhecimento da discricionariedade necessária dos administradores; passagem de um sistema de responsabilidade normativa para um sistema de responsabilidade por resultados; atendimento às necessidades dos cidadãos; divulgação e esclarecimento do público; estabelecimento de técnicas de retribuição por desempenho aos servidores.

O ponto negativo mais geral diz respeito ao conceito de consumidor de serviços públicos. Nesse sentido, destaca Pollitt¹⁸¹, que a relação do prestador de serviço público com o consumidor é mais complexa, pois não obedece ao “puro” modelo de decisão de compra vigente no mercado. Trata-se de uma relação que se pauta por valores pertinentes à esfera pública que transcendem os limites do mercado. O conceito de cidadão é mais amplo do que

¹⁷⁹Segundo Kettl, dentre as inovações introduzidas pela NPM no aparato estatal destacam-se a **descentralização de processos** e a **delegação de poder**. KETTL, D. F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: BRESSER PEREIRA, L. C.; SPINK, P. K. (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p.75-122.

¹⁸⁰ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 303.

¹⁸¹ POLLITT, Christopher. **Managerialism and the public services**. Oxford: Basil Blackwell, 1990, p. 125.’ Christopher Pollitt trabalhou no Reino Unido, EUA, Bélgica e Holanda. Originalmente um principal no serviço público do Reino Unido, mais tarde ele se mudou para o mundo acadêmico. A partir de 1990-1998, foi professor de Governo da Universidade de Brunel, em West London. Atuou como editor da revista *Administração Pública* (1980-1989) e presidente da Sociedade Europeia de Avaliação (1996-1998). Desde 1999 tem sido Professor de Gestão Pública na Universidade Erasmus, Rotterdam. Prestou, também, assessoria e consultoria para uma série de organismos internacionais, incluindo o Reino Unido Escritório Nacional de Auditoria, a Comissão Europeia, a OCDE e Banco Mundial. Geert Bouckaert é professor de Gestão Pública e Diretor do Instituto de Gestão Pública da Katholieke Universiteit Leuven, na Bélgica. Ele é membro de vários conselhos editoriais internacionais e fundador da revista flamenga da gestão pública. Tem prestado assessoria e consultoria a vários governos da OCDE.

o de consumidor, já que cidadania implica em direitos e deveres e não só liberdade de escolher serviços públicos.

O modelo defendido pela *New Public Management* – NPM se caracteriza pela ênfase na eficiência e qualidade dos serviços públicos, proporcionando-lhes maior grau de produtividade e flexibilidade, prestigiando-se muito mais os resultados que propriamente os instrumentos democráticos. Sob o modelo da Nova Administração Pública (NPM) a *accountability* se pauta pelos resultados, competição, transparência, relações contratuais. Ao contrário do modelo convencional, que se baseia mais nos procedimentos do que nos resultados, voltando-se mais para os aspectos formais de controle hierárquico, legalidade e confiança¹⁸². Dessa forma, pode-se enunciar que a transição da administração clássica (weberiana) para a administração gerencial é acompanhada pelo desenvolvimento de modelo simples de *accountability* para modelos mais complexos.

Segundo Motta, vale destacar as seguintes críticas em relação a *New Public Management* – NPM:

- *NPM não extinguiu os controles tradicionais* – A experiência revela que a tentativa de flexibilizar do NPM além de não extinguir os controles tradicionais, leva ao aumento da burocracia. Algumas reformas criaram mais regras burocráticas e mais níveis hierárquicos para controlar a suposta descentralização. Segundo Motta, é possível identificar no modelo gerencial traços ainda característicos do tradicionalismo burocrático continuando a ênfase no controle.
- *Práticas privadas resultaram em ganhos moderados para a gestão pública* – A adoção de práticas gerenciais privadas pode se revelar inadequada para a gestão pública na medida em que são desconsideradas as influências políticas a que ela está sujeita. Qualquer instrumento gerencial inspirado na área privada esbarra nos limites políticos. Afinal, não se pode desconhecer que as dinâmicas ou finalidades das empresas privadas e das organizações públicas são bastante distintas. Interferências políticas de instâncias superiores ocorrem a todo momento. Os incentivos à iniciativa e ao empreendedorismo, por exemplo, encontraram obstáculos tanto na burocracia removida como nos novos controles. Por razões políticas, a atividade de controle acaba se sobrepondo à atividade gerencial. Conforme relata Motta, nos EUA, os tradicionais padrões de flexibilidade e pragmatismo na gestão, inspirados no estilo britânico, foram se reduzindo e a burocratização alcançou um nível elevado. Conciliar a ideia de controle com eficiência é sempre um desafio para a gestão pública.

¹⁸² In theory individual participation through competition and the market should produce efficient, high-quality services. The model emphasizes output democracy and downplays input democracy (Peters 2008). Under NPM, accountability is based on output, competition, transparency, and contractual relations and thus represents a departure from public administration of the old school, where various forms of accountability were based on input processes and procedures, hierarchical control, legality, trust, and cultural traditions (Christensen and Lægveid 2002, Gregory 2001).

- *NPM reativou descrença dos cidadãos* – As convergências de lógicas econômicas, do mercado, do Estado e da sociedade civil se refletiram na qualidade do serviço público prestado e se revelaram pouco favoráveis ao cidadão.
- *NPM carrega valores culturais dos países de criação* – ainda segundo Motta, os relatos de maior sucesso com as práticas do NPM são oriundos das nações já dominadas pelo pragmatismo gerencial e pela baixa imposição de normas burocráticas e maior democracia na gestão. O mesmo não acontece com países de extensa burocracia, com acentuado legalismo e formalismo e forte autoridade hierárquica.
- *Foco no gestor mostrou-se demasiadamente simplistas* – Motta critica a NPM ao desconsiderar as pressões políticas que enfrenta o gestor público. Pressões, conflitos, alianças e agudas limitações de recursos fazem parte de sua rotina. As próprias condições de ambiguidade, conflito e desigualdade na distribuição dos recursos de poder se refletem na atuação do gestor. Por maior que seja a autonomia concedida a uma organização pública, a maioria de seus dirigentes possui apenas um mínimo de poder sobre os objetivos dos órgãos que dirige.

As críticas ao gerencialismo destacam, portanto, a sua incapacidade para lidar com a complexidade da vida política, revelando que eficiência administrativa não assegura uma gestão pública democrática. Além de expor uma contradição: ao mesmo tempo em que se propõe contrapor o modelo burocrático incorre no mesmo equívoco ao se pautar pela antiga dicotomia entre administração e política.¹⁸³ A partir de tais críticas surgem propostas que buscam restaurar a dimensão democrática da gestão pública, tais como: o Novo Serviço Público, idealizado por Denhardt Denhardt e a Administração Pública Societal (ou Gestão Social), idealizada por Paes de Paula para a realidade brasileira.

O Novo Serviço Público é uma proposta de administração pública emergente que tem seu foco principal voltado para o espaço democrático da sociedade. Constitui-se em uma proposta emergente cujos contornos remontam às décadas de 70 e 80. Entre os autores que

¹⁸³ “(...) Da dissociação entre administração e política decorreu a busca de princípios gerais válidos para a administração de “qualquer organização”, fosse ela pública ou privada. Este “esvaziamento” da dimensão pública da administração – até então claramente configurada como o lócus governamental – constituiu um aprofundamento da separação entre administração e política, levando a uma crise de identidade da disciplina em meados do século passado (Henry, 1995). Nas décadas seguintes, a dicotomia entre administração e política acabou levando à constituição de dois caminhos distintos de desenvolvimento da disciplina. O primeiro caminho correspondeu ao fortalecimento do polo da política, levando à reaproximação entre administração pública e ciência política. Mas tal aproximação significou uma perda de identidade da disciplina que, entre 1950 e 1970, praticamente desapareceu como subcampo da ciência política, passando a ser vista como uma área de interesse ou até mesmo como sinônimo de ciência política (Henry, 1975; Frederickson, 1999). O segundo caminho consistiu na consolidação da vertente da ciência administrativa – incluindo teoria organizacional e gestão –, o que foi possibilitado pela vinculação de parte dos professores e pesquisadores da área a escolas de negócio ou administração de empresas (*business schools*). Esta opção, se, por um lado, contribuiu para o desenvolvimento da teoria organizacional, por outro, significou a perda da referência à dimensão “pública” da administração pública, entendida até então, sobretudo, como um “lugar” – o “interno” à administração estatal, ocupado pela burocracia governamental. Esta perda de referência atingia, ainda, um outro aspecto fundamental à identidade da disciplina – o referente a valores e ao interesse público (Henry, 1975)” FARAH, Marta Santos Ferreira. **Administração Pública e Políticas Públicas**. In: Revista de Administração Pública 45(3), Maio/Junho de 2011, p. 816.

contribuíram com a proposta estão H. George Frederickson, Carl J. Bellone, Lloyd G. Nigro, Frederick C. Thayer, Ross Clayton, Michael M. Harmon, David K. Hart, Robert B. Denhardt e outros, além do brasileiro Alberto Guerreiro Ramos.

Recentemente, Denhardt e Denhardt elaboraram a base epistemológica do modelo do Novo Serviço Público¹⁸⁴. Essas bases tomam por princípio que o ser humano é, antes de mais nada, um ser político que age na comunidade; que a comunidade politicamente articulada requer a participação do cidadão para a construção do bem comum; e que o bem comum precede a busca do interesse privado.

O Novo Serviço Público retira sua inspiração da teoria política democrática (especialmente enquanto preocupada com a conexão entre cidadãos e seus governos) e de abordagens alternativas à gestão e ao *design* organizacional que procedem de uma tradição mais humanística na teoria de administração pública. O Novo Serviço público' como alternativa para a 'nova administração pública' tem origem em uma tradição mais humanista.

O esboço do Novo Serviço público descrito por Denhardt e Denhardt¹⁸⁵ é uma alternativa para a velha administração pública e a nova gestão pública. Duas grandes dimensões servem de tema: promoção do valor e dignidade do serviço público; e, democracia, cidadania, e interesse público como valores essenciais da administração pública.

A administração pública, em consonância com a proposta dos autores desse modelo, caracteriza-se por:

- 1) *Servir aos cidadãos, não aos consumidores*: Os servidores públicos não respondem meramente a demandas de consumidores, mas se concentram na construção de relações de confiança e na colaboração com e entre os cidadãos. O novo serviço público procura sempre estimular mais gente a cumprir suas responsabilidades de cidadãos e procura fazer o governo ser especialmente sensível às vozes dos cidadãos.
- 2) *Perseguir o interesse público*: Os administradores públicos têm que contribuir para a construção de uma noção coletiva, compartilhada, do interesse público. O objetivo não é encontrar soluções rápidas movidas por decisões individuais; em vez disso, é a criação de interesses e responsabilidades compartilhados. No novo serviço público, o administrador público não é o árbitro solitário do interesse público. Pelo contrário, ele é considerado ator-chave dentro de um sistema mais amplo de governança, que

¹⁸⁴ Para Denhardt (2012), a administração pública deve se fundamentar nas teorias democráticas que enfocam questões como liberdade, justiça e igualdade, ao contrário das teorias organizacionais que estão interessadas em questões como poder e autoridade, liderança e motivação, e a dinâmica de grupo em ação.

¹⁸⁵ Proposta como alternativa à NPM desenvolvida por Denhardt encontra-se no que denomina de o *novo serviço público*, inspirado na teoria política democrática e em abordagens que têm origem em uma tradição mais humanística da teoria da administração pública, incluindo a fenomenologia, a teoria crítica e o pós-modernismo.

inclui cidadãos, grupos, representantes eleitos e outras instituições. Uma das implicações mais importantes de se considerar o governo como meio voltado para o alcance de valores compartilhados é o de que o propósito do governo é fundamentalmente diferente do propósito dos negócios. Essas diferenças tornam no mínimo suspeito usar mecanismos e pressupostos de mercado sobre confiança exclusivamente como cálculo em seu próprio interesse.

- 3) *Emprestar mais valor à cidadania do que ao empreendedorismo*: O interesse público é mais bem servido por cidadãos e servidores públicos que estão comprometidos em fazer contribuições significativas para a sociedade do que por gestores empreendedores que atuam como se o dinheiro público fosse seu. O papel do administrador no novo serviço público não é remar ou dirigir os consumidores, mas servir aos cidadãos. Os administradores públicos trabalham dentro de redes políticas complexas e seu trabalho consiste em envolver os cidadãos no desenvolvimento da política pública – mediante participação ativa, autêntica. Essa participação não só informa a política, mas também constrói a capacidade da cidadania.
- 4) *Pensar estrategicamente e agir democraticamente*: As políticas e os programas que atendem às necessidades públicas podem ser logrados da maneira mais efetiva e responsável mediante esforços coletivos e processos de colaboração. Os cidadãos e os servidores públicos têm a responsabilidade mútua de identificar problemas e implementar soluções.
- 5) *Reconhecer que a accountability não é simples*: Os servidores públicos não devem dar atenção apenas ao mercado; eles devem dar atenção, igualmente, a constituições e estatutos legais, a valores comunitários, a normas políticas, a padrões profissionais e a interesses dos cidadãos. Do ponto de vista do novo serviço público, a questão da responsabilidade no serviço público é complexa; ela envolve um equilíbrio entre normas e responsabilidades concorrentes numa teia complicada de controles externos, padrões profissionais, preferências dos cidadãos, questões morais, direito público e, em última análise, interesse público. Em outras palavras, os administradores públicos são chamados a corresponder a todas as normas, valores e preferências concorrentes de nosso complexo sistema de governança.
- 6) *Servir ao cidadão, em vez de controlar e dirigir a sociedade*: cada vez mais, os servidores públicos devem usar uma liderança baseada em valores para ajudar os cidadãos e articular e satisfazer seus interesses compartilhados em vez de tentar controlar ou dirigir a sociedade para novos rumos. No novo serviço público, a liderança baseia-se em valores e é compartilhada em toda a organização e com a comunidade. Para servir os cidadãos, os administradores públicos devem não apenas conhecer e administrar seus próprios recursos, mas também estar conscientes e conectados a outras fontes de apoio e assistência, engajando os cidadãos e a comunidade no processo. Em síntese, eles devem compartilhar poder e liderar com paixão, compromisso e integridade, de maneira a respeitar e conferir poder à cidadania.
- 7) *Valorizar as pessoas, não apenas a produtividade*: As organizações públicas e as redes de que participam têm mais chances de ser bem-sucedidas no longo prazo se operarem por meio de processos de colaboração e liderança compartilhada que

tenham por base o respeito a todas as pessoas. As pessoas são atraídas para o serviço público porque são motivadas pelos valores do serviço público. São esses valores – servir aos outros, tornar o mundo melhor e mais seguro e fazer a democracia funcionar – que melhor traduzem o sentido de ser um cidadão a serviço da comunidade.¹⁸⁶

O foco central desse modelo de administração pública é servir ao interesse público. Os autores conceituam interesse público como o “resultado do diálogo sobre valores compartilhados”¹⁸⁷. Comunidade, sociedade civil e cidadania são conceitos centrais ao modelo. Também o são, a virtude cívica, a participação e o envolvimento, bem como, o serviço público como extensão da cidadania. São peculiares a ela, no entanto, os exemplos de articulação política e de liderança para envolvimento das forças do tecido social na produção dos serviços públicos que requerem a participação de múltiplas instâncias sociais. O controle social e a *accountability* lhe são inerentes.

O Novo Serviço Público sustenta que a administração pública deve começar com o reconhecimento de que a existência de uma cidadania *engajada e esclarecida* é crítica para a *governança democrática*. A ‘alta’ cidadania é importante e ao mesmo tempo alcançável, porque o comportamento humano não é apenas questão de interesse próprio, mas também envolve valores, crenças e preocupação com os outros. Os cidadãos são os donos do governo e são capazes de atuar juntos em busca do bem maior.

Se, nessa visão da nova administração pública, o referencial é o cidadão de mãos dadas com a administração pública de forma harmônica, responsiva e construtiva, há que se observar que a manutenção dessa estrutura depende de uma liderança ativa que possa se não antever problemas ou conflitos, pelo menos resolvê-los em curto espaço de tempo. Trata-se, pois, de muito mais do que gestão, mas da capacidade de se estabelecer uma *relação entre cidadão e administrador público* em bases éticas, cívicas e de confiança.

O esboço do Novo Serviço Público descrito por Denhardt e Denhardt é uma alternativa para a velha administração pública e a nova Gestão Pública, pensada a partir de duas vertentes: promoção do valor e dignidade do serviço público; e, democracia, cidadania, e interesse público como valores essenciais da administração pública.

A administração societal, delineada por Paes de Paula, pode ser considerada uma síntese de práticas, visões e tendências relacionadas à gestão pública. Voltada para o contexto brasileiro, ela busca romper com o exercício historicamente autoritário do poder público no

¹⁸⁶ DENHARDT, R. B e DENHARDT, J. V. **The new public service: serving, not steering**. New York: Armonk, 2003.

¹⁸⁷ DENHARDT, R. B e DENHARDT, J. V. **The new public service: serving, not steering**. New York: Armonk, 2003, p. 67.

país. Para Genro *apud* Paula, trata-se do surgimento de “uma esfera pública não-estatal que se agrega às instituições tradicionais de caráter estatal”. Um espaço de cogestão entre a sociedade e o Estado. O autor chama a atenção para o fato de que:¹⁸⁸

(...) a esfera pública não-estatal não depende necessariamente do suporte da representação política tradicional, sendo constituída por milhares de organizações, locais, regionais, nacionais e internacionais que mediam a ação política direta dos cidadãos. Esse conceito de esfera pública não-estatal envolve a elaboração de novos formatos institucionais que possibilitem a cogestão e a participação dos cidadãos nas decisões públicas. Nesse processo, as políticas e ações governamentais conferem identidade aos envolvidos, alteram o cotidiano da cidade e interferem na compreensão política de sua cidadania.

Busca-se, dessa forma, um maior envolvimento da sociedade nas ações de interesse público. Nos termos de Tenório¹⁸⁹, a gestão social (como também é denominada a administração societal), representa a substituição da gestão *tecnoburocrática, monológica*, por um gerenciamento mais *participativo, dialógico*, no qual o processo decisório é exercido por meio de *diferentes sujeitos sociais*”.

A ênfase na participação da sociedade no processo de políticas públicas, segundo Tenório, objetiva substituir o modelo de mercado, *coisificador* das relações sociais, por um outro que contemple a sua relação com a cidadania nos seus diferentes espaços sociais de decisão, de forma a resgatar o papel do cidadão no espaço público. As relações entre sociedade e estado são o foco da administração pública societal e de sua abordagem (estilo) de gestão: a gestão social.

Nesse sentido, ela deve favorecer a inclusão de segmentos populares em rotinas públicas e, ainda, servir de referencial para os arranjos institucionais contemporâneos, concebidos para viabilizar o diálogo entre cidadãos, servidores públicos e governantes.

De acordo com Paes de Paula para a construção de uma gestão pública democrática é preciso levar em consideração as seguintes dimensões:

- 1) *a dimensão econômico-financeira*, que se relaciona com os problemas do âmbito das finanças públicas e investimentos estatais, envolvendo questões de natureza fiscal, tributária e monetária;
- 2) *a dimensão institucional-administrativa*, que abrange os problemas de organização e articulação dos órgãos que compõem o aparato estatal, como as dificuldades de

¹⁸⁸ PAULA, Ana Paula Paes de. Administração Pública Brasileira Entre o Gerencialismo e a Gestão Social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, v.45, n.º.1, 2005, p. 40.

¹⁸⁹ TENÓRIO, Fernando Guilherme. Gestão social: uma Perspectiva Conceitual In: Tem razão a Administração? Ensaios de teoria organizacional e gestão social. Ijuí (RS), Editora UNIJUÍ, 2002, p. 125.

planejamento, direção e controle das ações estatais, e a questão da profissionalização dos servidores públicos para o desempenho de suas funções;

- 3) a dimensão sociopolítica, que compreende problemas situados no âmago das relações entre o Estado e a sociedade, envolvendo os direitos dos cidadãos e sua participação na gestão. (grifo nosso)¹⁹⁰ Enquanto a vertente gerencial enfatiza as dimensões econômico-financeira e institucional-administrativa a vertente social dá ênfase à dimensão sociopolítica. Também diferem os projetos políticos em disputa. (fig. 8.0).

	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOCIETAL
Origem	Movimento internacional pela reforma do Estado, que se iniciou nos anos 1980 e se baseia principalmente nos modelos inglês e estadunidense	Movimentos sociais brasileiros, que tiveram início nos anos 1960 e desdobramentos nas três décadas seguintes
Projeto político	Enfatiza a eficiência administrativa e se baseia no ajuste estrutural, nas recomendações dos organismos multilaterais internacionais e no movimento gerencialista.	Enfatiza a participação social e procura estruturar um projeto político que repense o modelo de desenvolvimento brasileiro, a estrutura do aparelho de Estado e o paradigma de gestão.
Dimensões estruturais enfatizadas na gestão	Dimensões econômico-financeira e institucional-administrativa	Dimensão sociopolítica
Organização administrativa do aparelho do Estado	Separação entre as atividades exclusivas e não-exclusivas do Estado nos três níveis governamentais	Não há uma proposta para a organização do aparelho do Estado e enfatiza iniciativas locais de organização e gestão pública
Abertura das instituições políticas a participação social	Participativo no nível do discurso, mas centralizador no que se refere ao processo decisório, à organização das instituições políticas e à construção de canais de participação popular	Participativo no nível das instituições, enfatizando a elaboração de estruturas e canais que viabilizem a participação popular
Abordagem de gestão	Gerencialismo: enfatiza a adaptação das recomendações gerencialistas para o setor público	Gestão social: enfatiza a elaboração de experiências de gestão focalizadas nas demandas do público-alvo, incluindo questões culturais e participativas

Figura 9: Variáveis observadas na comparação dos modelos

Fonte: PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração Pública Brasileira: Entre o Gerencialismo e a Gestão Social**. RAE - Revista de Administração de Empresas, v.45, nº1, 2005, p. 41.

Com relação à *abertura das instituições à participação popular*, aspecto mais enfatizado pela administração societal¹⁹¹, declara Paula¹⁹²:

(...) É necessário criar arranjos institucionais que organizem a participação nas diferentes esferas governamentais, e que estas sejam dinâmicas o suficiente para

¹⁹⁰ PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração Pública Brasileira: Entre o Gerencialismo e a Gestão Social**. RAE - Revista de Administração de Empresas, v.45, nº.1, 2005, p. 40.

¹⁹¹ Segundo Paes de Paula a administração pública societal apresenta quatro eixos, dentre eles **a concepção participativa e deliberativa** de democracia associada à noção de gestão social.

¹⁹² PAULA, Ana Paula Paes de. **Administração Pública Brasileira Entre o Gerencialismo e a Gestão Social**. RAE - Revista de Administração de Empresas, v.45, nº.1, 2005, p. 44.

absorver as tendências cambiantes inerentes à democracia. É importante ressaltar que a concretização dessas mudanças depende da maneira como o Estado e a sociedade brasileira se articulam para determinar seus papéis e espaços. Por outro lado, há a necessidade de alterar as históricas restrições impostas pela lógica de funcionamento da máquina estatal e a tendência à cultura política autoritária e patrimonial.

Sob este enfoque, a administração societal reconhece que novas habilidades são necessárias ao gestor público que, a cada dia, distancia-se do burocrata insulado e aproxima-se do “agente social reflexivo” – hábil em conduzir projetos, em negociar, em aproximar interesses e estimular a participação cidadã e a cooperação.

Paes de Paula destaca, dentre os principais méritos da proposta do modelo societal, a busca por um projeto de desenvolvimento que atenda aos interesses nacionais assim como a construção de políticas e instituições voltadas às demandas dos cidadãos e mais permeáveis à participação. Já no que se referem a suas limitações menciona ausência de propostas para organização do aparelho de Estado, a insuficiência de meios de gestão coerentes com seu projeto político e a precariedade de estratégias capazes de articular as dimensões econômico-financeira, institucional-administrativa e sócio-política da gestão estatal.

Os modelos de gestão apresentados até aqui estão a revelar que as questões que hoje afetam a gestão pública passam muito mais sobre a redefinição de seu papel junto ao Estado e à sociedade do que propriamente pelo emprego de novas técnicas e práticas gestionárias.

A busca por uma gestão pública, eficiente e democrática, parece estar no centro das discussões na atualidade. Ao mesmo tempo, o antigo paradigma da dicotomia entre administração e política desponta como a grande questão a ser encarada pela ciência da Administração Pública. Motta aponta a integração das dimensões políticas e administrativas no mesmo espaço de decisão e ações públicas como um dos grandes dilemas da gestão pública contemporânea.

3.1.1.1 Os modelos de gestão e a clássica dicotomia entre política e administração

“Toda administração pública é, de certo modo, política.” Levine

Conforme Farah¹⁹³ nos ensina a administração pública, como área de formação e como campo de estudos, constituiu-se tendo como objetivo a preparação de servidores públicos para a administração pública moderna, há mais de um século, nos EUA. São considerados marcos da fundação da disciplina a publicação do artigo *“The study of*

¹⁹³FARAH, Marta Ferreira. Administração Pública e Políticas Públicas. In: Revista de Administração Pública – RAP 45 (3) Maio/Junho 2011, pág. 815.

administration”, por Woodrow Wilson, em 1887¹⁹⁴, na revista *Political Science Quarterly* (Wilson, 1887 apud Oslak, 1982), e do livro *Politics and administration*, por Frank Goodnow, em 1900 (Goodnow, 1900, apud Henry, 1975). Essas obras estabelecem uma diferenciação entre administração pública e política, diferenciação essa associada ao propósito de superação das práticas de apadrinhamento e patrimonialismo que marcavam a administração pública até então naquele país (Oslak, 1982).

Wilson afirmava que a administração deveria – e poderia – ser separada da política; depois que os responsáveis pelas políticas tomassem as decisões de Estado, a tarefa de implementar tais políticas poderia ser delegada àqueles bem versados na ”ciência da administração”, que executariam a tarefa da implementação da forma mais eficiente possível (1887). Para Weber a burocracia se revelava como o mais eficiente mecanismo organizacional, ideal para implementar os princípios de administração científica defendidos por Taylor. Partia-se do pressuposto de que ao separar a administração das políticas, aplicando o exame científico ao desenho do melhor processo de trabalho, e empregando organizações burocráticas para implementar esses processos, o governo garantiria não só que as políticas fossem justas, mas que sua implementação também o fosse.

Segundo essa concepção a Administração encontra-se fora dos limites da política, competindo à última a definição de rumos e, à primeira, a sua execução segundo regras de boa gestão e não de acordo com a oportunidade política ou o tempo eleitoral.

Daí também que os funcionários deveriam obedecer a regras próprias de funcionamento que, na Europa continental, integravam o estatuto dos funcionários. Aí se estipulavam os direitos e deveres, bem como as circunstâncias em que podem ser responsabilizados pelos políticos ou pela hierarquia administrativa. *Frank Goodnow* (1900) em *Politics and Administration*, *Leonard White* (1927) em *Introduction to the Study of Public Administration*, e *William Willoughby* (1927) em *Principles of Public Administration*, são nomes relevantes e que ajudaram a amadurecer esse importante marco da teoria administrativa, perdurando até a 2ª Guerra Mundial.

¹⁹⁴ Em seu O estudo da administração, Woodrow Wilson definiu a distinção entre política e administração. “Administração pública é a execução detalhada e sistemática da lei pública”, declarou Wilson. “O campo da administração é o campo dos negócios. Ele é desprovido da pressa e da luta da política”. De fato, Wilson escreveu sobre a “verdade” de que “a administração repousa fora da esfera própria da política. Questões administrativas não são questões políticas” (1887: 18-9). Wilson descreveu sua distinção entre política e administração de vários modos: “a distinção se dá entre planos gerais e meios específicos”. “Os vastos planos da ação governamental não são administrativos; a execução detalhada de tais planos é que é administrativa”. Wilson sequer tentou definir a distinção de modo muito preciso pois, para ele, “essa discriminação entre administração e política é hoje, felizmente, bastante óbvia para demandar qualquer discussão” (1887: 18-9).

O princípio da dicotomia entre administração e política se consolida como paradigma administração pública. Neste sentido, a administração pública passa a ser vista como uma ciência sem valores, devendo a burocracia atuar de forma apolítica e imparcial, com base em uma sólida formação profissional. Inicialmente, a ideia de neutralidade e profissionalização da administração se revelou útil ao combate à corrupção e ao modelo patrimonialista a que se pretendia combater no início do século XX. Destaca Behn¹⁹⁵:

(...) De muitas formas, o paradigma da administração pública solucionou o problema da corrupção. Ao separar a implementação das políticas públicas das decisões políticas que as criam, tal como Wilson recomendara, os defensores da nova administração pública buscavam proteger as políticas do favoritismo e do ganho individual, que se intrometiam nas decisões administrativas sobre pessoal, suprimentos, finanças e prestação de serviços. Como resultado, nesse século, o governo dos Estados Unidos comportou-se de forma muito menos corrupta do que no século anterior. Obviamente, o governo no século XX não tem sido completamente livre de corrupção; mas sempre que ocorressem abusos ao poder público, isso poderia ser atribuído a um colapso de um dos princípios básicos do paradigma da administração pública — em especial do princípio da separação entre administração e política.

Por grande parte do século XX, a dicotomia entre política e administração orientou o pensamento sobre administração pública – burocratas teriam papel instrumental, cabendo a eles administrar; enquanto aos políticos caberia pesar valores, representar interesses e dar a direção para os assuntos de governo, sujeitos ao final do seu mandato ao escrutínio popular.

A ideia de que políticos fazem política enquanto burocratas as implementam está fortemente associada ao modelo de democracia representativa, estilo *top-down* de implementação de políticas públicas e a ideia de controle político (*accountability*) a ser exercido pelo Poder Legislativo sobre o Poder Executivo.

Políticos fazem política e burocratas as implementam.

Dwight Waldo, por sua vez, já em 1948, acreditava que a total aceitação de uma perspectiva administrativa constitui a rejeição da teoria da democracia. Waldo acreditava, na verdade, que política e administração seriam inseparáveis e argumentava que (Waldo, 1948):

- a) política e administração são duas faces de um mesmo processo;
- b) governar é um ato continuado e suas diversas etapas, ainda que conceitualmente discerníveis, na prática são indiferenciáveis;

¹⁹⁵ BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca pela nova *accountability* democrática. In: Revista do Serviço Público, Ano 49, número 4, out-dez/1998, p. 07.

- c) a dicotomia demonstra-se falsa quando observada a atividade diária dos funcionários públicos, os quais apresentam poder discricionário, em menor ou maior grau, e não se concentram apenas no fazer.

A pretendida neutralidade da administração face à influência do mundo político no contexto da administração pública torna-se um ponto de tensão inerente à disciplina. Por detrás desse paradigma tradicional se busca a compreensão acerca dos papéis e da relação que se firma entre políticos e burocratas no contexto democrático.

Afinal, “como controlar os burocratas, já que esses também participam da tomada de decisões [...] e como responsabilizá-los em termos políticos, já que também atuam politicamente e não apenas burocraticamente (*input vs output*)?”¹⁹⁶ Quem tem a legitimidade para a persecução do interesse público (legitimidade política ou técnica)?

À medida que as atribuições do Estado contemporâneo crescem sua relação com a sociedade vai se tornando cada vez mais complexa e o modelo de democracia representativo não parece mais ser suficiente. Surge, assim, a necessidade de se rediscutir sua relação: dicotômica ou integradora? A partir de entrevistas realizadas entre 1970 e 1974 com altos burocratas e políticos nas democracias avançadas, Aberbach, Rockman e Putnam¹⁹⁷ puderam rejeitar empiricamente a hipótese da dicotomia, mostrando que grande parte do trabalho dos burocratas desses países envolvia julgamento de valores, representação de interesses, costura de alianças etc.

A relação entre políticos e burocratas *não é dicotômica*, mas *complexa*, na medida em que se observa a crescente “burocratização da política e politização da burocracia”, tendo em vista a *interpenetração* (cada vez maior) de papéis entre os dois grupos.

Os autores argumentam que estaria havendo um processo de integração entre política e administração, de modo que os líderes devem ser capazes de articular tanto decisões técnicas como políticas (estratégicas), devendo ser capazes de “falar a língua” dos políticos e também dos burocratas, devendo ser homens de “dois mundos”. Desse modo, esses líderes estariam desenvolvendo uma segunda identidade como burocratas, sendo chamados também de “superburocratas”.

¹⁹⁶ ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio; LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho (2010). *Controles Democráticos sobre a Administração Pública no Brasil*: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: ABRUCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita; PACHECO, Regina Silvia (Org.). *Burocracia e Política no Brasil*: Desafio para a Ordem Democrática no Século XXI. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2010, v. 1, p. 112.

¹⁹⁷ Aberbach, J. D., R. D. Putnam e B. A. Rockman (1981), **Bureaucrats and politicians in western democracies**, Cambridge, Mass., Harvard University Press. Sobre este aspecto declaram os autores: “*the last quarter of this century is witnessing the virtual disappearance of the weberian distinction between the roles of politician and bureaucrat, producing what we might label a ‘pure hybrid’*”.

Nesse sentido, tais estudos oferecem uma contribuição fundamental para a ciência política e a gestão pública contemporânea, ao demonstrar que as categorias analíticas do político e do burocrata já não são suficientes para retratar empiricamente a atuação desses atores. Independentemente do modelo de administração vigente nos diferentes períodos da história administrativa constata-se que a dicotomia entre política e administração esteve sempre presente no âmbito do debate acerca das configurações político-administrativas. De fato, verificou-se que qualquer solução extrema traria sempre problemas de legitimidade democrática, sejam eles provenientes da esfera política ou da esfera técnica.

O modelo burocrático, nas últimas décadas, foi criticado por ter falhado em sua proposta de construir administração pública efetivamente neutra e independente do poder político. A ênfase na burocracia teria levado ao excesso de formalismo apontada como uma “disfuncionalidade”.

A verdade é que também as reformas empreendidas em diversos países, com base no modelo que sucedeu ao modelo burocrático – o *New Public Management* – falharam. Apesar do modelo, tal como a burocracia tradicional, prever uma maior profissionalização da gestão pública e uma maior separação entre o poder político e o poder administrativo, também se revelou falho quanto a esse aspecto. Nesse caso, o distanciamento do político teria levado ao afastamento do Estado de seus compromissos democráticos. A ênfase na eficiência teria se tornado uma ameaça à democracia, outra “disfuncionalidade”.

Vários dos autores citados observam relações de interdependência e “interpermeabilidade” entre atores políticos e administrativos no contexto pós-reformas e gestionárias.

Os modelos do Novo Serviço Público e da Administração Societal parecem enfraquecer esta dicotomia uma vez que coloca no centro da construção e implementação das políticas públicas o cidadão e a sociedade civil. Em razão do modelo privilegiar uma participação ativa da comunidade de interessados no processo de tomada de decisão pública, o papel dos dirigentes públicos altera-se substancialmente passando a ter um perfil distinto de tarefas e competências que devem assegurar uma participação pública informada, consensual, transparente, isenta, representativa e neutra.

3.2 A GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA SOB A PERSPECTIVA DA GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*

As discussões sobre os modelos de gestão destacam a necessidade de se enfrentar questões voltadas para a condução política e econômica do Estado contemporâneo.

Nesse contexto, uma nova forma de governar começa a se delinear. Se estaria, portanto, diante de um período de transição da forma tradicional de governar para a governança – *from government to governance*.

À medida que o escopo e o alcance das políticas públicas aumentam nas democracias, há uma demanda correspondente dos interesses afetados por maior participação. Todo o seu processo se torna, pois, mais conflituoso colocando em xeque a capacidade institucional do Poder Público em solucionar problemas ou atender às expectativas coletivas.

A gestão pública contemporânea passa a encarar o desafio de se buscar o equilíbrio entre a *capacidade* do Estado de colocar em prática o interesse público e o poder do cidadão de cobrar (*controle*) responsabilidade das autoridades. Sob a perspectiva da *capacidade administrativa* do Estado se destaca a necessidade de se atender aos desafios impostos pelo redesenho nas relações entre Estado, sociedade e mercado. Dentre tais desafios destaca-se a *necessidade cada vez maior de conciliar as ideias de participação*¹⁹⁸ e *eficiência* nos processos de gestão das políticas.

No âmbito das políticas públicas, por exemplo, *relações em rede* (ao invés de *relações hierarquizadas*) passam a predominar. *Uma gestão em redes*, segundo Bronzo,¹⁹⁹ impõe novos desafios administrativos, novas lógicas de tomada de decisão coletiva, compartilhamento de valores e objetivos e estabelecimento de prioridades e regras de atuação. Novas habilidades passam a ser exigidas dos gestores como a capacidade de articulação com os diversos atores envolvidos. Comenta a autora:

(...) a posição, a influência e a efetividade de cada “nó” da rede estão relacionadas a capacidade de cada membro para trabalhar e articular dentro desse contexto. Membros bem articulados e conscientizados trazem resultados positivos não só para a produtividade individual mas também para as organização onde eles trabalham. Os benefícios da atuação em rede vão muito além da aprendizagem dos

¹⁹⁸ As mudanças nos planos jurídico, político e cultural vêm demandando dos gestores a criação de espaços deliberativos para que os cidadãos possam interferir no rumo da ação do Estado. A partir da Constituição de 1988, esses espaços ganharam força de lei em algumas áreas. Tem-se hoje a obrigação dos vários entes da federação de constituírem conselhos gestores de saúde, educação, meio ambiente etc. Além disso, a pressão popular vem demandando a criação de outros espaços de participação da população nos assuntos da vida pública”.

¹⁹⁹BRONZO, Carla. **Intersetorialidade, autonomia e território em programas municipais de enfrentamento da pobreza: experiências de Belo Horizonte e São Paulo**. In: **Planejamento e políticas públicas**. n. 35, jul./dez. 2010, . 119-159.

gestores/técnicos envolvidos, eles se apresentam como um caminho na construção de respostas para as crescentes demandas das políticas públicas.

Relações “interorganizacionais” e arranjos institucionais para a coordenação e implementação de políticas passa a ser centro das discussões da gestão pública contemporânea. O principal desafio enfrentado pelos administradores públicos hoje é aprender como trabalhar, de maneira mais eficaz, em um ambiente político instável de modo a promover forte participação democrática²⁰⁰ e envolver ampla variedade na descoberta e implementação de soluções que resolvam, ou pelo menos melhorem, problemas públicos.

Tornar o Estado contemporâneo mais eficiente e ao mesmo tempo mais democrático (garantindo ampla participação social) se torna um dos grandes *dilemas da gestão pública contemporânea*.

A concepção formal da gestão pública se revela, pois, insuficiente e falha diante da participação crescente de novos atores sociais no processo de formulação e implementação de políticas públicas. À medida que se aumenta a politização da função administrativa começa a se debater as vicissitudes do modelo tradicional hierárquico e a busca por alternativas mais cooperativas²⁰¹.

A relação do Poder Público com os diversos atores sociais no processo de políticas públicas se torna, portanto, mais *dialógica e de coordenação*. Bryner destaca a importância do debate como forma de legitimar a participação pública e assegurar o sucesso das políticas públicas. Dessa forma, o bom êxito das políticas públicas passa a depender, portanto, não só

²⁰⁰ A participação democrática na formulação e na implementação administrativas varia do envolvimento mínimo nas audiências e reuniões públicas à tomada de decisão colaborativa em que as partes interessadas estão autorizadas a criar propostas que possam obter consenso entre os participantes. Ideias sobre o que constitui exatamente os procedimentos de formulação de políticas justas evoluíram consideravelmente ao longo das últimas três décadas. A participação pública se tornou central nos processos de tomada de decisão dos órgãos administrativos por várias razões. BRYNER, Gary C. Organizações públicas e políticas públicas. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. Administração Pública: coletânea, ENAP, Brasília, 2010.

²⁰¹ O processo de política públicas tende a se tornar cada vez mais conflituoso, considerando-se a demanda atual pela ampliação da participação social. Sobre esse caráter conflituoso vale destacar o comentário de Scharpf *apud* Mantz:

“(…) Policy making in neo-corporatist structures, in sectoral policy networks, and in systems of delegated self-regulation is not harmonious. If conflicting interests enter into negotiation with each other in the search for agreement on a joint decision, the result is „antagonistic cooperation“, as Bernd Marin (1990) has called it. Such antagonistic cooperation runs the risk of ending in a complete blockade, or of producing solutions on the level of the lowest common denominator - cheap compromises that cannot solve the problems at hand. **The basic problem with modern governance is therefore how to avoid stalemate and ensure effective problem-solutions** (Scharpf 1993a).

do alcance dos resultados (efetividade)mas também do cumprimento de requisitos processuais (legitimidade).²⁰²

Ao lado do questionamento acerca da efetividade de seus resultados surgem indagações de natureza processual, tais como: O processo foi justo? Todos os interesses foram adequadamente representados ou interesses especiais, limitados, predominaram?

O termo governança, embora não seja novo, passa a ser utilizado numa concepção mais moderna para indicar uma forma de governar – *steering not rowing* – diferente da tradicional: *não hierárquica*²⁰³ e voltada para a *cooperação* entre os diversos atores. Rhodes a descreve como a função de governar em rede (*networks*). O que a torna, assim, importante contributo para a gestão pública contemporânea no que se refere à reflexão sobre novas práticas administrativas e mecanismos de controle.

Uma nova forma de governar impõe uma
nova forma de gerir a res publica

Afinal, o que caracteriza a governança como modo de governar é a gestão das interdependências ou *gestão relacional* (ou de redes). Essa abordagem relacional e o resgate das redes como estruturas de construção de políticas públicas é a grande novidade proposta pelos teóricos da governança contemporânea.²⁰⁴

Nesse contexto, pode-se dizer que se está diante de um tipo de gestão específico que se baseia em um conjunto de técnicas, instrumentos e processos para alcançar a construção compartilhada do desenvolvimento humano em um território. Ou como bem nos ensina Stoker *apud* Hill, a governança, em tempos atuais, consiste na manipulação das condições de implementação do processo de políticas públicas de forma a incentivar o espírito de

²⁰² BRYNER, Gary C. Organizações públicas e políticas públicas. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. Administração Pública: coletânea, ENAP, Brasília, 2010.

²⁰³ Entretanto, como a teoria política moderna vem esclarecendo, o processo de complexidade pelo qual a sociedade vem passando exige que a máquina pública se torne igualmente complexa. Essa exigência põe em perspectiva todos os esforços de especialização e setorialização da organização pública, e, como não poderia deixar de ser, a hierarquia se torna um fator crucial a ser considerado no âmbito da intersetorialidade. Segundo Goldsmith e Eggers (2006): “O *modelo tradicional e hierárquico* de governo simplesmente *não atende as demandas desses tempos complexos* e em rápida transformação. *Sistemas burocráticos rígidos*, que operam com procedimento de comando e controle, restrições de trabalho rigorosas, bem como culturas e modelos operacionais introvertidos *são inadequados para abordar problemas que, muitas vezes, transcendem os limites organizacionais.*”

²⁰⁴ Brugué, Quim; Vallès, Josep Maria. New-style councils, new-style councillors: from local government to local governance. **Governance**, v. 18, n. 2, 2005, p. 197-226, os autores destacam: (...) *A governança não é mais baseada na autoridade central ou políticos eleitos (modelo da hierarquia) e nem passagem de responsabilidade para o setor privado (modelo de mercado), mas sim regula e aloca recursos coletivos por meio de relações com a população e com outros níveis de governo.* (grifo nosso).

cooperação face aos conflitos de interesse. Josep Esteve enumera uma série de técnicas condizentes com o modelo de gestão relacional e que vale a pena destacar:

- *Os planos estratégicos*, desenvolvidos a partir da cooperação público-pública e público-privada e a participação cidadã, constituem um bom início da gestão relacional própria da governança, estabelecendo-se uma estratégia compartilhada entre os principais atores e com um amplo apoio social. O planejamento estratégico assim entendido constitui a fase inicial, ou fase de planejamento propriamente dito, da gestão das interdependências ou gestão estratégica;
- *A negociação relacional dos conflitos públicos*. As técnicas de negociação relacional constituem um bom instrumento para o desenvolvimento da gestão de interdependências ou gestão relacional. A negociação relacional é um tipo de negociação com características próprias, porque o resultado buscado por parte de um dos negociadores é consolidar e melhorar a relação entre os protagonistas para obter maior confiança mútua e poder desenvolver projetos com base na cooperação;
- *Técnicas de mediação* – Na mediação, o papel da administração é intervir para que uma situação conflituosa entre atores sociais possa encontrar uma solução e, no processo, melhore a imagem das partes e a confiança entre elas. A ação do governo é a de ser catalisador de um acordo sem converter-se em parte do mesmo.
- *Técnicas de participação cidadã e apoio social às políticas públicas*. Das estratégias de participação deve-se passar à participação como estratégia para fortalecer a capacidade de organização e ação. Das inúmeras técnicas de participação, na área da gestão relacional, são especialmente úteis as que: (1) se baseiam em procedimentos claros e simples, com finalidades precisas que facilitam a expressão de ideias e desafios sobre um tema ou assunto e, naturalmente, impedem que se prolonguem eternamente os debates. (2) ajudem a gerar confiança, colaboração e responsabilidade cidadã nos acordos realizados; (3) permitam legitimar objetivos e projeto e obter um importante apoio da cidadania aos mesmos;
- *Métodos e técnicas de gestão de projetos em rede*. As técnicas para a gestão de redes são fundamentalmente de dois tipos: a gestão da dinâmica da rede, que abarca desde a inclusão dos atores-chave ao fomento de projetos que consolidem os interesses comuns; e a gestão de estruturas para adequá-las aos objetivos para os quais foram criadas e permitam fortalecer uma cultura ou uma perspectiva comum;
- *Gestão da cultura empreendedora e cívica da cidadania*. A tecnologia para fortalecer as características de uma cultura empreendedora e de ação entre a cidadania é muito recente. O processo de gestão da cultura empreendedora exige, na perspectiva da governança democrática, uma grande transparência e um acordo democrático entre os principais setores da cidadania para desenvolvê-la;
- *“Coaching” para a liderança relacional*. Na governança, o que se fortalece é o valor da representação do político, e dele se requer capacidade para escutar, dialogar, compreender, convencer, comover e motivar para a ação coletiva e para a responsabilização e compromisso social da cidadania.
- *A direção sistêmica por objetivos*. As técnicas de administração por objetivos, segundo o autor, são um bom instrumento para a gestão relacional. Uma vez que se trata de estabelecer objetivos comuns a um conjunto de atores que constituem um

sistema social e, de acordo com eles, concretizar de maneira inovadora seus objetivos através de projetos cujo gerenciamento deve ser feito em rede.²⁰⁵

Uma perspectiva da gestão pública contemporânea sob o enfoque da governança, portanto, é fundamental para se compreender como as relações “interorganizacionais” e suas configurações institucionais interferem no processo de políticas públicas e então propor novos meios de gestão.²⁰⁶

Explorar as relações “interorganizacionais” torna-se importante para a compreensão do processo de políticas públicas

O Banco Mundial, para conceituar governança, refere-se ao modo como a autoridade é exercida no gerenciamento dos recursos de um país em direção ao desenvolvimento. Enfatiza a avaliação da capacidade governativa não apenas pelos resultados das políticas governamentais, mas também pela forma pela qual o governo exerce o seu poder. Aponta oito principais características da "boa governança" para assegurar um desenvolvimento sustentável: (1) participação; (2) Estado de direito; (3) transparência; (4) responsabilidade; (5) orientação por consenso; (6) equidade e inclusividade; (7) efetividade e eficiência; (8) prestação de contas.

Segundo Santos²⁰⁷, apesar dos diferentes entendimentos acerca do conceito de governança é possível afirmar se tratar de *conceito novo* que coloca em debate a capacidade do Poder Público em conduzir os processos de formulação, execução e avaliação de políticas públicas integrando instrumentos e mecanismos de gestão que viabilizem harmonizar as relações econômicas e sociais, privilegiando o fortalecimento das ações governamentais, por meio da eficácia e efetividade dos resultados esperados e da transparência dos processos voltados ao bem estar da sociedade. Tanto os processos de formulação como os de implementação de políticas públicas são elementos cruciais constitutivos da capacidade governativa do Estado.

²⁰⁵ Esteve, Josep M^a Pascual. In: Governança democrática: construção coletiva do desenvolvimento das cidades. Tradução: João Carlos Vitor Garcia, Ed. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2009, p. 76-78.

²⁰⁶ Declara John *apud* Hill: (...) *Governance is a flexible pattern of public decision-making based on loose networks of individuals. The concept conveys the idea that public decisions rest less within hierarchically organized bureaucracies, but take place more in long-term relationships key individuals located in a diverse set of organizations located at various territorial levels.* HILL, Michael. **Public Policy Process**. Pearson, England, 2013, p. 301

²⁰⁷ SANTOS, Maria Helena de Castro, (1997). Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. Dados, 40 (3) 335-376.

Segundo a autora citada, a definição geral de capacidade governativa engloba tanto características operacionais do Estado, analisando-se aí a eficiência de sua máquina administrativa, novas formas de gestão pública, mecanismos de regulação e controle, como sua dimensão político-institucional, podendo incluir, nesse caso, desde as características das coalizões de sustentação do governo, do processo decisório, das formas mais ou menos tradicionais de representação de interesses, das relações Executivo-Legislativo, do sistema partidário e eleitoral, passando pelas relações entre os três níveis de governo e a forma e o grau de interação do público com o privado na definição e condução das políticas governamentais, até a pouca analisada atuação do Judiciário como ator político e a capacidade de liderança e coordenação do governo.

Para Diniz²⁰⁸, a governança relaciona-se mais com a capacidade de governo do Estado no sentido lato, envolvendo a sua capacidade de ação na implementação das políticas e consecução das metas coletivas com destaque para as capacidades de comando, coordenação, intervenção e implementação como componentes fundamentais da governança, além do reforço dos mecanismos formais de prestação de contas e a institucionalização da cobrança por parte dos usuários dos serviços do Estado, introduzindo o novo conceito de *accountability*.

Podendo-se, assim, entendê-la como o conjunto dos mecanismos/procedimentos que se relacionam com a *dimensão participativa e plural*²⁰⁹ da sociedade, incorporando visões dos seus vários segmentos. Ainda segundo Diniz, a concepção de *governance* envolve três dimensões a saber: uma relativa à *capacidade de comando* e de direção do Estado; outra relativa à *capacidade de coordenação* das várias políticas e interesses em jogo e uma terceira é relativa à *capacidade de implementação* de políticas públicas.

Em outros termos, pode-se afirmar que a governança contemporânea propõe um processo de resgate da política dentro da administração pública, no qual se passa a prestigiar os mecanismos participativos de deliberação na esfera pública em detrimento da *tecnicização*

²⁰⁸ Afirma a autora: “O 'gargalo' na condução das políticas estatais revela-se também no fraco desempenho do governo quanto à consecução das metas coletivas. Estas acham-se comprometidas pela *baixa capacidade de coordenação* do Estado, o que dificulta a compatibilização dos fins definidos socialmente. Coordenação significa submeter a lógica dos interesses em jogo a um sistema integrado capaz de ajustar as diferentes visões. Longe de eliminar o conflito, cabe administrá-lo de forma eficiente, isto é, de forma compatível com a racionalidade governativa, que é, por sua vez, definida em função de um projeto coletivo.” DINIZ, Eli. Crise, governabilidade e Reforma do Estado: em busca de um novo paradigma. In: GERSCHMAN, S., and VIANNA, MLW., orgs. *A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização* [online]. Rio de Janeiro, Editora FIOCRUZ, 1997.p. 119.

²⁰⁹ A concepção moderna de governança denota pluralismo na medida que se passa a estender a diferentes atores o direito de participar do processo de construção das políticas públicas. Essa definição está a revelar um novo entendimento a respeito do papel do Estado que passa a ser visto de modo menos hierárquico e monopolista na solução de problemas públicos.

nos processos de decisão; a efetividade de seus resultados (legitimidade), ao invés, da observância de procedimentos formais (legalidade).

Por conseguinte, o protagonismo estatal no processo de elaboração de políticas públicas passa a ser discutido. Segundo alguns autores, como Kooiman, constata-se uma perda de importância do Estado neste processo, na medida que atores não estatais são envolvidos não apenas no planejamento e implementação de políticas públicas, mas também em todo o processo de coprodução e gestão de políticas. Rhodes compartilha dessa visão, afirmando que “o Estado torna-se uma coleção de redes interorganizacionais compostas por atores governamentais e sociais sem nenhum ator soberano capaz de guiar”.

Richards e Smith *apud* Secchi contestam esse tipo de entendimento, respondendo que o Estado mantém seu papel de liderança na elaboração de políticas públicas. De acordo com os autores, a criação de centros múltiplos de elaboração da política pública, em nível local, regional, nacional ou supranacional revela não a perda de sua importância, mas sim o deslocamento de seu papel primordial da implementação para a coordenação e o controle.²¹⁰

A maneira como o Estado se estrutura e sua articulação com outros entes que compõem as redes nas diversas ações de gestão governamental é essencial para uma gestão eficiente e eficaz das políticas públicas e da prestação dos serviços de responsabilidade estatal. Dessa forma, a governança deve ser observada em todos os momentos do ciclo de gestão, nas fases de planejamento, implementação, controle e avaliação.

Segundo Carneiro²¹¹, a governança constitui atributo do Estado com dupla dimensão: no que se refere às condições do aparato administrativo (tais como profissionalização da burocracia estratégica, fortalecimento dos instrumentos gerenciais e melhoria do desempenho); e a consolidação dos fundamentos democráticos a partir da noção de *accountability*, ou responsabilização²¹². Nesse sentido, pode-se considerar que *accountability* como conceito é central para a administração pública, e a sua existência como processo é fundamental para a preservação da democracia. Uma primeira noção de *accountability* amplamente aceita é proposta pelo Conselho Científico do Centro Latino-Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD) e diz respeito “ao cumprimento da obrigação

²¹⁰ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: Revista de Administração Pública, 43 (2), Mar/Abr 2009, FGV, p. 360

²¹¹ CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e accountability**: algumas notas introdutórias. In: Textos para discussão n. 13, Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2004, p. 11.

²¹² Há consenso entre os autores de que a *accountability* – entendida como um processo de avaliação e responsabilização permanente dos governantes em razão do poder que lhes é delegado pela sociedade – é um fator essencial para a manutenção, desenvolvimento e consolidação da democracia (BOBBIO, 1986; CAMPOS, 1990; O’DONNELL, 1998; SCHEDLER, 1999; ARATO, 2002; ABRUCIO e LOUREIRO, 2004; KENNEY, 2005; PINHO e SACRAMENTO).

do servidor público de prestar contas, seja a um órgão de controle, ao parlamento, ou à sociedade.²¹³

De acordo com Miguel²¹⁴ a *accountability* se relaciona à capacidade que os cidadãos têm de impor sanções aos governantes, reconduzindo ao cargo os que exerceram bem os seus mandatos e destituindo os que não o fizeram. O exercício da *accountability*, segundo o autor, se dá pelo controle mútuo entre os poderes, mas, sobretudo, por meio da prestação de contas que os representantes devem à sociedade e submetendo-se periodicamente ao seu veredicto.

Schedler²¹⁵ afirma que os pensadores políticos têm se preocupado em saber como manter o poder sob controle, como domesticá-lo, como evitar abusos, como submetê-lo a determinados procedimentos e regras de conduta. Para o autor, *accountability* é tema recorrente porque expressa a preocupação constante com a vigilância em relação ao exercício do poder e as consequentes restrições institucionais sobre o seu exercício.

Em geral, a *accountability* se realiza no processo eleitoral, com o cidadão exercendo o seu poder de eleger seus governantes e representantes. Ao mesmo tempo que se realiza no dia a dia da atuação dos agentes e das organizações públicas. Ocorre não só a partir das diferentes instâncias de controle no interior da estrutura do Estado, mas também pelo controle exercido pela imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil e pelos próprios cidadãos, cujas ações, de alguma forma, resultam em algum tipo de sanção aos governantes. Esses dois planos de ação da *accountability* foram originalmente propostos por O'Donnell em sua clássica divisão em *accountability* vertical e horizontal.²¹⁶

Na democracia contemporânea passa a se entender que as atividades dos governantes devem se guiar tanto pelos limites legais quanto pelos limites dos interesses democráticos e sociais. Já não é suficiente que os governos respondam exclusivamente aos corpos de representação popular, mas também aos próprios cidadãos.

Um governo democrático será um governo
accountable

²¹³ (CLAD, 2000, p. 329 – tradução do autor)

²¹⁴ Miguel, L. F. Impasses da *Accountability*: Dilemas e Alternativas da Representação Política. *Revista de Sociologia e Política*, (25), 2005, p. 25-38.

²¹⁵ SCHEDLER, Andréas “*Conceptualizing accountability*” In: Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (eds.) *The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies*. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers, 1999.

²¹⁶ A *accountability* deve enquadrar tanto a *accountability* vertical, isto é, a perspectiva política do uso do poder delegado e do cumprimento das promessas dos representantes eleitos, quanto a *accountability* horizontal, ou seja, a perspectiva institucional do controle administrativo da ação dos governantes e da consequente prestação de contas, e a sua sujeição às sanções (O'DONNELL, 1998; ABRÚCIO e LOUREIRO, 2004).

Como nos ensina Carneiro, o grau de governança democrática de um Estado depende, diretamente, do *quantum* de *accountability* existente na sociedade, ou seja, do escopo e abrangência do controle público sobre a ação governamental.²¹⁷ A ampliação do espaço público e a legitimidade política colocam o tema da *accountability* no centro da discussão da democracia contemporânea. Os mecanismos de *accountability* vertical, tal como eleições, ou horizontais de controle mútuo da ação governamental, não são mais suficientes, tornando-se necessário para a prática da boa governança, a vigência de mecanismo de *accountability* societal, que amplie o “*escopo do controle público sobre a ação governamental dê concretude aos princípios básicos da regra democrática e da legitimidade política*”²¹⁸.

De acordo com Bresser Pereira, *accountability*, ou responsabilização pode operar por cinco formas distintas:

- a) *responsabilização por controles clássicos* – a responsabilização por meio de controle clássico se baseia na observância das regras procedimentais do direito administrativo. Nesse âmbito o controle é exercido pelo judiciário, tribunais de contas e Controladoria Geral da União;
- b) *responsabilização por controle parlamentar* – a responsabilização por controle parlamentar é aquela em que os gestores são controlados pelos políticos, que em princípio são a fonte originária principal das políticas públicas implementadas pelas agências governamentais;
- c) *responsabilização pela introdução da lógica dos resultados* – a responsabilização pela introdução da lógica de resultados se exerce por meio da avaliação de desempenho das organizações (com bases em metas e objetivos formulados) na execução das políticas públicas formuladas. Este modelo proporciona mais autonomia decisória aos gestores que passam a ser responsabilizados por resultados obtidos. Trata-se, portanto, de responsabilizar o Poder Público pelo desempenho das políticas, programas e projetos governamentais. Pode ser considerada, segundo Ceneviva, uma das maiores novidades em termos de *accountability* democrática;
- d) *responsabilização por meio de competição administrada* – a responsabilização por meio de competição administrada insere mecanismos de concorrência norteados por índices e metas contratualizadas entre o órgão governamental central e uma agência reguladora e os prestadores de serviços públicos, a partir dos quais os burocratas podem penalizar, recompensar ou buscar corrigir as falhas de mercado;

²¹⁷ Como o próprio Ceneviva afirma a principal discussão sobre *accountability* se refere à definição do escopo e abrangência do conceito. Afinal quais os mecanismos de controle dos governantes e da burocracia devem ser incluídos sob a rubrica de *accountability*?

²¹⁸ CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e accountability**: algumas notas introdutórias. In: Textos para discussão n. 13, Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2004. p.11.

e) *responsabilização por meio de controle social* – por fim a responsabilização por meio de controle social pode ser feita por cidadãos e organizações civis que controlam as ações dos agentes públicos na formulação e implantação das políticas públicas. Alguns autores denominam esse modelo de *accountability* societal²¹⁹.

Trata-se, portanto, de um conceito em permanente construção, cuja maior ou menor abrangência é discutida a partir das concepções democráticas vigentes e que buscam, a todo o momento, responder as seguintes indagações: Políticos e burocratas estão sujeitos ao processo de *accountability*? De que forma? Quais os mecanismos de controle atendem aos propósitos de *accountability*?

No contexto da gestão pública contemporânea a ideia de *accountability*²²⁰ suscita importantes reflexões sobre o grau de autonomia decisória dos governantes e burocratas face às demandas cada vez maiores pela participação social na formulação e implementação das políticas públicas. As diferentes abordagens de *accountability*, que se constata entre o modelo burocrático e os pós-burocráticos, revelam a complexidade do tema quando se pretende equacionar as demandas por controle com as de maior eficiência. Nesse sentido, pensar as bases das relações entre burocratas, políticos e cidadãos se torna um grande desafio, tanto em termos políticos quanto em termos jurídicos e de gestão.

A concepção inicial de *accountability* surge, assim, a partir da clássica distinção entre *política e administração*, quando se entende caber ao mundo político estabelecer os objetivos de governo e à administração executá-los, tornando-se os administradores essencialmente responsáveis pelos processos de implementação das políticas perante os líderes políticos.

Segundo essa dicotomia, o processo decisório e a priorização de políticas deveriam estar separados de sua implementação. Para tanto, foram adotados os princípios organizacionais da burocracia weberiana – especialização, racionalização, profissionalização, hierarquia e controle por regras.

O objetivo era, portanto, controlar a corrupção, proteger contra o favoritismo e o nepotismo que intervinham nas decisões administrativas sobre pessoal, suprimentos, finanças e prestação de serviço. O que favorecia um método claro, simples e direto de *accountability*, segundo o qual, as autoridades eleitas verificam o trabalho dos administradores e tomam as providências cabíveis caso seja verificado alguma irregularidade. A ideia de primazia da

²¹⁹ SMULOVITZ; PERUZZOTI, 2000; GRAU, 2000.

²²⁰ O termo *accountability* encontra-se entre os mais utilizados na literatura recente, sendo central para análise do tema da governança.

política associada a uma visão hierárquica, formal e jurídica da gestão pública, com ênfase na democracia representativa, faz surgir o modelo *top-down* de *accountability*.²²¹

No sistema de *democracia representativa*, entendia-se que a *administração de políticas públicas* devia ser controlada *hierarquicamente* pelos representantes *eleitos*

No âmbito do modelo burocrático, a *accountability* é hierárquica e concebida com base na distinção entre a decisão política, sob a responsabilidade dos líderes políticos eleitos, sobre quais e como determinadas políticas públicas serão implantadas, e a implementação e execução dessas políticas públicas, cuja responsabilidade é dos administradores públicos nomeados e permanentes. Segundo Wade *apud* Hill, esse modelo acaba consolidando o entendimento, de que o agir discricionário deve ser restringido ou condicionado pela lei, expresso nas seguintes máximas: (a) “*tudo deve ser feito de acordo com a lei*” (*rule of law*) – quando aplicada aos poderes governamentais significa que todos os atos que afetarem os direitos ou liberdades individuais devem se originar de alguma lei; (b) “*todo agir governamental deve se conduzir por regras e princípios que limitam o poder discricionário*”.

A relação da discricionariedade administrativa com os limites impostos pelo controle legal passa a se revelar complexa além de destacar potencial conflito, nos termos de Hill, entre *accountability to law* e *accountability to government*.

Dessa forma, se passa a indagar, por exemplo, sobre a extensão do controle legal sobre a discricionariedade administrativa. Afinal, até que ponto as restrições e prerrogativas (constitucionais/legais) podem condicionar as decisões/escolhas políticas? Podem os juízes questionar decisões políticas? A neutralidade da administração é real ou uma falácia? Quais os limites da discricionariedade administrativa?²²²

A discricionariedade constitui o cerne da discussão entre os juristas que se dedicam ao estudo da administração pública. Segundo Dallari, quando a lei confere ao agente público uma competência discricionária que, pela sua própria natureza pressupõe uma pluralidade de

²²¹ Nesse modelo a *accountability* se caracteriza por uma visão hierárquica, formal e jurídica da gestão pública. Essa visão se assenta no pressuposto de que os administradores não agem e não devem agir discricionariamente. Em vez disso, devem agir de forma absolutamente impessoal (ou seja, de forma completamente profissional e totalmente desvinculada de qualquer viés político ou ideológico) na implementação das leis, das regras e das normas estabelecidas pelo Legislativo e seus agentes eleitos, pelos seus órgãos e agências e pelos tribunais, buscando as melhores práticas administrativas.

²²² A questão central em torno da discussão sobre o modelo legalista *de accountability* se refere a discricionariedade administrativa e a fonte de eventuais limites. De um lado a preocupação em combater o exercício arbitrário do poder, por outro, a necessidade em se preservar a autonomia dos administradores públicos em suas escolhas políticas.

decisões e/ou comportamentos, os desvios de poder, isto é, os atos praticados com finalidade diversa daquela anunciada, são facilitados. E os desvios de poder, completa Dallari, para além do vício jurídico, agregam o vício ético, a intenção de enganar, pelo que são violados, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade.²²³

Se, por um lado, a ideia de legalidade (tão prestigiada no governo representativo e no modelo *top down de accountability*) assegura **a probidade** na gestão pública, por outro, se revela incapaz de assegurar bom desempenho dos gestores públicos face às demandas (legítimas) cada vez maiores dos cidadãos. Segundo Rocha, a falta de previsão de mecanismos de controle dos resultados obtidos na implementação das políticas públicas leva ao reconhecimento do *deficit de accountability* institucional do modelo burocrático.²²⁴

Nesse sentido, os modelos de gestão pós-burocráticos parecem convergir quanto à necessidade de se fortalecer a capacidade institucional do Estado na concretização do interesse, ao mesmo tempo, que permanecem às voltas com o desafio de superar antigos dilemas envolvendo a discricionariedade administrativa e a neutralidade da burocracia.

Do ponto de vista da governança moderna, o desempenho/eficiência governamental passa a ser condição básica para a reconstrução do Estado contemporâneo. Aliás, um dos grandes problemas, em termos de *accountability*, apontado por Da Silva²²⁵, se refere à possibilidade de conflito entre democracia e burocracia, fruto do grau de autonomia decisória dos especialistas burocratas no processo de formulação e implementação de políticas públicas. De acordo com o autor, os burocratas, na medida em que monopolizam grande parte da informação disponível sobre os problemas das políticas públicas em curso, assim como a maior parte do saber técnico necessário para desenhar alternativas, passaram a ter influência preeminente sobre a evolução da agenda de decisões.

A relação entre políticos e burocratas e os recursos de poder utilizados pela burocracia podem alterar o objetivo visado na formulação e implantação de uma política pública. O burocrata é um ator relevante tornando-se o elo entre os formuladores de política e os cidadãos. À medida que o processo de políticas públicas se torna cada vez mais complexo, o papel da burocracia vai se tornando mais próximo dos cidadãos, e sua politização aumenta.

²²³Dallari, A. A. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). (7), 1-14. In: <http://www.direito.do.estado.com.br>. Acesso em dez., 2014.

²²⁴ “O que se argumenta aqui é que a noção de *accountability* horizontal, embora necessária para o tema da governança democrática, é insuficiente para garantir a legitimidade necessária para o exercício da democracia. O conceito de soberania popular implícito na concepção da democracia exige uma base de legitimidade que vai além da existência de mecanismos de checks and balances entre os órgãos do governo e também dos tradicionais mecanismos de controle através das eleições”

²²⁵ Da Silva, Celso Fraga. **Accountability e o controle social**. 8º Congresso Nacional da Administração Pública, 2011, 145.

Sobre o papel da burocracia no andamento do processo de políticas públicas comenta Da Silva:

(...) A burocracia como agente do processo decisório é capaz de impor obstáculos a implantação de uma “policy” através de processos de ação e não-ação. Estas atitudes se caracterizam como um recurso de poder dos burocratas. A discricionariedade ou o excessivo apego aos atos administrativos vinculados – a ação pautada pelo fiel cumprimento das leis, resoluções, portarias e normas podem mudar o rumo da formulação política ou retardá-la. **O grande problema do excesso de discricionariedade é a exclusão dos políticos das “policies”.** Por não serem eleitos pelo voto da sociedade e não possuem um mandato de tempo determinado, **os burocratas não possuem legitimidade em sua ação, pois os mesmos não estão sobre ao raio do controle democrático.** Neste caso os burocratas assumem um mandato em causa própria. **Uma provável solução deste problema seria os políticos incorporarem a sociedade civil nos processos participativos de gestão pública,** que tem como função agir conjuntamente com o aparato estatal na elaboração e gestão de políticas públicas.²²⁶

O modelo da Nova Gestão Pública (NGP), no intuito de romper com as deficiências do modelo burocrático prestigia a ideia de controle de resultados das ações governamentais, passando os controles externos a se reger por padrões de desempenho e resultados ao invés das regras e procedimentos. Para os defensores desse modelo a implementação de qualquer política pública sempre irá exigir do administrador decisões políticas e, portanto, poder discricionário. Aliás, como bem destaca Rocha²²⁷, a NGP pressupõe um alto grau de discricionariedade na ação dos agentes públicos (não eleitos e permanentes) uma vez que sua concepção de *accountability* parte da premissa de que a implementação de qualquer política pública exige do administrador um alto grau de discricionariedade. E essa é necessária para que ele possa atingir os resultados desejados.

Constata-se, dessa forma, um evidente conflito a permear o modelo, e que se refere à necessidade de se conciliar a busca por maior discricionariedade com a busca por *accountability* democrática. A sua concepção teórica apresenta *deficit de accountability*, segundo Rocha²²⁸, quer **social**, em relação ao poder discricionário dos agentes públicos não eleitos, como **institucional**, em relação à conformidade da ação desses mesmos agentes em relação às leis e regulamentos.

Denhardt e Denhardt, por sua vez, ao defenderem a proposta de um Novo Serviço Público (NSP), chamam a atenção para o fato de que o foco nos resultados, por si só, não satisfaz a necessidade da *accountability* por normas e valores democráticos. Nesse sentido,

²²⁶ Da Silva, Celso Fraga. *Accountability e o controle social*. 8º Congresso Nacional da Administração Pública, 2011, p. 145.

²²⁷ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens*. In: Contabilidade, Gestão e Governança. v. 14, n.2, mai/ago 2011, Brasília, p. 90.

²²⁸ ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens*. In: Contabilidade, Gestão e Governança. v. 14, n-2, mai/ago 2011, Brasília, p.91.

destacam o papel dos princípios legais, constitucionais e democráticos como peça central para a ação administrativa responsável, sendo o seu objetivo final assegurar a capacidade de resposta (responsividade) do governo às preferências e necessidades dos cidadãos.

Os princípios legais, constitucionais e democráticos são a peça central para a ação administrativa responsável.

Para os defensores do Novo Serviço Público a ênfase da *accountability* não pode estar nem nos controles de processo e nem nos de resultados mas sim nos valores democráticos. Sob essa perspectiva sobressaem questões relativas à responsividade, ao desempenho responsável, à defesa do interesse público e à ação comprometida com os princípios democráticos.

Uma crítica que subjaz ao modelo, no entanto, se refere à falta de definição dos mecanismos pelos quais os agentes públicos não eleitos serão *accountable* para a sociedade em relação às decisões políticas que venham a tomar. Ou seja, não se consegue responder à questão de como e para quem o servidor será *accountable* em relação ao seu dever e como se dará esse processo.

Cada modelo de gestão apresentou seu *deficit* de *accountability* sinalizando as lacunas e eventuais falhas que enfraquecem o processo de *accountability* e ao mesmo tempo desafiam a construção de um modelo mais complexo de *accountability*.

A complexa realidade imposta pela governança contemporânea desafia o sistema representativo de governo e impõe a busca por novas formas de *accountability*. Nesse sentido, a adoção de mecanismos de controle por meio da participação social surge como alternativa ao aprimoramento da capacidade estatal de produção e gestão das políticas públicas. Para Barzelay²²⁹ o controle via participação social permite aos cidadãos assumirem o papel de protagonistas das políticas públicas na medida em que o êxito das mesmas passará a depender de um ajuste mútuo e contínuo da relação entre os usuários e a burocracia. Esse aumento das oportunidades de participação, segundo informe Banco Mundial²³⁰ tem como efeito o aprimoramento da capacidade estatal de elaborar políticas por três razões:

1. quando o cidadão pode expressar suas preferências publicamente, o Estado ganha parte da credibilidade de que necessita para governar bem;

²²⁹ Barzelay, M. (2002). Instituições Centrais de Auditoria e Auditoria de Desempenho: Uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. In: **O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa**, (1), 25-72. Brasília: TCU.

²³⁰ Relatório “O Estado em transformação”, Banco Mundial, 1997, p. 121

2. como para a maioria dos bens e serviços públicos não há mecanismos de mercado, a voz popular pode reduzir os problemas de informação e diminuir os custos de transação;
3. as autoridades estatais, por maior que seja sua dedicação e seu espírito público, não podem prever todos os bens e serviços públicos que os cidadãos desejam.

O controle social sobre a administração pública promove, segundo Barzelay, a *reconciliação entre a burocracia e os cidadãos*

O controle social, além de promover a democratização nas relações entre Estado e sociedade, favorece a ampliação do espaço público de modo que os governantes respondam de maneira mais efetiva às demandas e aspirações dos cidadãos.

Além da ampliação do espaço público, Carneiro destaca como importante contribuição do controle social o fortalecimento da consciência republicana e do capital social, de modo a evitar, por exemplo, que as reformas empreendidas nos aparatos estatais concentrem-se exclusivamente em reformas gerenciais, unicamente comprometidas com a eficiência econômica e administrativa do setor público.

A participação social está no centro da discussão da governança contemporânea, na medida em que possibilita uma reaproximação do Estado com a sociedade. Na verdade, a Administração Pública moderna é uma rede de ligações verticais e horizontais entre organizações de todo o tipo: públicas, privadas lucrativas e sem fins lucrativos e voluntárias. Os cidadãos participam nessas organizações de muitas formas, em vários pontos e em momentos diferentes. O sucesso da responsabilização por meio da participação social, no entanto, depende das seguintes condições:

- a) *articulação com as instituições da democracia representativa*²³¹ – nesse sentido é importante pensar em arranjos institucionais que favoreçam o fortalecimento mútuo das instâncias de participação e representação, evitando uma contraposição

²³¹ Boaventura de Souza SANTOS apresenta soluções para o que denomina *problema democrático*: a (necessária) compatibilização em um determinado país da democracia representativa com a democracia participativa. A primeira solução é a que admite a *coexistência* entre as duas espécies democráticas: a democracia representativa em nível nacional, convivendo com a democracia participativa em nível local. A segunda solução seria a *complementaridade*, que expressaria uma articulação mais intensa entre as duas espécies de democracia. Aqui pressupõe-se que o governo reconheça ser possível a substituição de parte do processo de representação e deliberação típicos da democracia representativa por mecanismos e procedimentos típicos da democracia participativa (v.g. formas públicas de monitoramento, processos de deliberação pública) detidas pelos governantes”. OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Administração Pública Democrática e a efetivação dos direitos fundamentais**. In: www.publica.direito.com.br/manaus/arquivos/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf. Consultado em 5/12/2014.

desnecessária. De acordo com APPIO²³², o grau de sucesso de uma política pública está na combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição, os direitos fundamentais. Para ele, a combinação dos sistemas de democracia representativa e participativa permite uma ampliação de debate acerca da legitimidade das políticas públicas, especialmente quando seu conteúdo envolve as gerações presentes e futuras. A democracia representativa e participativa devem atuar de forma complementar. O déficit democrático deste sistema pode ser compensado por uma atuação dos mecanismos de participação popular, com especial ênfase nos mecanismos de descentralização administrativa, como por exemplo, os conselhos deliberativos no âmbito dos Estados e Municípios;

- b) *fortalecimento das capacidades institucionais do Estado* – para Ceneviva a adoção de mecanismos de controle social só pode ter algum efeito positivo sobre a qualidade das políticas públicas se o aparato estatal for dotado de servidores públicos capacitados, motivados e treinados para assegurarem a equidade na distribuição de recursos, sob pena de reforçar o poder de grupos mais organizados e com mais recursos e capacidade de vocalização;
- c) *redesenho organizacional do Estado* – faz-se necessário criar ou fortalecer canais e arenas que deem espaço para a participação e vocalização das preferências dos cidadãos e as incentivem;
- d) *visibilidade das ações do Poder Público* – é preciso garantir a produção e a difusão de informações, para que a *accountability* social tenha êxito. Sem publicização não há possibilidade de efetivar essa forma de controle;
- e) *necessidade de superar a “privatização da sociabilidade”* – reforçando valores democráticos e republicanos que motivem os cidadãos a atuarem mais ativamente na vida e nos espaços públicos;
- f) *o impacto das desigualdades socioeconômicas nos processos de participação* – nesse sentido cabe salientar a afirmação de Przeworski, sobre os limites colocados pela desigualdade socioeconômica para a efetivação das reformas do estado e do princípio básico da igualdade política, apesar mesmo da existência de mecanismos de *accountability*, verticais ou horizontais. (Pzeworski, 1998).

Segundo Canotilho²³³, a *democratização da administração* manifesta-se da seguinte maneira: (i) substituição das estruturas hierárquico autoritárias por formas de deliberação colegial; (ii) introdução do voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de

²³²APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2004, p. 167.

²³³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimp., 1992. p. 433. O tema da democracia administrativa suscita a preocupação com o reforço das garantias de determinados direitos fundamentais, pela via da participação dos cidadãos nas organizações e nos procedimentos. Nas palavras de José Joaquim Gomes CANOTILHO, “certos direitos fundamentais adquiriam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão” (Ibid., p. 558.). Para o autor, “as condições reais em que se desenvolve a eficácia de um direito fundamental apontam para a necessidade de a lei criar estruturas organizatórias funcionalmente efectivantes desse direito” (Ibid., p.652.)

direção individual; (iii) participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração; (iv) transparência ou publicidade do processo administrativo; e (v) gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da Administração pública.

Sob a perspectiva do *déficit* institucional e das dificuldades impostas pela governança moderna, a participação popular passa a ser vista como principal meio de resgate da legitimidade política do Estado Contemporâneo.

Na concepção do modelo do Novo Serviço Público o estado é tão mais eficiente quanto mais democrática for a sua administração. Ou seja, os governos que asseguram a participação dos cidadãos no processo de formulação e implementação de políticas públicas se tornam mais eficientes na medida em que essas políticas alcançam maior sustentabilidade política e legitimidade. Por sua vez, as estratégias governamentais para uma governança eficiente tornam o Estado mais permeável à influência da sociedade, seja através da participação direta, seja pela representação.

3.2.1 As transformações da gestão pública contemporânea e seus impactos sobre as políticas públicas: breves reflexões

A democracia tem um método próprio para a definição de políticas públicas. As decisões resultam de uma adaptação negociada de interesses, de acordo com normas transparentes definidas no espaço público... As políticas não refletem a suposta onisciência de tecnocratas esclarecidos, mas representam a deputação de interesses legítimos, um concerto de vontades, entre elas a do próprio governo

Fernando Henrique Cardoso

Uma boa governança²³⁴ significa para a gestão pública atual o desafio de encarar antigas realidades sob uma ótica diferente. No que se refere à capacidade de gestão, por exemplo, os problemas de coordenação ganham destaque, e com eles, a necessidade de se conceber mecanismos que favoreçam uma atuação mais flexível, dialógica e colaborativa, contrapondo-se, assim, a ideia de rigidez, hierarquia e de supremacia, típicos do modelo burocrático. Os mecanismos de controle, por sua vez, buscam assegurar a eficiência e efetividade dos resultados além do respeito aos valores democráticos.

À Gestão Pública contemporânea cabe a difícil tarefa de pensar e propor novos arranjos institucionais a conformar novas práticas de gestão e de governo – mais adequadas à

²³⁴ Para a concepção aqui desenvolvida boa governança pressupõe o equilíbrio entre a capacidade de gestão e controle.

estrutura da governança moderna – de forma a conciliar a ideia de democracia com a de eficiência. O que significa, por um lado, propor a criação de mecanismos institucionais que favoreçam a inclusão da sociedade civil no processo decisório, seu envolvimento na implementação e no controle das políticas públicas, garantindo a democratização, transparência e *accountability* à ação estatal; por outro, propor mudanças em instituições e práticas, que garantam eficiência à ação estatal, via agilização de procedimentos, combate à corrupção (e transparência), capacitação da burocracia (face às novas habilidades que lhe são exigidas), incorporação de novas tecnologias, dentre outras medidas.

Novos temas emergem para a gestão pública impondo-se a revisão da tradicional estrutura organizativa do Estado, tais como: a criação de mecanismos institucionais de participação da sociedade civil (conselhos, orçamento participativo, audiência pública); parcerias público-privadas; *abordagem integral e articulação intersetorial*²³⁵; colaboração intergovernamental “horizontal”: os consórcios intermunicipais; gestão em redes^{236 237}, por exemplo. As recentes transformações pelas quais vem passando a gestão pública repercutem de diversas maneiras sobre a elaboração, implementação e os resultados das políticas públicas. Os modelos de gestão impactam as políticas públicas.

No contexto da reforma *gerencialista*, por exemplo, prestigia-se a ideia de descentralização que, no âmbito do processo de implementação das políticas públicas,

²³⁵ A *abordagem integral e articulação intersetorial*, a inclusão de novos atores no processo de formulação e implementação de políticas públicas têm significado também a ruptura do modelo baseado na centralização de decisões em uma única agência estatal e na atuação setorial, pelo envolvimento de múltiplas instituições estatais, de diferentes níveis de governo, na promoção de programas e políticas. Uma primeira inovação nesse sentido de colaboração interna ao próprio governo consiste na promoção de ações integradas, uma política pública focalizando uma única comunidade. Isso ocorre pela incorporação de uma abordagem setorial, assim como pela colaboração de diferentes agências estatais de um mesmo setor. JACOBI, Pedro e PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local: novos desafios, novos patamares. Rio de Janeiro, FGV, 2006, pág. 69.

²³⁶ “O termo “rede” tem sido utilizado em diferentes disciplinas como, por exemplo, a psicologia social, onde indica o universo relacional de um indivíduo. Para alguns autores as redes são vistas como novas formas de organização social, do Estado ou da sociedade, intensivas em tecnologia da informação e baseadas na cooperação entre unidades dotadas de autonomia. Castells (1998) chega a formular a proposta de um estado-rede, para designar o formato atual das políticas públicas, cuja estrutura e funcionamento administrativo assumem as características de *subsidiariedade, flexibilidade, coordenação, participação cidadã, transparência, modernização tecnológica, profissionalização dos atores e retroalimentação e aprendizagem constantes*. As principais características das redes de políticas são a horizontalidade e a interdependência entre os múltiplos nódulos ou participantes, o que as distingue de outros formatos de gestão de políticas, como a contratação e as parcerias. Neste sentido, as redes têm sido vistas como a solução adequada para administrar políticas e projetos em que os recursos são escassos, os problemas são complexos, existem múltiplos atores envolvidos, interação agentes públicos e privados, centrais e locais, e há uma crescente demanda por benefícios e por participação cidadã.” Rua, Maria das Graças. Políticas Públicas. Universidade Federal de Santa Catarina, 2009, p.53-54.

²³⁷ A gestão de redes implica na gestão de interdependências levando à aproximação dos processos de formulação e implementação de políticas e ao desenvolvimento de formas de coordenação e controle. As principais características das redes de políticas são a *horizontalidade* e a *interdependência* entre os múltiplos nódulos ou participantes, o que as distingue de outros formatos de gestão de políticas, como a contratação e as parcerias. A criação e a manutenção da estrutura de redes impõem desafios administrativos fundamentais, vinculados aos processos de negociação e geração de consensos, ao estabelecimento de regras de atuação, à distribuição de recursos e interação, à construção de mecanismos e processos coletivos de decisão, ao estabelecimento de prioridades e acompanhamento. Na gestão das redes o foco está colocado nos *processos de interação entre os diferentes atores e os meios* pelos quais esses processos podem ser estimulados, mantidos ou mudados, quando necessário.

significa conferir maior autonomia decisória àqueles que estão perto dos cidadãos e de suas necessidades.

Nos termos de Araújo²³⁸, ao priorizar a eficiência e a melhoria nos resultados, a Nova Gestão Pública – modelo gerencial – separou a responsabilidade pelo desenvolvimento das políticas, da responsabilidade pela implementação das mesmas, transferindo maior autonomia para os responsáveis pela gestão. Assim, foram criados serviços autônomos ou quase-autônomos conferindo aos gestores grande liberdade de decidir sobre o funcionamento dos serviços. Surge, assim, um novo tipo de controle em substituição ao modelo tradicional representando “*a transição entre uma estrutura de comando e um largo mercado*”. Os grandes departamentos são divididos em pequenos centros de formulação de políticas e as atividades operacionais transferidas para um conjunto de serviços satélites responsáveis por implementar as políticas.

A implementação de políticas públicas com o recurso ao mercado impõe ao governo o dever de assegurar que seus mecanismos (privados) funcionem efetiva e regularmente. Nesse sentido, a implementação das políticas públicas ao incorporar mecanismos da gestão privada se contratualiza. O modelo hierárquico é substituído por um *modelo gerencialista* que passa a se pautar pela adoção de contratos e parcerias (mecanismos típicos de mercado).

A fragmentação da Administração Pública que se observa no âmbito da Nova Gestão Pública acarreta a desarticulação das políticas públicas exigindo a procura de mecanismos de coordenação e de integração. Aumenta-se a interdependência organizacional tornando-se, assim, difícil orientar os serviços.

Face à tendência para a crescente interdependência funcional entre atores públicos e privados na consecução de uma política, para alguns autores, somente a gestão por meio das redes de políticas pode garantir a mobilização dos recursos dispersos e dar uma resposta eficaz aos problemas de políticas públicas.

Castells *apud* Fleury²³⁹ chega a formular a proposta de um estado-rede, para designar o formato atual das políticas públicas, cuja estrutura e funcionamento administrativo assumem as características de subsidiariedade, flexibilidade, coordenação, participação cidadã, transparência, modernização tecnológica, profissionalização dos atores e retroalimentação e aprendizagem constantes.

²³⁸ ARAUJO, Joaquim Felipe Ferraz Esteves de. **Avaliação da Gestão Pública:** Administração Pública Pós Burocrática.

²³⁹ FLEURY, Sonia. Redes de políticas: novos desafios para a gestão pública In: Revista Administração em Diálogo, São Paulo, no 7, 2005, pp. 79.

Mais do que uma categoria analítica, as redes passam a ser vistas como o resultado da mudança na estrutura política da sociedade e, conseqüentemente, como novas formas de organização social em resposta aos problemas políticos de coordenação ou de mediação social.

A coordenação torna-se mais complexa vindo a exigir, muitas vezes, a *reconciliação de conflitos* entre agências com posições discordantes, além de dificultar a responsabilidade para determinadas questões e enfatizar a necessidade do governo em reforçar o controle central. Problemas de coordenação podem afetar de forma significativa os resultados de uma política pública. Farah²⁴⁰ destaca, inclusive, que a inexistência de coordenação tem sido apontada frequentemente no Brasil como um obstáculo à eficiência e à efetividade das políticas públicas e como um resultado de práticas de gestão pública marcadas pelo clientelismo. Um sistema de governança eficaz desponta, dessa forma, como uma resposta ao desafio de se alcançar maior efetividade e eficiência nas políticas públicas.

A coordenação nas políticas significa fazer com que os diversos sistemas institucionais que formulam políticas trabalhem juntos de forma congruente. Alguns problemas, no entanto, podem dificultar a coordenação de uma rede de política pública, isto é, a necessidade de fazer com que as pessoas de diferentes instituições trabalhem de forma articulada, como também, a necessidade de promover o contínuo alinhamento de incentivos, culturas e estruturas, de modo a se produzir uma integração maior das instituições.²⁴¹

Coordenação e coerência de políticas são valores importantes a serem aspirados no processo de governança. Uma coordenação fraca ou a sua ausência poderá resultar na piora da qualidade dos serviços prestados pelo governo.

O modelo gerencialista ao enfatizar a descentralização e autonomia decisória dos gestores públicos torna necessária a busca por novas formas de controle e avaliação das políticas públicas

Aráujo critica os defensores do gerencialismo por desconsiderarem os efeitos que a sua implantação gera sobre o processo de elaboração e gestão das políticas públicas. Outra crítica que se faz ao modelo se refere à natureza dúbia e contraditória quanto à construção e ao fortalecimento de instituições mais abertas à participação social pelo poder público, visto

²⁴⁰ FARAH, Marta Ferreira Santos. **Temas emergentes em gestão e políticas públicas**: tendências gerais. In: Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, v. 11, n. 48 - Jan/Junho2006, p. 58.

²⁴¹ GAETANI, F. **As políticas de gestão pública e os desafios da coordenação**. In: OLIVEIRA, F. B. Política de gestão pública integrada. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 38-46.

que esse tende a priorizar as dimensões estruturais para a adoção de uma gestão nos moldes empresariais em detrimento de formas mais efetivas de diálogo e interação com a sociedade civil na produção de políticas públicas.

Após o predomínio da lógica gerencialista nas últimas décadas a ênfase na eficiência cede espaço para a governança, adaptação, colaboração, democracia e a compreensão do impacto das políticas na sociedade.

No contexto pós-burocrático destaca-se, mais recentemente, a transição para o paradigma do Novo Serviço Público que passa a propor o resgate dos valores democráticos na gestão pública mediante ampla participação dos cidadãos na elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas.

Assim, o NSP procura assegurar que a Administração seja aberta, acessível e que funcione para servir aos cidadãos e criar oportunidades para a cidadania. O debate sobre a dimensão política da cidadania e o seu alcance passa a ser o centro das discussões do Estado contemporâneo. Uma nova relação se configura entre Estado e seus cidadãos, na qual esses saem fortalecidos (*empoderamento*) com o surgimento de novas formas de exercício da cidadania. O envolvimento dos cidadãos no processo de políticas públicas, no entanto, se revela um processo complexo e desafiador para a gestão pública contemporânea. Em primeiro lugar, é necessário que os cidadãos percebam os benefícios que podem advir da sua participação. Em segundo lugar é necessário que existam incentivos e que sejam reduzidas as barreiras à sua participação.

No Brasil, a partir dos anos 80, mecanismos participativos passam a ser assegurados por meio da criação de conselhos, fóruns, orçamento participativo, consultas e audiências públicas. Dessa forma, urge pensar em mecanismos que, ao mesmo tempo, incentivem o envolvimento maior dos cidadãos no processo decisório público e capacitem dirigentes e burocratas a desempenharem suas novas atribuições.²⁴²

²⁴² “Independentemente do modelo de administração vigente nos diferentes períodos da história administrativa constata-se que a dicotomia entre política e administração esteve sempre presente no âmbito do debate acerca das configurações político-administrativas. O modelo da Governança e do New Public Service, no entanto, parece retirar importância a esta dicotomia uma vez que coloca no centro da construção e implementação das políticas públicas o cidadão e a sociedade civil. Pelo facto do modelo privilegiar uma participação activa da comunidade de interessados no processo de tomada de decisão pública, o papel dos dirigentes públicos altera-se substancialmente passando a ter um perfil distinto de tarefas e competências que devem assegurar uma participação pública informada, consensual, transparente, isenta, representativa e neutral”. FERRAZ, David Alexandre Correia e RODRIGUES, Miguel Nuno. Política e administração: da legitimidade democrática à concepção e operacionalização técnica das políticas públicas. In: XV Congresso Internacional do CLAD sobre a Reforma do Estado e da Administração Pública Santo Domingo, República Dominicana, 9 a 12 de Novembro de 2010.

As propostas envolvendo modelo pós-burocrático da Administração Pública alteram o processo de construção de políticas públicas e suscitam importantes questões de governança. Inicia-se uma nova era para as políticas públicas em que a abordagem jurídico formal tende a ser substituída pela racionalidade gestonária e pelos princípios da governança.

A boa governança em políticas públicas dependerá justamente da caracterização do ambiente de ação que envolve o ciclo de políticas públicas e do modo pelo qual, e em benefício de quem, esse ciclo é operacionalizado.

Um dos possíveis enfoques para essa qualificação da governança consiste na observância de princípios clássicos de boa governança. Por esse ângulo, uma das referências usualmente utilizadas, especialmente no contexto do processo decisório, é rol de oito princípios (ou características) de boa governança preconizado pela Unescap – *United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific* – assim constituído: participação, orientação a consensos, *accountability*, transparência, responsividade, eficiência e efetividade, estado de direito, equidade e inclusão.

Governança em políticas públicas se refere aos arranjos institucionais que condicionam a forma pela qual as políticas são formuladas, implementadas e avaliadas, em benefício da sociedade.²⁴³ O que significa dizer que a qualidade do processo decisório (legitimidade) torna-se mais importante que a observância e o cumprimento das formalidades.

Para Stoker²⁴⁴, o valor da governança está justamente em oferecer um modelo de sistema organizativo que permite entender os processos de mudança em governar e, conseqüentemente, elaborar uma nova linguagem e marco referencial sobre a sociedade, o Estado e suas relações. Para o autor a “capacidade para atingir resultados não está mais ao alcance do governo por meio do simples uso de seu comando ou de sua autoridade, mas reside na habilidade de utilizar novas ferramentas e técnicas para conduzir e guiar”. O papel do governo na governança não é mais o de apenas decidir, mas sim de coordenar, integrar e regular. *O Estado intervencionista é substituído pelo Estado regulador.*

Os governos passam a se utilizar de contratos, parcerias, co-produção, co-financiamento e outros arranjos inovadores de forma a encontrar novas formas de promover suas políticas. Tal busca por propostas modernizantes na “gestão das políticas públicas” deve, no entanto, levar em consideração *antigas e complexas* questões, tais como:

²⁴³Os arranjos institucionais dizem respeito, entre outros aspectos, a estruturas, processos, mecanismos, princípios, regras, normas que influenciam a governança em política pública. Os arranjos podem ser formais ou informais, e devem ser considerados sempre que tiverem influência na política.

²⁴⁴ STOKER, Gerry (1998). *Governance as theory*: five propositions. *International Social Science Journal*, v. 50. Issue, 155 1998, p. 17-28.

- a) de discussões parlamentares sobre a formulação de políticas quando os regulamentos são planejados; e a construção de apoio político para o cumprimento das exigências *A dicotomia entre a administração e política* – que se relativiza à medida que o papel do burocrata cresce de importância e se torna mais próximo do cidadão no processo de implementação das políticas. Como bem destaca Bryner, a implementação frequentemente é um procedimento complicado e longo, que inclui: a interpretação da intenção legislativa; o equilíbrio entre prioridades estatutárias e executivas; a criação de estruturas e processos administrativos; a revisão reguladoras. Exigindo-se, muitas vezes, daqueles que implementam as leis que façam escolhas de natureza política.²⁴⁵
- b) *O grau de discricionariedade administrativa* dos gestores públicos é algo sempre em discussão. Por um lado, a busca por maior flexibilidade e autonomia dos gestores – “*let the managers manage*”, por outro, o surgimento de novas formas de responsabilização (*accountability* societal);
- c) *A clássica distinção entre público e privado* – cujos contornos se tornam menos definidos com a aproximação do Poder Público com os agentes privados e entidades do terceiro setor. Um aspecto ainda pouco explorado se refere à participação de atores não-governamentais na produção de políticas públicas.
- d) *As contradições a serem superadas entre valores como eficiência e democracia* – Como se sabe o setor administrativo público tem se tornado alvo de crescente clamor por participação dos cidadãos na tomada de decisões governamentais, desde a sua escolha, seguida da implementação e necessário controle, até alcançar seus resultados. Se, por um lado, a democratização da gestão pública é uma forma de fortalecer o cidadão na sua relação com o Estado, por outro lado, suscita algumas reflexões acerca de eventuais impactos sobre a eficiência do processo. Como adverte Gurgel, o incentivo às formas de participação às vezes não consegue colocar limites nos processos – seja de conteúdo, de forma, ou ainda, do alcance ou de tempo, ou mesmo no comportamento do cidadão em face da autoridade e de outros cidadãos -. É preciso, portanto, pensar no tipo e grau de participação. Em outras palavras, a *regra do jogo*. Segundo o autor, a ausência de regras do jogo previamente definidas, ou sua definição no transcorrer do jogo, trazem, de fato, sérios problemas porque não se estabelecem os limites. Ou são estabelecidos ao sabor do caso, quando os problemas começam a se revelar, no andamento do processo. Sem esses limites há, de fato, riscos significativos para a governabilidade, na medida em que a participação, ao contrário de se integrar ao processo decisório público, se transforma em fator de conflito destrutivo.²⁴⁶

A busca pela melhoria no desempenho do Estado contemporâneo envolve uma série de desafios, dentre eles a revisão de antigos paradigmas, uma vez que se está às voltas não

²⁴⁵ BRYNER, Gary C. Organizações públicas e políticas públicas. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. Administração Pública : coletânea , ENAP, 2010, p. 315

²⁴⁶ GESTÃO DEMOCRÁTICA – Fundamentos e Instrumentos. In: Revista Gestão Pública. Belém: Escola de Governo do Estado do Pará, ano 1, nº 2, jun.2008.

apenas com o reaparelhamento do Estado, mas com a própria reestruturação de suas instituições.

Uma abordagem interdisciplinar é fundamental para se entender a natureza e a dimensão das questões que hoje afetam o êxito das políticas públicas. Os problemas em termos de governança do processo de políticas públicas, por exemplo, traduzem a busca pelo fortalecimento da capacidade de gestão do Estado como forma de resgatar sua legitimidade política (dimensão política). As propostas de novos modelos de gestão sob o paradigma pós-burocrático (dimensão administrativa) buscam equacionar a necessidade de contornar os problemas de natureza fiscal (eficiência) com a preservação dos valores democráticos. (dimensão administrativa e econômica)

Uma concepção mais ampla sobre democracia se apresenta e passa a desafiar os tradicionais paradigmas que serviram como alicerces à ação estatal. Segundo Silva, nesse contexto, a democracia impõe-se como postulada do constitucionalismo contemporâneo, ultrapassando o conceito de legalidade, para alcançar o da legitimidade, passando-se a atribuir às constituições, efetivamente a função de constituir ao invés de declarar direitos (natureza jurídica).

Em meio a tais reflexões se destaca a oportunidade da presente tese quando se propõe investigar as possíveis contribuições que o Direito contemporâneo pode oferecer ao processo de políticas públicas. Principalmente quando se vislumbra na elasticidade e força vinculante (e também argumentativa) dos princípios constitucionais a fonte do equilíbrio entre a capacidade do Estado em colocar em prática o interesse público e o poder dos cidadãos de cobrar responsabilidade das autoridades.²⁴⁷

Nunca é demais lembrar Weimer *apud* Lyn²⁴⁸ quando identifica no respeito aos valores constitucionais a fonte de emancipação da gestão pública contemporânea capaz de transformá-la numa *instituição de governança constitucional*.

²⁴⁷ A perspectiva institucional da gestão pública pode ser resumida assim: os arranjos do estado administrativo constituem uma estrutura apropriada para atingir o equilíbrio entre a necessidade de uma jurisdição por capacidade administrativa para perseguir propósitos públicos e o controle dessa capacidade pelo cidadão. (Lyn, 2010). Laurence Lyn Jr. Livro: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. Administração Pública: coletânea In: Gestão Pública, ENAP, 2010, p.43.

²⁴⁸ Laurence Lyn Jr. Livro: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. Administração Pública: coletânea In: Gestão Pública, ENAP, 2010, p.43.

CAPÍTULO III

O DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE

1 INTRODUÇÃO

Sem os punhos de ferro da modernidade, a pós-modernidade precisa de nervos de aço.

(Zygmunt Bauman)

O conceito de pós-modernidade²⁴⁹ é algo controverso. Teóricos e acadêmicos têm diferentes concepções sobre o termo. Para o crítico marxista norte-americano Frederic Jameson, a pós-modernidade é a “lógica cultural do capitalismo tardio”²⁵⁰.

De acordo com Jürgen Habermas, a pós-modernidade estaria relacionada a tendências políticas e culturais neoconservadoras, determinadas a combater os ideais iluministas e os de esquerda. Já o francês François Lyotard²⁵¹ prestigia a ideia de pós-modernidade como verdadeiro rompimento com as antigas verdades absolutas, como marxismo e liberalismo, típicas da modernidade.

Vive-se uma era marcada pelo “pós”: pós-industrial, pós-estruturalismo, pós-fordismo, pós-comunismo, pós-marxismo, pós-hierárquico, pós-liberalismo, pós-positivismo. O que leva o geógrafo Georges Benko a afirmar que o “pós” é incontornável, o fim do século XX se conjuga em “pós”. Mal-estar ou renovação das ciências, das artes, da filosofia estão em uso. Para alguns autores, o pós-moderno rompe com o moderno após a Segunda Guerra Mundial por meio de uma combinação de novo conhecimento científico e de novas capacidades tecnológicas. Surgindo, assim, a partir da desconstrução de princípios, conceitos e sistemas concebidos na modernidade, desfazendo todas as amarras da rigidez que foi imposta ao homem moderno. Com isso, os três valores supremos, o Fim, representado por Deus, a Unidade, simbolizada pelo conhecimento científico e a Verdade, passam a ser questionados ou, ao menos, relativizados na pós-modernidade.

A globalização, com a sua queda de fronteiras, fez emergir um novo tipo de sociedade, caracterizada, sobretudo, segundo Bauman, pelo *consumismo*. O enfraquecimento

²⁴⁹ Pós-modernidade, segundo a Filosofia, compreende-se a oposição ao movimento clássico (escolástica, por exemplo), na qual há a libertação da pessoa daqueles valores tradicionais da ignorância, engendrados por meio da racionalidade científica e pela ideia de progresso. JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 185.

²⁵⁰ JAMESON, Frederic. **Pós-Modernismo – A Lógica Cultural do Capitalismo Tardio**, São Paulo: Ática, 2002.

²⁵¹ LYOTARD, François, A condição pós-moderna. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

dos laços sociais corresponde ao esvaziamento das instituições num processo chamado pelos sociólogos de *deserção do social*.²⁵²

A condição pós-moderna nos traz, assim, a consciência da incerteza e da ambivalência: respostas em suspenso; mal-estar diante de um mundo caótico. Trata-se, pois, de um período marcado pelas incertezas, fragmentações, da troca de valores, do vazio, do imediatismo, da efemeridade, do hedonismo, da substituição da ética pela estética, do narcisismo, da apatia, do consumo de sensações e do fim dos grandes discursos.

Para Cláudia Lima Marques²⁵³, pós-modernidade é

uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento de fim de uma era (Umbruch) de fim de uma era e início de algo novo ainda não identificado.

Algumas características da pós-modernidade merecem ainda ser destacadas como a *instantaneidade* e a *desconstrução das barreiras entre o público e o privado*. Para Anderson, a chave para a compreensão do que é a pós-modernidade é a instantaneidade. É dessa maneira que se pode destacar como uma das características mais proeminentes da pós-modernidade – a

²⁵² Jair Ferreira dos Santos, no seu ensaio *O Que é Pós-Moderno*, expõe de forma objetiva o processo da *deserção* nos reinos em que ela mais se destaca, como, na História, no Político e no Ideológico, no Trabalho, na Família e na Religião. “*Na história*: a sociedade moderna acreditava que a história e seus países marchavam pela revolução ou para situações mais democráticas e felizes. A sociedade pós-moderna perdeu a crença na continuidade histórica e vive sem as tradições do passado e sem projeto de futuro. Enquanto a sociedade moderna queria a história quente e combativa, a pós-moderna esfria a história e a congela numa sucessão de instantes isolados e sem rumo. *No político e no ideológico*: com as trapaças políticas, a sociedade pós-moderna deixou de acreditar que os políticos e tecnocratas representam o povo ou possuem altos ideais. Hoje as eleições dependem mais do desempenho dos candidatos no “mass media” do que de suas idéias. Essa descrença no político fez a massa pós-moderna abandonar as grandes causas, cobrando do sistema, de forma pragmática e não ideológica, eficiência na administração e nos serviços como educação, transportes, saúde. Ao contrário da sociedade moderna que teve grande participação política, a pós-moderna evita a militância fogosa. Ela é fria e prefere movimentos com fins práticos. Ela não quer lutas prolongadas ou patrulhamento ideológico. *No trabalho*: a sociedade pós-moderna não crê no valor moral do trabalho e nem vê na profissão o único caminho para a auto-realização. Mais concentrado no setor de serviços (lojas, bancos, escritórios, laboratórios, administração), o trabalho tornou-se um jogo de comunicação entre pessoas. Sem a tensão da linha de montagem moderna, hoje ele pede o sorriso e a descontração. Embora os ambientes sejam mais leves, os trabalhadores correm atrás do lazer e lutam mais por uma semana de quatro dias do que por melhores salários.” *Na família*: na formação da personalidade do indivíduo, a família perdeu espaço para o “mass media”. Ao contrário da modernidade, na pós-modernidade descasa-se com facilidade, reproduz-se pouco e o poder paterno enfraquece. Com a moral branda, surge o amor descontraído, sem preconceitos e sem compromissos. *Na religião*: religiões antigas perdem seus fiéis para pequenas seitas sem futuro. Os indivíduos procuram credos menos coletivos e mais personalizados, como meditações, zen-budismo, yoga, esoterismo e astrologia. O homem pós-moderno não é religioso, é psicológico. Pensa mais na expansão da mente que na salvação da alma. Enquanto a cultura religiosa era culpabilizante, negando o corpo e o prazer, a cultura psi da Pós-Modernidade é libertadora. E ao indivíduo pós-moderno não interessa uma consciência vigilante, mas sim, um ego sem fronteiras.”

²⁵³ MARQUES, Cláudia Lima. **A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa**. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, D.F., v. 189, 1998.

sua relação peculiar que tem com o tempo, que pela primeira vez se desprende das amarras do espaço para se tornar uma unidade independente.

Segundo Bauman, já no começo da era moderna se observava uma emancipação do tempo em relação ao espaço, na qual “a relação entre tempo e espaço deveria ser, de agora em diante, processual, mutável e dinâmica, não predeterminada e estagnada²⁵⁴. É dessa maneira que a *instantaneidade* se sobrepõe como valor positivo em lugar do fixo e durável, ou, como o próprio Bauman coloca, há uma “despreocupação com a eterna duração em favor do *carpe diem*”²⁵⁵.

A quebra dos limites entre o público e o privado, nos termos de Bauman, constitui característica própria da pós-modernidade e pode ser encarada de maneiras diversas. Enquanto pensadores como Habermas entendem tal fenômeno como uma ‘invasão’ do privado pelo público Bauman²⁵⁶ rebate tal ponto de vista afirmando que:

O que parece estar em jogo é uma redefinição da esfera pública como um palco em que dramas privados são encenados, publicamente expostos e publicamente assistidos. A definição decorrente de “interesse público”, promovida pela mídia e amplamente aceita por quase todos os setores da sociedade, é o dever de encenar tais dramas em público e o direito do público de assistir à encenação.

Segundo Hall,²⁵⁷ o sujeito pós-moderno possui uma identidade *fragmentada e não permanente*. O autor chama a atenção para o fato da fragmentação não se restringir à construção do sujeito pós-moderno, mas ser uma consequência da própria complexidade da sociedade contemporânea então plural. Juntamente com as mudanças tecnológicas, científicas e comportamentais, o sujeito pós-moderno se depara com uma realidade conformada por novos valores – na qual o efêmero se sobrepõe ao duradouro, o estético ao ético, a indeterminação ao que é determinado, o caos à ordem.

Ainda segundo Bauman, em nossa época, extremamente carente de certezas, proteção e segurança, os medos são muitos e indissociáveis da vida humana. Nesse sentido, o autor destaca o olhar descrente da pós-modernidade em relação ao controle social exercido por suas instituições e pela ciência.

A luta moderna incessante para tornar o mundo previsível, controlável, regular e transparente acarretou a transformação, de forma imprevista, mas drástica, das catástrofes sociais em algo semelhante aos desastres naturais. Acrescenta-se ainda que grande parte do esforço e progresso da civilização moderna consiste na busca incessante de resolver

²⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro, Ed. Jorge Zahar, 2001, p. 131.

²⁵⁵ Op.cit, p. 144.

²⁵⁶ Op.cit. p.83.

²⁵⁷ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005, p.12.

problemas ocasionados por tentativas anteriores de solução de outros problemas. Uma vez que nossa crença na capacidade dos meios tecnológicos de propiciar maior controle e segurança é abalada, a incerteza e a ansiedade se tornam crescentes. Diante de uma realidade social que se apresenta de forma tão fluida como a contemporânea desponta como especial desafio (re) pensar o Direito, principalmente, quando se reconhece como seu principal objetivo assegurar o máximo possível de segurança, eliminando o máximo possível de arbitrariedade, de anarquia, de incerteza e instabilidade.²⁵⁸

Do ponto de vista epistemológico, o positivismo jurídico se consolida como direito moderno reunindo as premissas de racionalidade, ordem, unidade e coerência, típicas dessa época. A consagração da lei como única fonte de qualificação do direito moderno parte do pressuposto da existência de um ordenamento jurídico complexo e hierarquizado. O Estado é a única fonte do direito e a lei é a única expressão do poder normativo. *Monismo*²⁵⁹, “*estatalidade*” e *racionalidade*²⁶⁰ é o que caracteriza o direito moderno.

A pós-modernidade, no entanto, revela uma contradição a ser superada no mundo do direito. Por um lado a sua própria democratização a partir da ampliação dos direitos fundamentais conquistados, por outro, a sua incapacidade em assegurar a sua concretização.

Sob a perspectiva da *efetividade das leis* (ou dos direitos) o direito concebido nos moldes do positivismo se revela *ineficaz*. Urge, assim, repensar o modo de produção e aplicação do Direito.

Em meio a tais transformações o desafio que se apresenta ao Direito contemporâneo consiste em adotar mecanismos mais flexíveis na produção e aplicação e do direito, sem, no entanto, comprometer a estabilidade, previsibilidade e confiança nas relações sociais. Nesse sentido, cabe questionar: Como pensar as bases de um direito pós-moderno sem comprometer a certeza e precisão conquistadas na modernidade? Afinal, como bem destaca Silva *apud* Aquino, a estruturação da pós-modernidade tem revelado a necessidade de um novo Direito que absorva as conquistas promovidas pelas reflexões da modernidade.²⁶¹

²⁵⁸ NÓBREGA, J.F. **Introdução ao Direito**. 8.ed. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007, p.102.

²⁵⁹ O monismo entende como existente um só direito, qual seja o da comunidade estatal. A prevalência do direito estatal configura-se nas opiniões de Jellinek, Kelsen, Del Vecchio e Reale, os quais admitem que o Estado é o pressuposto de toda a ordem jurídica.

²⁶⁰ Afirma Coelho: “monismo, estatalidade e racionalidade eis o tripé ideológico em que se apoia a dogmática jurídica, e que converge para o princípio da legitimidade do direito.”

COELHO, Luiz Fernando.” Teoria crítica do direito, p. 252.

²⁶¹ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. Reflexões sobre a norma jurídica na pós-modernidade. In: Revista **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n.97, fev. 2012. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11163. Acesso em maio 2015.

No presente capítulo se pretende, dessa forma, identificar os impactos dessas transformações sobre a Ciência do Direito contemporâneo bem como as razões que a levam a rediscutir as suas tradicionais bases epistemológicas bem como o seu próprio papel frente à sociedade. Além, claro, de se explorar as possibilidades, desafios e dilemas que se apresentam ao Direito contemporâneo e suas implicações para o processo de políticas públicas.

De que maneira o Direito contemporâneo pode contribuir para o processo de políticas públicas?

2 O DIREITO PÓS-MODERNO E A BUSCA POR NOVOS PARADIGMAS: UMA PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA

Com o advento da globalização, mudanças significativas ocorrem nos modelos previamente estabelecidos na modernidade, seja de Estado, Direito ou Política. Uma série de questionamentos acerca do papel do Estado, suas instituições e os rumos da democracia contemporânea passam a caracterizar a pós-modernidade. Segundo Chevallier, o Estado moderno entra em crise a partir do momento que seus pilares do culto à *razão* se depara com o advento dos novos paradigmas da sociedade contemporânea: *complexidade, desordem, indeterminação e incerteza*.^{262 263}

Considerando-se a relação estreita entre Estado e Direito²⁶⁴, torna-se indispensável compreender de que maneira tais transformações impactam o Direito contemporâneo e a sua relação com o universo das políticas públicas.

Parafraseando Chevallier, *à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente um Direito pós-moderno*. Ainda conforme o autor, o aparecimento do Estado moderno envolveu um processo de racionalização (concentrando em suas mãos o poder de coerção, o Estado pretende tornar-se fonte exclusiva do direito, assim, como o único detentor da força material) e individualização do direito (indivíduo é detentor, enquanto homem, de direitos que o Estado é obrigado a garantir – a sociedade confia plenamente na sua capacidade de concretização dos direitos).

²⁶² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós- moderno**. Tradução: JUSTEN FILHO, Marçal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²⁶³ Com o direito não foi diferente. Neste sentido, Azevedo ressalta como a pós-modernidade com suas três características - crise da razão, hipercomplexidade, com justaposição das diversidades, e interação – atinge visceralmente o direito. As dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, “atingir a essência das coisas”, provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui seu ponto central. Paralelamente, a hipercomplexidade, caracterizada pela multiplicidade de grupos sociais, justapostos uns aos outros, dentro da mesma sociedade, quebra a ideia de unidade inerente ao sistema jurídico moderno. A interação, por sua vez, com o ir e vir no mesmo nível, semelhante a um mecanismo cibernético, nas atividades da vida social, vai contra a concepção hierárquica que o estamento jurídico tem da Justiça. Declara o autor: “A pós-modernidade, debaixo dessas três características – crise da razão, hipercomplexidade, com justaposição das diversidades, e inter-ação –, perceptíveis também na arquitetura, na literatura, na filosofia, nas comunicações e até mesmo nas ciências exatas, atingiu em cheio o direito.” AZEVEDO, Antonio Junqueira. O Direito pós-moderno. In: Revista USP, São Paulo, n.42, jul/agosto 1999, p. 96-97.

²⁶⁴ “Há uma ligação, à primeira vista, de forma bastante estreita, entre as noções de Estado e de Direito, de tal modo que elas parecem aderir uma à outra e pressupor-se reciprocamente. Se o Direito vincula-se ao Estado, porque todas as definições do fenômeno jurídico desembocam no Estado, este, por sua vez, chama o direito, já que a institucionalização do poder e suas mutações passam pelo vetor jurídico. (...) Estado e Direito têm, desse modo, uma dupla relação. De um lado, o Estado influencia o Direito, de outro lado, o Direito atua sobre o Estado.” GONÇALVES, Kildare. Carvalho. Direito Constitucional, 14ª edição, 2009, p 175.

O estado contemporâneo, por sua vez, encara uma série de mudanças, tais como: *a perda de efetividade da soberania absoluta do Estado moderno* e a conseqüente fragmentação do poder estatal (com o surgimento de várias fontes de produção do direito além da estatal); *a exacerbação do individualismo que esvazia o debate sobre a promoção da cidadania*; bem como *a quebra da tradicional fronteira entre público e privado*, tornando-a mais difusa e permeável; e *o pluralismo* que, além de revelar a *heterogeneidade* dos interesses que compõem a sociedade contemporânea, destaca o seu caráter conflituoso. O que vem desafiar a rigidez e o formalismo tradicionais no processo de aplicação do direito.

Os preceitos típicos do direito moderno passam a ter a sua validade questionada²⁶⁵, tais como: os atributos do direito como a *generalidade*²⁶⁶, *sistematicidade e objetividade*; *autonomia do direito* em relação à política, moral e qualquer outro elemento extrajurídico – o direito *como fato e não valor* é definido em função de sua estrutura formal, sem levar em consideração o conteúdo que o direito estabelece; a *legislação como fonte principal do direito*; a tripartição *clara* das competências das esferas e das instâncias do poder (separação dos poderes) como forma de manter o equilíbrio do Estado; a ideia da *democracia representativa* como fomento à igualdade de todos e à realização da vontade geral; o caráter absoluto da *soberania estatal* como forma de garantia da esfera de atuação com exclusividade dos poderes legislativos, jurisdicionais e executivos em bases territoriais fixas e determinadas na ordem internacional.

Constata-se, dessa maneira, que os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de direito do século XIX não atendem mais aos desafios impostos ao Estado contemporâneo *a fim de executar políticas públicas efetivas*. Surge, então, um novo perfil de direito – “intervencionista”, guiado por uma lógica de eficiência. Enquanto o direito moderno de “tipo formal” garantia a autonomia dos atores sociais, esse direito novo, “de tipo material” e de “tipo reflexivo”, manifestará “concepções regulatórias”, *buscando agir sobre os equilíbrios sociais*. Neste panorama, verifica-se o aparecimento de um direito “flexível”, “em rede”, apresentado sob a forma de pluralismo na inter-relação entre os novos atores.

²⁶⁵ Sempre oportuno destacar as características essenciais do direito moderno: (a) axiologicamente neutro em suas normas de modo que não se referem a valores, mas a fatos (postivados em lei); (b) é cindido entre público e privado, nacional e internacional; (c) os valores morais e sociais, através dos costumes e dos chamados princípios gerais do direito apenas importam quando eclodem fatos não previstos no ordenamento jurídico, de modo que não haja regras aplicáveis (nem por analogia) às novas situações. LOPES, Julio Aurélio Vianna. *A invasão do Direito: a expansão jurídica sobre o Estado, mercado e a moral*. Rio de Janeiro, FGV, 2005, p. 133.

²⁶⁶ Segundo Chevallier há um desprestígio da lei mediante a proliferação de textos que além de afetar a própria natureza das regras, acabam tornando-se pontuais e particulares, retirando, assim, a abstração da lei. Esses ajustamentos constantes enfraquecem o Direito, o fazendo cair cada vez mais numa crise. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: JUSTEN FILHO, Marçal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Nas sociedades contemporâneas a regulação jurídica passaria pela intervenção desses múltiplos atores, situados em espaços jurídicos diversos. Além disso, *a relação entre esses atores não é mais comandada pelo princípio da hierarquia, e sim pelo diálogo – direito dialógico*. Tem-se, então, um direito marcado pelo pluralismo, onde o Estado não aparece mais como única fonte do direito, ou seja, única instância de regulação jurídica.²⁶⁷

A pós-modernidade, com suas incertezas e conflitos, expõe a necessidade de se encarar o descompasso existente entre a ordem jurídica (formal) e a ordem social. As características da sociedade contemporânea – pluralismo, alta complexidade e fragmentação – vão colocando em xeque as certezas modernas que alicerçaram o direito até então. Vivencia-se, portanto, o que Chevallier passou a denominar “crise da modernidade jurídica”.

Abandona-se, assim, o universo das certezas, resultante do primado da razão, para entrar em um mundo de *incerteza, relativismo e indeterminação*. O que, no entanto, conforme Chevallier, não deve ser entendido como extinção do direito moderno, mas como parte do processo evolutivo de uma nova concepção do direito – a pós-moderna – sem romper radicalmente com a concepção precedente. Aliás, como nos ensina Azevedo²⁶⁸, esse momento de desconstrução por que está passando o direito contemporâneo pode vir a representar a possibilidade de construir as bases de um direito mais justo, eficaz e efetivo, aliás, nos termos do autor, “*nada melhor para a realização da Justiça que a tomada de consciência do que está subjacente à lei ou à sentença.*”

A grande questão que se apresenta para o direito contemporâneo se refere, portanto, à *inefetividade das leis*. O que significa contrapor ao postulado positivista de que, em prol da segurança e certeza jurídica, entende não caber ao direito lidar com os efeitos sociais das normas que estabelece. Pode-se dizer que a busca do direito pós-moderno em tornar-se mais próximo da realidade social o desafia a repensar seus próprios conceitos, práticas, valores e paradigmas. Em outros termos, para compreender o direito das sociedades contemporâneas é preciso que se enfrente o múltiplo desafio de pensar além-fronteiras.²⁶⁹

²⁶⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução: JUSTEN FILHO, Marçal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 144-145.

²⁶⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito pós-moderno. In: Revista USP, São Paulo, n.42, jul/agosto 1999, p. 101. Normalmente é acentuado, verificar a fonte.

²⁶⁹ “Desafio, inicialmente, de superar fronteiras disciplinares, pois é necessário superar as formas estabelecidas de abordagem do direito e da sociedade. Fronteiras crescentemente questionadas, nas últimas décadas, por trabalhos que adotam abordagens multi ou transdisciplinares e que têm explorados os vínculos múltiplos entre o direito e demais aspectos da sociedade. No entanto, o mainstream da instituição universitária, as disciplinas acadêmicas e as orientações intelectuais dominantes, essas abordagens são ainda vistas com desconfiança, se não com hostilidade explícita.” KOERNER, Andrei. Direito e regulação: *uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Société*. Paper preparado para o Seminário Temático “O Republicanismo e as questões de identidade, da comunidade e das políticas públicas”, do XVIII Encontro da ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais. 2004, p.03-04.

Não se pode ignorar os impactos que as mudanças das sociedades contemporâneas têm gerado sobre a legislação, instituições, procedimentos e práticas públicas, tais como a adoção de princípios diretores, códigos deontológicos²⁷⁰, agências reguladoras, procedimentos informais de resolução de conflitos.

Convém destacar Koerner²⁷¹, quando afirma que em tais casos, a decisão jurídica passa a ser produzida de modo negociado, levando-se em consideração não apenas o texto legal, mas a programação das políticas públicas, aspectos éticos e técnicos, e as demandas e expectativas dos afetados.

A decisão governamental torna-se, pois, prudencial, um produto da deliberação coletiva, obtida de forma contextualizada, e que antecipa reações e efeitos mediatos a ela, distinguindo-a bastante da aplicação – rígida e formal – de um texto legal^{272 273}. Novos atores coletivos e novas lógicas de interação emergem em espaços de produção da normatividade que ultrapassam os da representação política e reclamam por uma participação nos processos de tomada de decisão coletiva.

Constata-se, assim, uma mudança radical no papel dos cidadãos na democracia os quais não se satisfazem mais com as decisões de seus representantes e passam a exigir uma regulação de tipo interativo, num poder partilhado com uma produção normativa negociada.²⁷⁴

Em meio a tal complexidade que passa a caracterizar o processo de tomada de decisão governamental, Arnaud confere especial destaque ao conceito de governança, ao apresentá-la como um verdadeiro paradigma de tomada de decisão. Nos termos do autor, complexidade é o que define a governança, abrangendo desde a coordenação de diferentes atores, indivíduos, grupos sociais e instituições até a elaboração de programas de ação e de políticas públicas concertadas. Sobre este aspecto afirma:²⁷⁵

²⁷⁰ Surgem outras formas de produção do direito, além da estatal, rompendo com a ideia de unidade, sistematicidade e generalidade típicos do direito moderno. Nas sociedades contemporâneas é cada vez mais comum as partes resolverem conflitos por conta própria, mediante arbitragem ou quando outros poderes interveem na atuação de empresas (agências reguladoras), ou quando provimentos de órgãos paralelos (bolsa de valores, justiça desportiva, OAB, CRM) resolvem os casos à margem do Poder Judiciário.

²⁷¹ KOERNER, Andrei. Direito e regulação: *uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Société*. Paper preparado para o Seminário Temático “O Republicanismo e as questões de identidade, da comunidade e das políticas públicas”, do XVIII Encontro da ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais. 2004, p.04.

²⁷² Koerner, Andrei. Professor do Departamento de Ciência Política da Universidade Estadual de Campinas. Pesquisador associado ao REDS e colaborador do GEDIM.

²⁷³ Op. Cit., p.03.

²⁷⁴ ARNAUD, André – Jean. Crítica à razão jurídica, vol.2, Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, Lumens Juris, 2005, p.14-15.

²⁷⁵ Op. cit. p.16

(...). É um processo complexo de tomada de decisão interativa, dinâmica, projetiva, chamado a evoluir constantemente para responder a circunstâncias cambiantes.

Novos valores e conceitos passam a ocupar espaço nas reflexões acadêmicas sobre democracia, estado e direito contemporâneo, como eficiência, legitimidade democrática, coordenação, participação e governança. Essas transformações estariam a indicar, segundo Arnaud, a emergência de uma nova racionalidade jurídica, em que foi para os ares a unidade de soberania estatal e do direito.

Em *Le Droit Neomoderne des Politiques Publiques*, Charles Morand (1999)^{276 277} considera que a incitação é a característica distintiva do Estado atual, o qual renuncia à coação para influenciar os comportamentos, através da pilotagem indireta deles, que procura estimular a auto-organização da sociedade. As sanções e penas permaneceriam apenas para a proteção dos valores fundamentais e para assegurar a eficácia das transações.

Os atos incitadores orientam comportamentos sem torná-los obrigatórios, formando um segundo circuito paralelo de produção normativa, caracterizado pela ausência de formalismo, flexibilidade, leveza, estatuto jurídico incerto, sem unidade e, por isso, eles são desconcertantes para a doutrina jurídica. Eles modificam os contornos do direito, as zonas de incerteza que estão vinculadas à sua instituição e à determinação, cambiante, das suas fronteiras. A influência se exerce por muitos meios, como declarações expressas de autoridades e seus atos que induzem nos agentes certas expectativas de interesses materiais ou ideais.

Os atos incitadores afetam profundamente a estrutura jurídica, dado que aumenta a incerteza sobre as fronteiras do direito, dado que é impossível defini-lo segundo o critério de obrigatoriedade. Cria-se uma situação de fluidez do direito, um Estado ‘gasoso’, em expansão contínua, no qual se perdeu a regra de reconhecimento, o critério seguro, certo do que é

²⁷⁶ MORAND, Charles. *Le Droit Neomoderne des Politiques Publiques*. Paris: LGDJ, 1999 (Col. "Droit et Société" v. 26) p. 159-88.

²⁷⁷ Charles-Albert Morand analisa as transformações das modalidades de ação do Estado sob a forma de políticas públicas e as mutações radicais da estrutura jurídica. De acordo com o autor, os modelos de Estado caracterizam-se por uma forma de intervenção, constituindo tipos ideais e representando um reflexo imperfeito da realidade, mas que permitem, todavia, sua decodificação. Além disso, as diversas formas de Estado e estruturas de direito coexistem. Ao Estado liberal corresponde o direito moderno, síntese da herança do Estado de polícia, do Estado liberal e do Estado de direito. O *Estado providência*, fornecedor de prestações – serviços públicos –, gerou uma estrutura jurídica intermediária entre o Estado moderno e o Estado propulsivo. Com o *Estado propulsivo* toma forma o direito de programas finalísticos, e a estrutura jurídica busca fazer com que os destinatários do direito participem em sua formação e implementação. Os programas relacionais gerados por essa participação implicam outras modificações na estrutura do direito, e, assim, ao *Estado reflexivo* corresponde justamente o direito de programas relacionais que se explicam pelo fato de a sociedade tornar-se progressivamente complexa e pela capacidade dos sistemas sociais autônomos – autopoieticos – de resistirem aos comandos estatais. Ao *Estado incitador* corresponde o direito fundado na persuasão e influência, sendo possível verificar uma propensão do Estado de renunciar à coerção para recorrer à informação, incitação e persuasão.

compreendido pelo sistema jurídico. Essa expansão não resulta só da incapacidade de comando do Estado, mas também de um vasto processo civilizatório que limita o poder do Estado. Morand considera se tratar de dois fenômenos contraditórios, pois há o enfraquecimento das regulamentações autoritárias em razão de normas incitadoras, ou o reforço dessas em razão do contexto geral em que estão inseridas.

A construção de um direito pós-moderno passa, necessariamente, pelo trato de questões epistemológicas. Para tanto, é preciso colocar em debate o grau de autonomia do direito em relação à sociedade – sistema fechado, autopoietico, sistema aberto.²⁷⁸

2.1 O DIREITO COMO SISTEMA ABERTO E A PROPOSTA DESAFIADORA DE NOVOS MODELOS TEÓRICOS

Como afirma Edgar Morin, “a organização é a maravilha do mundo físico”. No entanto, é um conceito ausente da *physis*, de modo que, para o autor, mesmo que se saiba estar presente a organização, essa deve ser essencial como ponto de partida para a noção e conceito de sistema. O autor afirma, ainda: “a organização é a disposição de relações entre componentes ou indivíduos, que produz uma unidade complexa ou sistema, dotada de qualidades desconhecidas ao nível dos componentes ou indivíduos.” Então teríamos a organização, depois a inter-relação, para só então alcançarmos o sistema²⁷⁹.

Segundo Losano, a ideia de “sistema” pode ser compreendida em sentido técnico, e aplicada em todas as ciências. Nesse aspecto, a palavra indica tanto a estrutura do objeto estudado (sistema interno) quanto um conjunto ordenado e coeso de conhecimentos científicos, filosóficos, jurídicos e assim por diante. Já no mundo do direito, nos termos do autor, “sistema jurídico” figura como sinônimo para “ordenamento jurídico”, de modo a indicar um conjunto de normas reunidas por um elemento unificador, e esse elemento é o fator responsável pelo fato de as mesmas se organizarem num ordenamento jurídico, e não tão somente quedarem uma ao lado das outras, aleatoriamente.²⁸⁰

Em Bobbio, vemos que sistema é uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, de modo que “não estejam somente em relacionamento

²⁷⁸ A concepção moderna do direito o reduz a um conjunto de normas estatais, posto em ação por organizações com alta integração interna em atividades de caráter cognitivo-instrumental e que funcionam segundo o esquema binário do legal/ilegal. O direito teria, pois, fronteiras nítidas e poderia ser tomado como um sistema fechado e autônomo, separado de outras esferas sociais de ação, como a moral, a política, a economia.

²⁷⁹ Morin, Edgar. *O Método 1. a natureza da natureza*. Trad. Ilana Heinberg. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

²⁸⁰ LOSANO, Mario G. Sistema e estrutura no direito, volume I: das origens à escola histórica. Mario G. Losano. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 19.

com o todo, mas que exista coerência entre si. Pensar o direito como sistema é fornecer critérios de pertinência das normas que compõem a ordem jurídica, pois o que define um conjunto como sistema são as relações entre seus membros, ou seja, a estrutura do conjunto, pelo estabelecimento de sua pertinência ao sistema.²⁸¹

A concepção do Direito, como sistema, torna-se, assim, fundamental não apenas para a afirmação de sua cientificidade como para se consolidar como instrumento de segurança e estabilidade das relações sociais. Pela dogmática²⁸², o sistema jurídico é tido como um conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas características são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência. A dogmática se utiliza dos conceitos de validade, vigência, eficácia e vigor que nem sempre concorrem simultaneamente.

A relação do Direito com a sociedade é tema crucial para a epistemologia jurídica – principalmente quando se pretende discutir as bases de um Direito pós-moderno²⁸³ – e que de alguma forma, expõe a tensão, sempre a desafiar o universo jurídico, entre os valores concorrentes de *segurança e justiça*.

A fim de se entender melhor o momento de crise por que vem passando o Direito contemporâneo bem como as implicações e a natureza de seus questionamentos. Cabe apresentar, ainda que de forma sucinta, as diferentes concepções acerca da autonomia ou não do Direito, enquanto sistema, com as demais dimensões da sociedade. São elas:

- a) *O direito como sistema fechado*²⁸⁴ – para os positivistas – ou normativistas – o direito é um sistema fechado na medida em que os juristas não podem acrescentar ou retirar qualquer norma do conjunto. Por mais que o direito seja mutável, apenas

²⁸¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p 184.

²⁸² Pode-se compreender dogmática jurídica como "o momento culminante da aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe." REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 322.

²⁸³ Se nos finais do século XX, esses ideais de verdade, e os próprios paradigmas da modernidade (seus pilares, como denomina Boaventura de Souza Santos) parecem começar a dar sinais de ruína e incapacidade de respostas, é prudente pensar que o direito também se vê obrigado a rever suas condições e possibilidades. E aí pode surgir algo que ainda não é bem claro na jurisprudência: um direito pós-moderno. CHAVES, Pablo Holmes. **Direito e sistema**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2169>>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

²⁸⁴ Essa é a concepção tradicional de sistema, que domina o entendimento dos juristas, está ligada a algumas ideias fundamentais: (1) trata-se de um conjunto limitado de elementos: "Sistema" é um conjunto, portanto, de elementos que pertencem, ou de elementos que não pertencem a um sistema; (2) trata-se de um conjunto de elementos que estão relacionados entre si; o sistema tem uma estrutura, portanto, com regras de dedução e de subordinação, que permitem partir de princípios gerais para normas particulares (temos, aí, a ideia primeira do chamado "sistema dedutivo"); (3) temos, no sistema tradicional, uma imagem, "nós temos que ver o sistema na forma ou na imagem da hierarquia"; (4) o sistema tradicional tendente a aparecer como limite autárquico, ou seja, como aquilo que basta a si mesmo, não precisa de mais nada, que tem dentro de si todas as condições para realizar aquilo que tem a realizar. Essa concepção de sistema gera uma incapacidade da teoria jurídica em compreender a interação do sistema com seu meio ambiente.

os legisladores podem modificar o sistema, apresentando-se esse ao jurista sempre como um conjunto de regras com existência objetiva (o chamado *direito objetivo*), cabendo aos intérpretes apenas compreendê-lo e aplicá-lo, mas nunca o alterar. Além disso, para resolver os problemas jurídicos, os juristas somente poderiam se utilizar de critérios “intra-sistemáticos” (baseados nas fontes formais de direito positivo), sendo-lhe vedado apoiar suas decisões em elementos “extra-sistemáticos”, ou seja, diversos das normas jurídicas positivas, tais como interesses sociais, políticos ou econômicos. O que equivale dizer não caber ao operador do direito perguntar-se acerca da adequação das consequências da lei, pois *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é a lei), devendo, ao contrário, simplesmente extrair das regras jurídicas o significado que a elas foi dado pelo legislador. Com esse tipo de conceito, genérico e formal, os positivistas dissociam o conceito de direito das suas características concretas num tipo determinado de Estado. Consideram como sua tarefa a de descrever o direito dos Estados existentes e não a de criticar a produção normativa em nome de uma concepção determinada de direito ou de Estado nem a de explicar os processos sociais e políticos que determinam as suas transformações e características. Segundo Ferraz, trata-se de um sistema que fecha, estabelece um limite. Se os positivistas consideram relevantes as mudanças contemporâneas do direito nas sociedades europeias, discordam do diagnóstico dos juristas pós-modernos de que elas colocariam em xeque o monopólio do poder estatal de produção do direito e o modelo piramidal de sua descrição que daí decorre.²⁸⁵

- b) *O direito como sistema autopoietico* – formulada por N. Luhmann e G. Teubner a partir da primeira metade dos anos oitenta, representou um importante polo de atração no campo da teoria do direito europeia. Distingue-se do normativismo uma vez que considera o direito como um sistema dinâmico, com sua lógica própria e em interação com os outros sistemas sociais. O direito mantém seu fechamento operacional na medida em que define os conteúdos normativos segundo o seu próprio código. O sistema jurídico é, pois, autorreferenciado e, por isso, normativamente fechado. Sistema em direito perde o sentido de ordenamento, mas sua autonomia não exclui a abertura cognitiva ao ambiente e sua coerência não tem um sentido lógico-formal, mas refere-se à sua manutenção da própria autonomia do sistema, ou seja, da auto-organização do seu código e da definição dos elementos que o constituem. Para Luhman, ao mesmo tempo que o sistema jurídico se apresenta “*normativamente fechado*”, ao estabelecer que somente a norma que decide a relevância legal, é “*cognitivamente aberto*” já que é estimulado pelas informações do ambiente e em contínua adaptação às exigências do ambiente.
- c) *O direito como sistema aberto* – os autores consideram que o direito é um sistema aberto, permeado por essas outras normatividades, mas com características próprias, enquanto uma racionalidade, uma perspectiva ou prática social. O conceito de sistema jurídico continua sendo alvo de muitas discussões doutrinárias na Ciência do

²⁸⁵(...) A metodologia **dogmática contemporânea**, hoje, é refém desse senso comum e de um paradigma liberal-individualista do direito. Esse paradigma e esse método, que deveriam ser fundamentos de segurança jurídica, porém, parece cada vez mais viciar a aplicação do direito, deixando-o incapaz de perceber fenômenos novos, alguns deles inclusive, constantes já de nosso texto constitucional (alguns direitos sociais, sobretudo) e dar-lhes efetividade...CHAVES, Pablo Holmes. **Direito e sistema**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2169>>. Acesso em: 24 de maio de 2015.

Direito. O professor Claus Wilhelm Canaris²⁸⁶, da cátedra Universidade de Munique define “como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais de direito”. Nos ensinamentos do tributarista Luis Felipe Silveira Difini²⁸⁷, sistema normativo é “(...) um conjunto organizado de princípios e regras, entre si harmônicos e independentes, de sorte que eventual alteração de um implique modificação do próprio sistema”. No magistério de Gomes Canotilho²⁸⁸, tal sistema deve ser visto como um organismo normativo aberto de regras e princípios, que assim se dispõe: (1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um *sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica* (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) *é um sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. A moderna sistemática proposta pelo notável constitucionalista português surge *em contraposição ao sistema jurídico fechado*. Esse possui limitação prática, estando a estrutura normativa baseada em uma regra geral. Essa concepção não permite a adição de novos elementos e impede que os fatos advindos da evolução social recebam a devida apreciação jurídica. Deixam de estar legalmente previstos, inexistindo, assim, o diálogo entre o Direito e a realidade social. É um sistema limitado em si mesmo, o que o torna ineficaz na resolução dos conflitos. Segundo Silveira Difini, “*esta conceituação, própria de um sistema fechado, suficiente em si mesmo, está hoje superada*”. A ideia aceita é a de um sistema normativo aberto de regras e princípios, que, no dizer Silveira Difini²⁸⁹, “*a presença de princípios e cláusulas gerais levam o sistema normativo a ser preenchido com valorações extraleais e mutáveis*”. Nesse sentido devemos dizer que possui capacidade de assimilar elementos extrínsecos de acordo com critérios próprios e limites de tolerância, necessários à garantia da sua não descaracterização e segurança jurídica. Diferencia-se do sistema jurídico fechado na disponibilidade de abarcar novas situações, de modo a adaptar-se ao dinamismo social e à interação entre realidade social e realidade normativa. Seu compromisso central deve manter-se orientado nas concepções da verdade e da justiça, no âmbito fático e de valores, durante a aplicação às situações concretas.

Segundo Costa²⁹⁰, “um sistema jurídico que seja apenas normativo e isento de valores não mais se coaduna com a realidade em que vivemos”. Continua o autor, afirmando que “numa sociedade em que se pretenda um Estado Democrático de Direito só é possível pensar em sistema jurídico enquanto um sistema aberto e fragmentário, que vai superando

²⁸⁶ CANARIS, Claus Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.77.

²⁸⁷ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de direito tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág.70.

²⁸⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159.

²⁸⁹ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de direito tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

²⁹⁰ COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 36, 2002, p. 84.

uma estrutura estática, dando dinamicidade a um sistema que se propõe a regular a ordem social”. A preocupação vigente com a adequação do direito com as demandas da realidade social impõe uma perspectiva renovada sobre o sistema jurídico, como sendo aquele permeado de valores e tendo como base a Constituição. A consolidação de um sistema aberto e de uma dinâmica equilibrada para não destruí-lo, ainda é um desafio. Segundo Koerner, desafio maior para a teoria do direito contemporâneo consiste em formular modelos teóricos que levem em conta essa abertura/permeabilidade sem dissolver o direito nas outras normatividades. De forma a registrar esse momento de definição de novos paradigmas para a ciência do direito, destaca o autor, as seguintes diretrizes²⁹¹:

- a) *A complexidade como um novo paradigma para o direito* – segundo o autor a internacionalização crescente das relações econômicas e políticas constituiu um novo pluralismo jurídico, mais complexo, no qual o direito estatal é combinado a outras regras de direito, em diversos planos – global, regional e local – e com características distintas (programas de ação fixados consensualmente, códigos de ética, regulamentações). Nesse sentido, o direito estatal é suplantado, secundado ou suplementado por outras normas que passam a constituir formas alternativas de produção normativa. As sociedades complexas criam novas combinações entre a regulação pelo direito e outras formas de regulação provocando o surgimento de novos espaços de discussão, de negociação e de criação de regras, cuja lógica, no entanto, é muitas vezes diferente da lógica inerente aos espaços públicos.
- b) *A estrutura do direito como rede e o modelo do jogo* – as características dos ordenamentos contemporâneos, segundo Koerner, revelam empiricamente as insuficiências do modelo do direito concebido como pirâmide de normas autônomas em relação às normatividades mobilizadas pelos atores, as quais têm a autoridade estatal como única fonte, e que estão em relação determinada, hierárquica e logicamente. Tais insuficiências são identificadas a partir da constatação de autoridades estatais concorrentes, da aplicação do princípio da subsidiariedade no direito comunitário, e das inversões da hierarquia normativa praticada pelas autoridades inferiores. A Constituição passa a ser objeto de uma produção interativa e contínua de um texto, num jogo de poderes, de forças concorrentes sobre o mercado interpretativo, em que as significações em conflito não são apenas significações ideais, produtos semânticos, mas atos de fala cuja força ilocutória²⁹²

²⁹¹ KOERNER, Andrei .Direito e regulação: *uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Société*. Paper preparado para o Seminário Temático “O Republicanismo e as questões de identidade, da comunidade e das políticas públicas”, do XVIII Encontro da ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais. 2004, p.24-25.

²⁹² A força ilocutória corresponde ao *conteúdo significativo que permite ao interlocutor*, num contexto específico de enunciação, o *reconhecimento do objetivo comunicativo* (ou orientação comunicativa) do locutor. A teoria dos atos ilocutórios de John Searle (filosofia da linguagem) assenta no princípio de que quando o locutor pronuncia uma determinada frase, num contexto específico, executa, implícita ou explicitamente, atos como afirmar, avisar, ordenar, perguntar, pedir, prometer, criticar, entre outros. Assim, o alocutário deve interpretar um

maior ou menor assegurar seu sucesso ou fracasso. Esses dois exemplos mostram a erosão da lei positiva estatal, pela multiplicação de normas internacionais que se impõem ao legislador nacional ou que criam efeitos diretos em direito interno, pela criação de instituições supranacionais – Cortes de direitos humanos – que se destinam a controlar decisões nacionais. No plano interno, a erosão da lei ocorre pela constitucionalização de todos os ramos do direito, com a transferência de competências legislativas do parlamento às regiões e comunidades locais e, enfim, pelo processo de erosão do poder parlamentar, que, num primeiro momento, foi encampado pela administração pública e, em seguida, ampliado com a criação de esferas de participação política nos seus órgãos decisórios. O mesmo processo de erosão se verifica no exercício do poder regulamentar, no papel dos juízes nas decisões de políticas públicas, e a maior capacidade de autorregulação dos agentes privados (códigos de conduta, contratos, normas técnicas). Essa última tendência, associada à proliferação de direitos subjetivos, aponta para um processo de privatização do direito, que tem seus riscos, mas que acentua as características não hierárquicas e não lineares do direito contemporâneo.

- c) *O direito fluido e o projeto de um pluralismo ordenado* – à medida que os sistemas jurídicos contemporâneos vão incorporando cada vez mais normas de *conteúdo indeterminado* colocam em xeque a concepção do modelo positivista baseado em normas fortemente integradas, com limitada margem de interpretação pelos receptores e com um código cultural homogêneo. Conforme salientado pelo autor, essas noções indeterminadas evitam o fechamento dos sistemas de direito em si mesmos e participam de uma “internormatividade” que permite integrar outras normas ao direito positivo. *Standards* e princípios diretores diferem de regras uma vez que essas se referem a uma situação simples com solução clara em termos de conformidade ou não. Caso contrário, ela se torna totalmente inoperante. Os *standards* e princípios diretores se constroem com critérios múltiplos e são aplicáveis a situações mais complexas, a partir de um trabalho de ponderação. Mireille Delmas-Marty *apud* Koerner relata sobre a lógica *floue* presente em procedimentos adotados pelos juízes europeus ao determinar a aplicação dos direitos humanos em matéria penal. A qualificação binária identidade e conformidade dos fatos à norma, próprios da decisão jurídica em forma de silogismo, é substituída pela apreciação da proximidade e compatibilidade com o conjunto de critérios colocados pelos princípios diretores. Esses se caracterizam por se referirem a uma escala de gradação (e não à lógica binária) e a um limiar (*seuil*) de decisão. A lógica *floue* (ou lógica difusa)²⁹³ é a da *gradação da aplicação* de uma norma, vaga ou imprecisa, a uma situação dada. O direito contemporâneo estaria, assim, em vias de romper o modelo da simplicidade e da unicidade do direito estatal passando a se apresentar de forma

enunciado tendo em conta o conteúdo proposicional do ato proferido e, também, todos os marcadores da força ilocutória presentes na situação comunicativa em que é proferido.

²⁹³ A **lógica difusa** ou **lógica floue** é uma extensão da lógica booleana que admite valores lógicos intermediários entre o FALSO (0) e o VERDADEIRO (1); por exemplo, o valor médio 'TALVEZ' (0,5). Isso significa que um valor lógico difuso é um valor qualquer no intervalo de valores entre 0 e 1. Esse tipo de lógica engloba, de certa forma, conceitos estatísticos principalmente na área de Inferência.

mais complexa, dada a multiplicidade das fontes de produção do direito contemporâneo além da estatal. Cabendo ao jurista o desafio de pensar e propor as bases em prol de um pluralismo ordenado.

2.2 AS BASES INOVADORAS DO DIREITO PÓS-MODERNO E SUAS IMPLICAÇÕES EPISTEMOLÓGICAS

As discussões atuais, presentes na epistemologia jurídica contemporânea, revelam a proposta de delineamento de novas bases para o direito pós-moderno: um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo é o que se propõe. O direito pós-moderno se revela cada vez mais *plural*. Este pluralismo é provocado pela implosão dos sistemas normativos genéricos, fazendo surgir microssistemas jurídicos e pelo surgimento dos denominados direitos difusos. Esses direitos difusos se distinguem dos direitos subjetivos individuais, uma vez que são marcados pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade de seu objeto, pela conflituosidade permanente e pela mutação no tempo e espaço.

O direito pós-moderno assume um *caráter reflexivo* de modo a espelhar as demandas sociais e, por isso mesmo, passa a ser entendido como um sistema aberto, permeável aos fatos e valores da realidade social (cambiante).

O direito pós-moderno é, igualmente, *prospectivo*. O próprio legislador tem se utilizado de conceitos vagos e indeterminados, conferindo aos diplomas legais uma estrutura mais aberta. Como bem destaca Soares, a inserção de princípios jurídicos em cláusulas gerais e normas-objetivo – fórmulas propositadamente genéricas, indeterminadas e contingenciais – revela a preocupação em assegurar necessária flexibilidade aos modelos normativos, a fim de que possa adaptá-los aos novos tempos.

A dimensão *discursivo-comunicativa* do direito pós-moderno passa a ser valorizada. O uso de técnicas persuasivas passa a ser enfatizado pela teoria e prática do direito nos processos de resolução de conflitos. No contexto de um processo comunicativo, o raciocínio jurídico vai além de uma operação lógico-formal e passa a contemplar os valores expressos nos princípios. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial, enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, convence a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer.

Ainda conforme Soares, o direito pós-moderno é *relativo* já que tem que lidar com uma realidade dinâmica, mutável, complexa e instável como a da pós-modernidade. Na pós-modernidade jurídica, em que se valoriza o caráter axiológico do direito e seus fundamentos

linguísticos, qualquer assertiva desponta como uma forma de interpretação. Todo esse contexto, segundo o autor, fortalece a construção de um saber hermenêutico.²⁹⁴

Nesse sentido, a hermenêutica desponta como importante instrumento de ajuste e de estabilização no processo de aplicação do direito. Hermenêutica essa, que sob a influência do pensamento pós-positivista, apresenta uma proposta construtivista, na qual se busca assegurar a adequação da norma à realidade social e ao seu tempo. Um sentido interpretativo baseado apenas na relação sujeito-objeto passa a ceder lugar a uma intersubjetividade. A norma é o objeto a ser conhecido pelo sujeito (intérprete) que busca esgotar o seu sentido, criando-se o conceito de círculo hermenêutico. O mundo prático passa a ser observado no momento de se fazer o trabalho interpretativo, não mais a relação sujeito-objeto.

Destaca-se, dessa forma, uma intersubjetividade em que aparece a compreensão que o sujeito tem sobre o objeto antes mesmo de ter o contato com ele, pois se parte do pressuposto que o sujeito possui pré-compreensões a respeito do objeto a ser por ele tratado. Alguns aspectos marcam a superação de um positivismo exegético, em busca de uma nova hermenêutica. Segundo Streck, vale a pena mencionar: (a) a superação da regra pelo princípio²⁹⁵; (b) uma nova interpretação²⁹⁶; (c) a superação da teoria das fontes pela Constituição.²⁹⁷

A abstração deu lugar a uma concretização; passou-se a interpretar de acordo com os princípios inseridos na Constituição e na sociedade, ou seja, o caso concreto passou a ser

²⁹⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. Elementos para uma cultura jurídica moderna. Disponível em : host.uniroma3.it/.../ELEMENTOS_PARA_UMA_CULTURA_JURIDICA. Acesso em 25/05.2015.

²⁹⁵ Um novo entendimento acerca do significado e da finalidade das regras e dos princípios pode ser observado a partir da superação da compreensão que levava em conta as regras como fonte do Direito. Atualmente, os princípios fazem parte do rol das fontes do Direito, influenciando diretamente no trabalho hermenêutico e no resultado a ser obtido. Luiz Streck a respeito da diferença entre regra e princípio, relacionado à teoria da norma: “Pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação e, portanto, uma relação de objetivação (portanto, um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio, não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e outro é efeito, mas sim, o que está em jogo é o acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é o processo compreensivo. Pode-se dizer que a regra – como tradicionalmente é entendida no campo jurídico – permanece no campo ôntico, objetivando, causalista-explicativa, enquanto o princípio se situa no acontecer de caráter ontológico (não clássico).” STRECK, Lênio Luiz. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 143. .

²⁹⁶ Os autores da hermenêutica clássica preocupavam-se em formular regras para a atividade interpretativa, ao passo que os pensadores contemporâneos envolveram-se com a filosofia subjacente à atividade de interpretar e concretizar as normas jurídicas.

²⁹⁷ A teoria das fontes é o sistema que até pouco tempo era o único a ser trabalhado e não levava em consideração aspectos principiológicos, tendo a Constituição como fonte formal de Direito. A regra de conduta era o que predominava, sendo identificada geralmente entre leis ordinárias, ficando a Constituição como uma mera carta política. Todo esse entendimento mudou, passando a Constituição a ter auto-aplicação, encontrando-se uma visão programática de seus enunciados, onde os princípios incorporam e agregam sentido à Constituição e ao Direito. A Teoria das Fontes, baseada apenas nas regras, encontra-se, assim, superada pois a Constituição, com seus princípios, tomou o papel de fonte prioritária.

analisado com suas peculiaridades e a rigidez interpretativa foi ultrapassada por uma relativização. Importante salientar que há uma preocupação em atrelar o processo interpretativo contemporâneo a um processo argumentativo, de justificação e fundamentação, a fim de que não haja arbitrariedade daquele que procede ao trabalho hermenêutico, como sendo a única forma de se garantir uma decisão isenta de pré-compreensões ilegítimas.

Outra modificação no entendimento acerca da hermenêutica se refere a uma visão mais aberta sobre quem e quantos estão aptos a interpretar, abrindo-se espaço interpretativo para a comunidade democrática. Essa questão foi levantada por Peter Häberle. No estudo elaborado pelo autor, foi observado que o número daqueles que vinham procedendo à interpretação da Constituição estava de certo modo bastante restrito. Reduzia-se, geralmente, a juízes constitucionais que se limitavam a procedimentos formais previamente estabelecidos.

A consequência desse tipo de comportamento e aceitação é que o entendimento acerca do sentido do texto constitucional acaba sendo reduzido à interpretação daqueles formalmente aptos para tanto. Segundo Häberle, não se pode mais compreender a sua interpretação, ou mesmo a de outros textos normativos, como sendo função exclusiva de juízes, sejam eles constitucionais ou não, se estendendo o trabalho interpretativo a todos aqueles atingidos pelo âmbito normativo.

Toda a sociedade está apta a proceder ao trabalho interpretativo, não mais apenas juízes ou aqueles formalmente incumbidos para tanto.

No atual contexto, o da hermenêutica jurídica contemporânea, o sentido da norma não é mais descoberto, mas construído pela interpretação. A interpretação existe na incidência de um caso concreto que demanda solução. Ao interpretar, o intérprete funde o seu horizonte de experiência presente (pré-compreensão) ao horizonte passado relativo ao momento de criação do texto normativo, devendo se afastar de qualquer tipo de discricionariedade, fazendo da *nova hermenêutica*²⁹⁸ ato coletivo em prol de uma sociedade mais justa.

As reflexões sobre as bases de um direito pós-moderno indicam um momento de transição paradigmática²⁹⁹, em que o direito deixa de se respaldar na neutralidade do sujeito,

²⁹⁸ Na esteira da mencionada “viragem” da hermenêutica filosófica, a hermenêutica jurídica abandona os métodos tradicionais e parte na direção de “ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais complexo e, por isso, cada vez menos propício a toda forma de arrumação “. COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre, Fabris, 2003, p. 76.

²⁹⁹ A definição da transição paradigmática desenvolvida por Boaventura Souza Santos implica a “definição das lutas paradigmáticas, ou seja, das lutas que visam a aprofundar a crise do paradigma dominante e acelerar a transição para o paradigma ou paradigmas emergentes” SANTOS, Boaventura Souza. *A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez 2000, p. 19).

na transparência do objeto e na pureza da linguagem para dar destaque à dimensão *política* do sujeito, à *complexidade* do objeto e ao caráter *pragmático* da linguagem.

2.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA NO CONTEXTO DA PÓS-MODERNIDADE: PRINCIPAIS ASPECTOS

A Política assim como o Direito é um fenômeno social em sua raiz e econômico e cultural devido ao seu desenvolvimento histórico. Como Arendt diz, a chave da Política está no âmbito de organização social. A política é então uma criação humana, uma ferramenta do homem que se desenvolveu junto com o homem, pelo homem e entre os homens.

A relação, no entanto, entre Direito e Política sempre se revelou controversa e de difícil delimitação. Ainda que na modernidade a Ciência do Direito tenha estabelecido como primado absoluto a sua autonomia em relação à política, tal assertiva sempre foi questionada. Principalmente quando se leva em consideração a proximidade do Direito com o poder no momento de sua criação.

Podendo-se afirmar, nesse sentido, que o Direito e a Política não são separáveis no sentido de que uma norma é estruturalmente Direito e substancialmente, Política. Mas, ao mesmo tempo, são assinaladas as seguintes diferenças: (1) o Direito como aplicação de uma norma que resolve ou não o conflito; (2) a Política como a invenção de uma solução do conflito sem aplicação da norma concreta, o que representaria uma forma de separar a política do Direito.

Como nos ensina Barroso, essa separação é potencializada por uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico. Essa visão prestigia as ideias de *neutralidade* científica, *completude* do direito e a da interpretação judicial como um processo *mecanicista* e de concretização das normas jurídicas, norteado por critérios essencialmente técnicos. Segundo Dallari, a primazia na seleção de ações sociais e dos meios de consecução são atividades incumbidas à política, as quais quando desenvolvidas de forma legal exigem a observância simultânea de regras que expressem os interesses da coletividade e que permitam ser cogente a toda uma comunidade, preservando, sobretudo, a dignidade humana. O estabelecimento dessas regras, sem a violação das liberdades e dos meios de garantia, é ação da seara do direito. Portanto, Direito e Política devem primar, incessantemente, pela busca de uma sociedade justa.³⁰⁰

³⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.15.

Destaca ainda o autor que, “de fato, não é possível estabelecer-se a nítida separação entre o jurídico e o político.” Desse modo, é inconcebível a concepção do Estado sem os institutos da política e do direito, uma vez que toda delimitação de regras de comportamento se baseia em fundamentos e finalidades, enquanto que a existência dos meios para os respectivos fins depende de sua materialização jurídica.³⁰¹

Norberto Bobbio ressalta a relação entre Política e Direito como um processo complexo de interdependência mútua, de forma que o direito consiste no ordenamento jurídico composto pelas diversas normas legais ao qual uma sociedade se submete. Já a política se perfaz por meio do direito que regulará os limites da atuação política. Outro elemento destacado por Bobbio, para compreensão entre direito e política, está situado na legitimidade do poder, situação em que “não é mais o poder político que reproduz o direito, mas o direito que justifica o poder político.” Além disso, considera que a legitimidade e a legalidade do poder constituem pilares para o esclarecimento do envolvimento entre Política e Direito, vez que dessa interseção nasce o Estado de Direito, subordinando o poder político ao direito, como destinação final do grupo social.³⁰²

Há que se atentar, no entanto, para os riscos de uma excessiva “*juridicização da política*”, o que pode vir a ameaçar qualquer sociedade democrática, ao se pretender o fim da política. Nesse sentido, cabe ressaltar, Arendt, quando propugna o caráter inovador e imprevisível da ação política de modo a desafiar os limites do ordenamento legal pré-estabelecido, transformando-o. Segundo a autora, pretensão jurídico-normativa de reger e codificar as interações humanas tende a ser asfixiante e contribui para o engessamento e esgotamento da política na modernidade tardia.³⁰³

A linha divisória entre Direito e Política nem sempre é nítida, se revelando, muitas vezes, ambígua. À medida que a democratização avança – com a ampliação no rol dos direitos fundamentais (direitos sociais e difusos) – e o estado contemporâneo busca viabilizar uma democracia substantiva, (e não apenas formal) as tensões e incertezas envolvendo a relação entre Direito e Política parecem aumentar.

³⁰¹ Op.cit., p.128.

³⁰² BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos. – 20ª Reimpressão – organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccacia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p.232.

³⁰³ DUARTE, André de Macedo. Hannah Arendt: repensar o direito à luz da política democrática radical. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/41463137>, p. 2.

Dallari reitera que, “de fato, não é possível se estabelecer a nítida separação entre o jurídico e o político.” Desse modo, é inconcebível a concepção do Estado sem os institutos da política e do direito, uma vez que toda delimitação de regras de comportamento se baseia em fundamentos e finalidades, enquanto que a existência dos meios para os respectivos fins depende de sua materialização jurídica.³⁰⁴ Entre os juristas contemporâneos, constata-se haver um consenso quanto à autonomia relativa do direito em relação à política e vice-versa³⁰⁵.

Ao mesmo tempo em que se reconhece que as mudanças por que vem passando o Estado contemporâneo impactam o mundo jurídico e a sua relação para com as instituições políticas.

A grande questão abordada atualmente pela nova teoria do estado é a da legitimidade tendo em vista a preocupação em se construir uma democracia mais *substantiva* do que propriamente *procedimental* (ou formal). Instaure-se, assim, uma discussão acerca da necessidade de se opor à tradicional visão formalista uma concepção mais ética e humanista. É nesse sentido, que Boaventura Santos³⁰⁶ nos fala da substituição da racionalidade *cognitivo-instrumental* pela do *conhecimento-emancipação*, de modo a capacitar os agentes à discussão racional dos pressupostos éticos do saber e do poder tendo em vista a concretização do bem comum. O Estado Democrático de Direito, ao prestigiar a ideia de justiça social a partir da efetivação dos direitos fundamentais, acaba reaproximando *o direito da moral*.³⁰⁷ A preservação da vida (concebida como dignidade humana) se irradia para o mundo direito, fazendo emergir na contemporaneidade, segundo Lopes, um direito ético, pautado pela defesa da dignidade humana.³⁰⁸

³⁰⁴DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003. p.128.

³⁰⁵ Sobre a autonomia do direito em relação à política destaca Barroso: “O direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais com frequência, refletirão fatores extrajurídicos.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. In: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v. 2 n. 21, jan/jun 2012, p. 27.

³⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo, Cortez, 2005, v.1,

³⁰⁷ O Estado Democrático de Direito vem a surgir da conjugação de abstenção do Estado frente às liberdades negativas e da necessidade de promoção de medidas sociais que efetivassem os direitos sociais ao mínimo existencial. Canotilho prescreve que “o Estado constitucional de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de Direito”.

³⁰⁸ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, o Mercado e a Moral. Rio de Janeiro, FGV, 2005, p. 117.

Em decorrência desse processo de “moralização do Direito”, os princípios gerais do direito passam a ocupar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos ocidentais, fazendo surgir um direito *principiológico*. No sistema jurídico contemporâneo, os princípios se apresentam ao lado das regras (como normas jurídicas) como fundamentos balizadores (e de cunho interpretativo) no processo de aplicação de suas regras à realidade social. Considerando-se assim, que em caso de conflito entre princípios e regras no interior do ordenamento jurídico, se dará preferência aos primeiros, conferindo-lhes, pois, o papel de fundamentos axiológicos (valores) do direito objetivo. Ainda segundo Lopes, é justamente a implosão do Direito moderno pelo crescimento dos princípios como normas jurídicas que faz emergir as bases éticas do Direito contemporâneo.

Outro aspecto a indicar o processo de moralização do direito se refere ao aumento dos chamados “*conceitos jurídicos indeterminados*” no ordenamento legal, de modo que para se concretizarem dependem de processo interpretativo. Assim como os princípios os conceitos jurídicos indeterminados expressam valores morais, o que lhes confere, igualmente, maior flexibilidade interpretativa que a atribuída às regras puras no momento que se aplicam a situações concretas.

A emergência de *interesses difusos* na contemporaneidade, revelando demandas que não referem a indivíduos ou grupos determinados, alcançando, potencialmente, a sociedade inteira é outro fator de expansão do direito. À medida que o direito vai se imiscuindo cada vez mais em questões de natureza política, rompe-se com o equilíbrio entre direito e política que tradicionalmente marcou a modernidade.³⁰⁹

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a prestigiar o papel desempenhado pela jurisdição constitucional³¹⁰. Como não há possibilidade de se apontar previamente qual o direito

³⁰⁹ Ao comentar sobre o impacto dos interesses difusos no processo de políticas públicas Lopes chama a atenção para a ampliação e fortalecimento do direito como instrumento de regulação, com o jurídico prevalecendo sobre o político. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito: a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral*. FGV, Rio de Janeiro, 2005, p. 36.

³¹⁰ A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição). BARROSO, Luís Roberto. *Constituição*,

aplicado ao caso, caberá ao Judiciário *densificar* e dar significado a esses direitos, de acordo com o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele determinado momento.

A passagem da Constituição para influenciar o direito público e o privado resulta em uma grande evolução, que foi a de considerar os direitos fundamentais como primazia do sistema jurídico, tornando, via de consequência, a Lei Fundamental mais efetiva, em todos os segmentos jurídicos. Por essa nova e atual dogmática, a norma infraconstitucional é interpretada a partir da Constituição Federal, visto que ela é vinculada a uma realidade social totalmente voltada para os direitos fundamentais do cidadão.

Logo, a Constituição deixa de ser um catálogo de princípios políticos, para ter o encargo de definir o direito, por intermédio de sua normatividade. Os princípios se deslocam dos preâmbulos das constituições para os textos constitucionais, disseminando-se para todos os ramos do direito, provocando a chamada *constitucionalização do ordenamento jurídico*.

Dessa forma, a antiga noção de lei, como primado máximo e absoluto do direito, perde a sua força. Sob a vigência do paradigma pós-moderno a adequação constitucional de atos, decisões governamentais e políticas públicas é meio indispensável ao processo de concretização dos direitos fundamentais.

A relação entre *Direito e Política* se altera na *contemporaneidade*. Ao se romper com os limites tradicionais que a separavam das fronteiras entre uma e outra já não são tão nítidas e seus conflitos aumentam. Com a expansão do direito sobre o universo político, percebe-se um deslocamento de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais que são o Legislativo e o Executivo, de modo a revelar a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Costuma-se denominar este maior envolvimento do Poder Judiciário nas questões relevantes de natureza política, social ou moral de *judicialização da política*. Trata-se de tema controverso.

Para alguns uma disfunção, que compromete a legitimidade democrática, para outros, uma consequência natural da expansão do direito sobre a política na fase contemporânea.³¹¹

Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: www.migalhas.com.br. Acesso em 25 de maio de 201, p. 05.

³¹¹ A judicialização da política ocorre naturalmente, pois que diretamente ligada a fatos como Poder (soberania), Estado e Bem Comum (Sociedade), o direito a toma como fato juridicamente relevante, disciplinado, mediante normas jurídicas (portanto prescrições imperativas) o seu regime, pelo que, por essa mesma razão, a política passa a ser objeto da ciência do direito, enquanto norma integrante do sistema jurídico. Na medida em que ocorre a judicialização da política, é legítima a interferência direta desta por outros poderes, que não o político, desde que na forma e nos limites impostos pelo sistema jurídico. HUMBERT, Georges Louis Hage. O Direito e o fenômeno político. In: Revista Jus Nvigandi, Teresina, ano 15, n. 2390, 16 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1497>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

Historicamente a jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm sido alvos de fortes críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais – o que em teoria constitucional foi denominado de dificuldade contramajoritária.

Como bem salientado pelo Prof. Barroso, o sentido atribuído à Constituição nos tempos contemporâneos a tornam um elo entre o universo político e jurídico, numa tentativa de submeter o exercício do poder político a alguns conceitos que ganham força no Direito pós-moderno como a justiça, segurança e bem-estar social. Ao mesmo tempo em que se reconhece a dimensão política do processo de interpretação, com essa não se confunde já que a sua discricionariedade será limitada pelo dever de motivação e pelos parâmetros de razoabilidade e de legitimidade que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade.

Segundo Mendonça, todo esse processo que envolve a maior participação da jurisdição constitucional em questões políticas está a revelar mais do que propriamente um desequilíbrio entre os poderes uma evolução no conceito e arranjo institucional da democracia contemporânea. Nesse sentido, ao mesmo tempo, que o direito se coloca como instrumento de luta política, a política se vê obrigada a incorporar em seu discurso o balizamento constitucional. O autor entende, dessa forma, que a democracia, hoje, envolve um desenho institucional mais complexo que além de preservar a primazia dos representantes eleitos (democracia representativa) admite espaços de decisão política contramajoritária, os quais ainda podem ser democráticos, sob uma perspectiva deliberativa.³¹² É nesse contexto, conforme Mendonça, que se vislumbra o resgate da razão prática pela filosofia política, como forma de se construir justificadamente os limites à deliberação majoritária, incorporados nas Constituições.

Sob a perspectiva da democracia substantiva contemporânea é preciso que as decisões estejam respaldadas por uma legitimação discursiva, pois é por meio dela que se confere conteúdo à máxima “de que as majorias não podem tudo”.³¹³ O que leva à construção

³¹² Ressalta Mendonça que sob a perspectiva da *democracia substantiva* a regra majoritária se assenta em uma premissa substantiva, que é a igualdade essencial dos participantes do processo decisório. MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. Disponível em <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/aconstitucionalizaçãotentreoinevitáveleoexcessivo>. Acesso em 25 de junho de 2014.

³¹³ Como se vê, a necessidade de que os processos decisórios não se transformem em instrumento para a dominação de nenhum grupo ou segmento social, por mais expressivo que seja, pode ser extraída diretamente dos fundamentos do princípio democrático, sobretudo em um contexto marcado pelo *fato do pluralismo*. No entanto, essa premissa básica tinha ficado obscurecida, ou, quando menos, não havia sido levada às suas últimas consequências. Essa é a marca distintiva da democracia substantiva do segundo pós-guerra: as condições mínimas da igualdade essencial de todos os homens – da sua dignidade humana – deveriam ficar protegidas de eventuais investidas majoritárias. MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo*. In: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizaçãodapoliticaentreoinevitáveleoexcessivo.pdf>. Acesso em 25 de junho de 2014, p.22

de uma *legitimação discursiva das decisões políticas* a partir do reconhecimento da dignidade de cada indivíduo manifesta no direito *fundamental de exigir argumentos*.³¹⁴ Se busca, dessa maneira, impedir que a deliberação majoritária desconsidere a premissa da igual dignidade de seus participantes.

Habermas, por sua vez, afirma a existência de uma relação interna entre direito e política, a partir da constatação de duas premissas: a de que a dominação política prescinde uma organização que só se consegue através de normas jurídicas institucionalizadas e a de que o direito se utiliza da política para que ele tenha facticidade. É do processo legislativo que nasce a sua legitimidade, vez que ele se embasa em deliberação, e essa pressupõe aceitação racional de argumentos estabelecidos pelo discurso e pelo poder comunicativo, que ao seu turno reverberam no âmbito político, pois as normas jurídicas estabelecidas ensejam dominação conforme o que o autor chama de “direito legítimo”.

Ressalta-se que, nesse raciocínio de Habermas, direito e política não operam de forma a restringir um ao outro, mas apenas se utilizam de uma mesma referência no que tange à legitimidade no exercício do poder. Essa correlação estrutura-se à medida que todos os indivíduos titulares de mesmos direitos estabelecem uma deliberação democrática e é essa deliberação realmente democrática que poderá estabelecer os direitos iguais a todos os participantes, como em um ciclo circular de interferência mútua.

As formações discursivas da opinião e da vontade figuram como premissas fundamentais para legitimidade do direito, ou seja, dentro do pensamento pós-tradicional, só vale como legítimo o direito que fora elaborado no interior de uma comunidade democrática que, utilizando do discurso racional, convencionou, normas reconhecidas reciprocamente pelos sujeitos.³¹⁵

O direito faz o poder político se transformar em *poder legítimo*, e o poder político dá ao direito, através da coerção, *a segurança jurídica da estabilização de expectativas dos comportamentos e também da obrigatoriedade das decisões*, decorrente do poder administrativo.³¹⁶

³¹⁴ A partir dessa ideia básica, impõe-se uma nova forma de legitimação, dita discursiva ou deliberativa, que se coloca como complemento e/ou contraponto à legitimação puramente majoritária. O equilíbrio entre essas duas forças é produzido no próprio espaço público, por meio da interação das diferentes instâncias de discussão e decisão decorrentes de cada desenho institucional. Cada sociedade molda seu próprio sistema, que pode incluir instituições baseadas essencialmente na legitimação discursiva, com pouca ou nenhuma interferência formal das instâncias políticas. Op. Cit., p. 21.

³¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³¹⁶ Habermas ressalta a necessidade de que o poder político só manterá sua legitimidade enquanto transparecer a busca pela ideia de justiça, e é por esse motivo que afirma que o direito positivo moderno tem que surgir em conjunto com o poder comunicativo considerando-se que a justiça teria sua origem no próprio direito, já que tem argumento fundante em deliberações comunicativas, fazendo com que o poder comunicativo, ligado a essas deliberações, sustente a

Com relação ao direito, sua contribuição à função intrínseca do poder administrativo (realizar fins coletivos) evidencia-se, especialmente, no desenvolvimento de normas secundárias. Não se trata tão-somente, segundo Schumacher³¹⁷, daquelas normas “que conferem poder (e até criam) às instituições governamentais dotando-as de jurisdições especiais, como também normas organizacionais que estabelecem procedimentos para a existência e gestão administrativa ou judicial de programas jurídicos.”

Assim, a atividade do direito, sua função e aplicabilidade, atinge outras esferas que não somente a da jurisprudência jurídica, mas alcança também a esfera das instituições de governo – procedimentos e competências – garantindo, assim, a autonomia privada e pública dos cidadãos. Com sua teoria discursiva do direito, Habermas supera um dos grandes desafios da democracia contemporânea, qual seja a conjugação da autonomia privada com a pública, reconstruindo a relação do direito legítimo com o poder político, através de uma relação interna entre direitos fundamentais e democracia.

Ao reconstruir essa relação interna pretende, ainda, dar uma forma jurídica e legítima ao poder político. Pugnando por um sistema que contemple os direitos fundamentais que deverão ser obrigatoriamente atribuídos mutuamente pelos cidadãos, de modo a regular a sua convivência com os meios legítimos do direito posto. Na busca pela efetividade dos direitos e das leis (democracia substancial), a dimensão política do direito se revela, não apenas no processo de interpretação constitucional (jurisdição constitucional) mas também no exercício da função administrativa (Administração Pública) voltada para a implementação de políticas públicas, de modo a reforçar a tese que defende a maior interpenetração entre direito e política na atualidade.

Nesse sentido, repensar a relação entre Direito e Política nos tempos atuais, significa propor as bases de um Estado Democrático de Direito que esteja interligado por intermédio das políticas públicas ao jurídico, ao direito, não se admitindo, pois, a sujeição de políticas ou leis que não se adequem ao texto constitucional. O que vem reforçar a tese do alargamento da fronteira jurídica sobre as várias dimensões da vida em sociedade, a ocupar tanto o espaço dos *déficits* no campo ético, quanto dos excessos na seara política.

legitimidade do direito posto. A relação de direito e política, como apresentada inicialmente, torna-se ainda mais complexa, vez que há a inserção do poder comunicativo, que faz com que o direito faça uso dos temas que serão institucionalizados pela política. É a partir da norma jurídica que a esfera pública pode se organizar para estabelecer um fluxo de tema do direito para a política e do direito para a administração, consubstanciando assim a expectativa de solidariedade e integração social, no revés de um poder administrativo embasado apenas na expectativa da coerção para justificar a obrigatoriedade de suas decisões.

³¹⁷SCHUMACHER, Aluísio Almeida. **Comunicação e democracia**: fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa. 2000. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Políticas) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000. a.

2.3.1 Sobre a relação entre direito e políticas públicas e seus desafios contemporâneos

Uma vez constatada a relação estreita entre direito e política passa a se indagar se o mesmo ocorre quando se refere a ligação entre direito e políticas públicas. Afinal, o que é política para o direito? O que são políticas públicas?

Saravia³¹⁸ destaca que ao mesmo tempo uma análise só leve em consideração a perspectiva jurídica seria limitada e insuficiente para compreender a riqueza e a diversidade das variáveis que compõem o universo do fenômeno estatal, há que se reconhecer a sua dimensão jurídica. Nestes termos, a perspectiva da política pública integra adequadamente a dimensão jurídica, revelando-se, pois, *visões complementares e não excludentes*. Trata-se de tema complexo, considerando-se o caráter dinâmico das políticas públicas, sua natureza democrática e a alta complexidade que a pós-modernidade impõe ao processo de regulação das relações sociais.³¹⁹

O grande desafio, no entanto, em se buscar compreender esta relação na atualidade consiste identificar eventuais interações no momento de “crise” por que veem passando as ciências em geral, e em particular, a ciência política e o direito. Por um lado, a *democratização* que, além de assegurar aos cidadãos crescente participação nas decisões estatais, na sua implementação, controle e benefícios, impõe mudança significativa na dinâmica organizacional, estrutura e métodos de ação pública. Por outro, o *déficit de legitimidade* vivenciado no âmbito do direito, principalmente pelo direito público, quando se depara a contumaz falta de efetivação dos direitos fundamentais.

Políticas públicas são instrumentos que estão ligados à noção de Estado Democrático de Direito, desde que se toma como premissas que fundam essa constatação a complexidade da sociedade hipermoderna; a diferenciação, especialização e clausura operacional como tipicidade do sistema jurídico na modernidade; as tendências pluralistas, democratizantes e emancipatórias presentes no contexto atual; o Estado constitucional como dinâmica construtiva que “juridiciza”³²⁰ relações sociais em geral e político-estatais em especial; o

³¹⁸ SARAVIDA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: Políticas Públicas (coletânea) Políticas Públicas (coletânea) volume 1, Brasília, ENAP, 1996, 27.

³¹⁹ “É importante destacar que o processo de política pública não possui uma racionalidade manifesta. Não é uma ordenação tranqüila na qual cada ator social conhece e desempenha o papel esperado. Não há, no presente estágio de evolução tecnológica, alguma possibilidade de fazer com que os computadores – aparelhos de racionalidade lógica por excelência – sequer consigam descrever os processos de política”. SARAVIDA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: Políticas Públicas (coletânea) Políticas Públicas (coletânea) volume 1, Brasília, ENAP, 1996, p. 29.

³²⁰ A noção de *juridicização* precede do conceito de *judicialização*, porém dotada de menor precisão. Existem duas linhas de interpretação deste conceito: (a) expansão, reconstrução ou criação de esferas jurisdicionais para resolução de conflitos; e (b) expansão da lógica sistêmica do direito em relação aos demais sistemas sociais (DEZALAY, 1990, p. 279-293; TEITEL, 2005, p. 837-862; LANDFRIED, 1992, p. 50-67; MELLO, 2005, p. 164-165). No presente trabalho adotamos o termo para indicar a própria expansão do direito sobre os demais sistemas sociais.

Estado como campo potencialmente autônomo e disputável; cidadania como possibilidade de incorporação crescente, em volume e complexidade, de direitos.

As políticas públicas podem ser entendidas como "programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados". Trata-se, dessa forma, do *Estado em ação*, sendo, no dizer de Charles-Albert Morand, co-substanciais; razão pela qual, "cada modelo estatal produzirá seu modelo próprio de políticas públicas, considerando a dinâmica do governo, sua relação com a sociedade e a capacidade dessa em organizar-se para fiscalizar e cobrar a execução de direitos."³²¹

De acordo com Saravia, para se compreender o processo de políticas públicas torna-se fundamental analisar o modo de funcionamento da máquina estatal. Por sua vez, tendo em vista que as expressões da atuação governamental correspondem, em regra, a formas definidas e disciplinadas pelo Direito, esse apresenta-se, a princípio, como meio para o estabelecimento dos objetivos estatais.

Os papéis e tarefas do Direito em políticas públicas, contudo, ultrapassam o viés instrumental, pois além de apontar os fins e situá-las no ordenamento, criam condições de participação, oferecem meios e estruturam arranjos complexos em prol da efetividade.

Nesse sentido, Coutinho declara que o papel do Direito em relação às políticas públicas não se resume ao seu elemento constitutivo.³²² Além de diretriz normativa, o autor chama a atenção para o Direito enquanto dimensão institucional das políticas públicas, ao estruturar seu funcionamento, regular seus procedimentos e se encarregar da viabilização da articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas. Ressalta, também, que o direito permite a calibragem e a auto-correção das políticas públicas; podendo provê-las, ainda, de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração, promovendo participação e prestação de contas.

O Direito das Políticas Públicas³²³, por assim dizer, opera uma modificação substancial do raciocínio jurídico em direção ao imperativo da eficácia, entrando na era da

³²¹ CHRISPIANO, Álvaro. Binóculo ou luneta: Os conceitos de política pública e ideologia e seus impactos na educação. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*. Rio Grande do Sul, v. 21, n. 1/2, p.61-90, jan./dez. 2005, p.66.

³²² COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria (eds.) 'Política Pública como Campo Multidisciplinar', São Paulo, Ed. Unesp, 2013.

³²³ Expressão consagrada por Charles Morand se busca salientar a presença do direito cada vez mais forte no processo de políticas públicas. Como nos lembra Bucci, a ação governamental no Estado democrático de direito, é conformada por esse. O avanço da "democracia dos direitos", leva a uma demanda crescente de articulação da ação de agentes intra-estatais e extra-estatais a justificar um estudo mais aprofundado sobre os modos pelos quais os entrelaçamentos entre o poder político e sua ordenação jurídica conformam os programas de ação governamental. José Eduardo Faria entende ter havido uma evolução do direito administrativo e constitucional, *do direito liberal para o direito administrativo regulador*, que consistiria na utilização do direito público para a implementação e execução de programas econômicos e políticas de desenvolvimento. Seria esse, portanto, *o direito das políticas públicas*.

pós-modernidade. No Estado Social de Direito, as políticas públicas devem ser concebidas não mais no sentido de intervenção sobre a atividade privada, “mas de diretriz geral tanto para a ação dos indivíduos e organizações, como do próprio Estado”.

Nesse sentido, os princípios diretores têm um papel essencial para a implementação do direito de políticas públicas. A preferência na utilização dos princípios diretores às regras fixas explica-se porque “eles são os únicos capazes de assegurar a compatibilidade de valores e interesses complementares ou contraditórios que buscam a ‘otimização da vida’ e permitem, assim, a coexistência de legislações que protejam valores e interesses diversos.”³²⁴

Não se devem abandonar as exigências da legalidade, mas no confronto entre as políticas públicas e o princípio da legalidade, símbolo da unidade do direito moderno, esse sai fragmentado³²⁵. Como sublinha Charles-Albert Morand, no direito pós-moderno, supõe-se que sejam encontrados os pontos de equilíbrio, assegurando uma flexibilidade suficiente para que ele seja capaz de agir sobre uma realidade instável, conservando o mínimo de previsibilidade sem a qual ele não mereceria o seu nome.

Na realidade, as políticas públicas adotam programas finalísticos que por natureza são flexíveis, e as exigências da legalidade devem ser diferenciadas em função do grau de finalização da ação, como também do grau de imperatividade das normas. O processo de política pública mostra-se, portanto, como forma moderna de lidar com as incertezas decorrentes das rápidas mudanças do contexto. Começa com os esforços de alguns países europeus, do Japão, dos Estados Unidos e do Canadá para responder de forma mais eficiente às demandas e às necessidades sociais.

O processo de política pública dá início a um novo modelo de gestão pública

³²⁴ SILVA, Solange Teles da. Políticas públicas e estratégias de sustentabilidade urbana. Disponível em <http://v.rw\v.pos.uca.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2003/Lpdf>, Acesso em 27 de janeiro de 2015, p. 5.

³²⁵ Deve-se advertir que em um modelo de estado em que a legitimidade é conferida pela capacidade de alcançar os fins de normas diretrizes a lei perde sua majestade sendo considerada mais um instrumento de governo. A lei visa, hodiernamente, a solução de situações sociais ou intervir na economia de modo a coordenar o âmbito privado, o que mostra o alargamento da competência normativa do estado o que é observável com o crescimento de órgãos da administração direta e indireta tratando de prestações que lhe são inerentes. No que tange às políticas públicas temos o fortalecimento da função executiva do estado em detrimento da supremacia do poder legislativo que ocorre no modelo constitucional clássico. No modelo de Estado Social, que perdura, de certa forma, nesse modelo posterior, a legitimidade do estado está inserida na sua capacidade de concretizar as finalidades coletivas ainda dispostas no texto constitucional, ainda que indiretamente.

Segundo Bucci³²⁶, no direito dos Estados Unidos, ao contrário do Brasil – e demais países da América Latina, além da ciência política estar muito próxima do campo dos estudos jurídicos, as políticas públicas têm uma inserção mais antiga no direito público, o que acaba fazendo com que as estruturas de decisão e processos jurídicos se revelem mais aptos a lidar com elas. Saravia destaca que uma vez tendo essa perspectiva se originado nos Estados Unidos, dúvidas são levantadas sobre a sua validade em países cujos *sistemas jurídicos* são tradicionalmente de origem *latina e germânica*. Ocorre que a maior proximidade da administração pública com o processo decisório das políticas e sua dinâmica complexa contraria a essência do modelo fortemente legalista (inspirado no direito francês) presente nos países da América Latina – e que se fundamenta na *neutralidade e despolitização* da função administrativa. Ohlweiler declara³²⁷:

Desta forma, as decisões do Poder Público que ocorrem para a construção dos seus programas de ação já não fazem mais parte de uma instância impenetrável para o jurídico, inquebrantável, de tal modo que sequer seria crível falar-se em controle externo de tais atos. Hodiernamente, cada vez mais, constrói-se um imaginário segundo o qual no âmbito de um Estado Democrático de Direito é plenamente possível controlar tais políticas públicas, relativamente à sua procedimentalização e ao próprio conteúdo da decisão adotada pelo agente público.

No Brasil, há muito o que explorar em relação ao tema. O modelo tradicional em que desenvolveu *o direito administrativo nacional*, por exemplo, revela seus limites face ao atual universo das políticas públicas. A sua estrutura hierarquizada, centralizada, rígida e formal tem se revelado um empecilho ao êxito das políticas públicas no Brasil, na medida em que prestigia a ideia de controle em detrimento dos aspectos de coordenação tão fundamentais em termos de governança das políticas públicas. Donde se pode concluir que a busca pela eficiência no processo de implementação de políticas públicas na atualidade está a exigir a ruptura com certas construções teóricas do passado, por exemplo, que desconsideravam as íntimas relações entre política e direito administrativo.³²⁸ A emergência de um novo conceito de democracia e de uma nova forma de governar³²⁹ repercute diretamente no Direito Público

³²⁶BUCCI, Maria Paula Dallari. *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*. In: www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm. Acesso em 3 de junho de 2015.

³²⁷ Ohlweiler, Leonel. **A construção e implementação de políticas públicas**: desafios do Direito administrativo moderno. In: *Verba Juris* ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 271.

³²⁸ Dentre os desafios epistemológicos que enfrenta o direito administrativo brasileiro contemporâneo, Coutinho ressalta a dificuldade em se conciliar as ideias de *flexibilidade* e *eficácia* com a tradicional busca pela *certeza* e *segurança jurídica*.

³²⁹ “*O government by policies*, em substituição ao *government by law*, supõe o exercício combinado de várias tarefas que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsionial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.” COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia.

com destaque para o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, impondo-se a revisão de seus fundamentos numa tentativa de resgatar o sentido do que venha a ser um bom governo na atualidade.

É preciso pensar um novo Direito diante de uma nova forma de governar – *governance*.

O princípio da legalidade, por exemplo, enquanto limite a toda a atuação governamental, ainda persiste, mas deixa de ser absoluto, na medida em que se passa a reconhecer às agências administrativas papel regulador, cuja atuação se destaca muito mais por sua natureza dialógica do que propriamente por sua vinculação legal.

Cass Sunstein entende que a atuação da Administração Pública ultrapassa hoje, em muito, as tarefas que tradicionalmente lhe eram cometidas. Na verdade, segundo o autor, a missão de perseguir o interesse público obriga, atualmente, a Administração Pública a construir, *in loco*, o próprio interesse público, deixando neste caso, de ser um conceito previamente definido em lei, tornando-se, frequentemente, objeto de negociação (ponderado).

A Administração Pública, dessa forma, se torna obrigada a selecionar e implementar valores subjacentes às leis, ou na ausência dessas ou diante de sua inadequação face à realidade, é forçada a encontrar tais valores, em um processo mais aberto, com o apoio de especialistas, dando origem ao que os tribunais chamam de *decisões fundamentadas*.

A ideia de um *soft law* aliado a uma nova forma de exercer o poder conhecido como *governance*, vai se consolidando, em contraponto ao conceito clássico de lei (*hard Law*) e à forma tradicional de exercer o poder caracterizada como *government* ou sistema de comando e controle. A partilha de autoridade torna-se uma realidade e a atuação, cada vez mais, se desenvolve em rede. Sob a perspectiva do conceito contemporâneo de democracia, não só a participação dos cidadãos no processo decisório é reforçada, quanto a dimensão constitucional das políticas públicas se torna mais evidente. Os textos constitucionais contemporâneos refletem um compromisso maior com a transformação social e a efetividade de suas normas. Surge, assim, o conceito de Constituição dirigente³³⁰, podendo-se inclusive afirmar, ser essa a condição que antecede as políticas públicas. Como bem destaca Ohlweiler³³¹, possibilitar a construção de espaços públicos dotados de sentido constitucional é a principal característica

³³⁰ A Constituição dirigente não substitui a política, mas torna-se a sua premissa material”.(BERCOVICI, 2005, p. 58-59).

³³¹ Ohlweiler, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. In: Verba Juris ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 287.

das políticas públicas no âmbito do Estado democrático de direito. A *dimensão constitucional* das políticas públicas está a revelar que, diante da constatada limitação da lei formal para aferir as condições de validade das políticas públicas, é preciso ir além e mergulhar fundo na Constituição.³³²

Considerando-se que, a partir do reconhecimento dos direitos e deveres fundamentais dos cidadãos, da consagração dos princípios fundamentais, e da flexibilidade por esses admitida, é possível encontrar a legitimação que falta para as políticas públicas.³³³ Apesar das controvérsias que permeiam hoje a constitucionalização das políticas públicas e suas tensões, torna-se relevante destacar o sentido desse debate quando se busca a efetivação dos direitos e a cidadania plena. Certamente as indefinições acerca da legitimidade democrática e do papel a ser exercido entre os três poderes – tais como a primazia da deliberação majoritária, a liberdade de conformação do legislador a judicialização da política – colocam em xeque a própria governança das políticas públicas sob a perspectiva da estabilidade institucional.

Por outro lado, outras questões, que podem inviabilizar a proposta transformadora do Estado Democrático de Direito, devem ser levadas em consideração, assim como a compreensão do papel do Direito nesse processo. Afinal, é possível pensar no funcionamento pleno de uma democracia sem mecanismos de controle social das políticas públicas? Ou assegurar que o sistema do diálogo democrático funcione adequadamente se as condições básicas de existência digna não são garantidas a todos? Como evitar que a racionalidade econômica venha solapar os fundamentos de uma coexistência solidária e democrática?

Pensar nas soluções que o Direito contemporâneo pode oferecer às novas atuações do Estado constitui, assim, um especial desafio. Se por um lado, se sabe que o Estado procura, como sempre, satisfazer, de acordo com o direito, tanto as necessidades individuais quanto as coletivas, por outro, há que se reconhecer que a ação que conduz a essa satisfação se tornou hoje complexa, plural, desenrolando-se num contexto marcado pela incerteza e pela atuação em rede.

³³² Ao se perscrutar sobre as possibilidades de atuação do Direito contemporâneo – ou pós-moderno – face ao processo de políticas públicas, é preciso destacar a relação das políticas públicas com a ideia de efetividade da ação governamental; e a sua dimensão constitucional como fonte de legitimidade. Tratar o agir governamental, como uma questão constitucional, traduz uma perspectiva renovada sobre o conceito de legitimidade estatal que se materializa na realização de direitos e desenvolvimento de tarefas fundamentais. Para cada política pública que se apresente há que se indagar, portanto, sobre o seu enquadramento constitucional. Não se podendo esquecer que o princípio da constitucionalidade, conquista do Estado Constitucional, nascido com as revoluções liberais, exige para todas as intervenções estatais e de quaisquer outras entidades públicas: *a legitimação do direito*.

³³³ O que significa dizer que no âmbito do Estado Democrático de Direito a dimensão política encontra na Constituição o alicerce formal fundamental.

Pode-se dizer, dessa forma, que o grande desafio para o ‘direito das políticas públicas, consiste em articular *Direito e Política*, de modo a assegurar a realização de políticas públicas através de uma boa governança que garanta uma vida em comunidade com dignidade e segurança. Há que se reconhecer que o controle do poder já não constitui mais o objetivo principal do Direito contemporâneo – embora ainda importante – sendo substituído pelo estudo e exame, a partir de categorias jurídicas, da forma e exercício do poder político. Assim, como parece não estar mais em questão o aperfeiçoamento da gestão pública, mas sim como torná-la fortemente aberta à participação da sociedade.³³⁴

Nesse sentido Ohlweiler³³⁵ chama a atenção para a necessidade de se superar duas questões peculiares à organização administrativa brasileira. Segundo o autor, uma delas se refere aos traços patrimonialistas que ainda se fazem presentes nas estruturas administrativas nacionais, que além de comprometer o sucesso das políticas públicas, desafiam a implementação de um processo com *abertura dialógica*. O que se revela fundamental para aumentar o nível de legitimidade de tais ações administrativas.

A segunda questão levantada diz respeito à necessidade de repensar as estruturas administrativas dotadas de características como hierarquia, centralização e abstração insuficientes para lidar com a construção de políticas públicas na atualidade. A estruturação hierárquica da Administração Pública se revela, assim, incompatível com a ideia de maior participação popular, favorecendo, muitas vezes, processos decisórios centralizados que desconsideram as particularidades das realidades locais. Outro aspecto a ser superado, ainda segundo o autor, se refere à dificuldade em estabelecer formas de gestão participativa no Brasil, devido ao baixo grau de participação da sociedade na condução dos negócios públicos.

Diante das novas funções assumidas pela Administração Pública contemporânea, dentre elas, a implementação de políticas públicas, surgem para o Direito novas formas de atuação. Em meio a esse processo destaca-se Coutinho quando identifica diferentes papéis para o Direito no que se refere ao processo de políticas públicas na atualidade. Vale mencionar:

- a) *O Direito como objetivo* – Assim, enxergar o direito como objetivo de políticas públicas sugere, em primeiro lugar, que se reconheça que o arcabouço jurídico tenha a característica de formalizar metas e indicar os “pontos de chegada” das políticas

³³⁴Pode-se dizer que a nova gestão pública, muito mais do que lidar com processos organizacionais, pretende fazer acontecer ações públicas, obviamente, e em especial para um país de modernidade tardia como o Brasil, radicalmente democráticas, portanto, profundamente marcadas não pela dimensão de autoridade, mas de copartícipe na construção dos programas governamentais. ³³⁴ Ohlweiler, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. In: Verba Juris ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 291.

³³⁵ Ohlweiler, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do Direito administrativo moderno. In: Verba Juris ano 6, n. 6, jan./dez. 2007, p. 286.

públicas. O direito, nesse sentido, pode ser entendido como uma diretriz normativa (prescritiva) que delimita, ainda que de forma geral e sem determinação prévia de meios, o que *deve ser* perseguido em termos de ação governamental. Ele é, nessa acepção, uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica.

- b) *O Direito como arranjo institucional* – Entender o direito como parte da dimensão institucional de políticas públicas é supor que normas jurídicas estruturam seu funcionamento, regulam seus procedimentos e se encarregam de viabilizar a articulação entre atores direta e indiretamente ligados a tais políticas. Atributos do desenho institucional de políticas públicas – como seu grau de descentralização, autonomia e coordenação intersetorial e os tipos de relações públicas e público-privadas que suscitam, bem como sua integração com outros programas – de alguma forma dependem, em síntese, da consistência do arcabouço jurídico que as sustenta. O direito visto como componente de um arranjo institucional, ao partilhar responsabilidades, pode, por exemplo, colaborar para evitar sobreposições, lacunas ou rivalidades e disputas em políticas públicas.
- c) *O Direito como ferramenta* – O estudo das diferentes possibilidades de modelagem jurídica de políticas públicas, a escolha dos instrumentos de direito administrativo mais adequados (dados os fins a serem perseguidos), o desenho de mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, o desenho de sanções, a seleção do tipo de norma a ser utilizada (mais ou menos flexível, mais ou menos estável, mais ou menos genérica) são exemplos de tópicos que surgem quando o direito é instrumentalizado para colocar dada estratégia de ação em marcha. Desde este ponto de vista, o direito poderia ser metafóricamente descrito como uma caixa de ferramentas que executa tarefas meio conectadas a certos fins, de forma mais ou menos eficaz, sendo o grau de eficácia, em parte, dependente da adequação do meio escolhido.
- d) *O Direito como vocalizador de demandas* – Descrever o direito como vocalizador de demandas em políticas públicas significa supor que decisões em políticas públicas devam ser tomadas não apenas do modo mais bem fundamentado possível, por meio de uma argumentação coerente e documentada em meio aberto ao escrutínio do público, mas também de forma a assegurar a participação de todos os interessados na conformação, implementação ou avaliação da política. Para isso, o direito pode prover (ou desprover) as políticas de mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta assegurando, com isso, que elas sejam permeáveis à participação e não insuladas em anéis burocráticos.

De todo o exposto até aqui, é possível constatar a relação existente entre o direito e o universo das políticas públicas, bem como os seus dilemas contemporâneos. Surgem novas formas de atuação para o Direito, que transcendem seu aspecto normativo, e se estendem ao longo do processo de implementação das políticas públicas. *É o direito presente também na*

ação. Dessa forma, a racionalidade *subsuntiva*, fundada na lei geral e abstrata e no silogismo jurídico, deixa de ser a única forma de atuar do Estado e sua Administração.

Como salienta Ohlweiler, no processo de construção de políticas públicas os raciocínios *subsuntivos* cedem espaço para *os ponderativos* do conjunto de bens, princípios, regras, interesses e direitos envolvidos, permitindo-se, assim, a ampla participação dos interessados ou afetados diretamente pelas políticas públicas. Ainda segundo Bucci, a crise do modelo normativista e dedutivo – então sustentado pela lógica positivista – leva a novos modelos de representação do direito, “*em que técnicas de legislação e decisão não se baseiam mais exclusivamente em regras, mas também em princípios e objetivos*”.³³⁶

Sob a perspectiva das políticas públicas e sua efetividade, torna-se crucial, portanto, aprofundar sobre os impactos de sua relação estreita com a Constituição. O desprestígio da lei e a centralidade da Constituição alcança a própria dogmática do Direito Administrativo, impondo-se a revisão de temas como os limites da discricionariedade administrativa, teoria das fontes, teoria da norma e teoria da interpretação.

O que significa dizer: quando o constitucionalismo avança sobre temas originariamente políticos, indicando fins, objetos e projetos para a sociedade, atribuindo à Constituição uma força normativa até então desconsiderada, a maneira de se conceber a relação do direito com a política se modifica, tornando-a, assim, mais substantiva do que um procedimento formal³³⁷.

O Estado Democrático de Direito, ao incorporar valores – como respeito à dignidade humana, concretização dos direitos fundamentais, e justiça social – ao processo de proteção constitucional impõe a revisão sobre a relação entre direito e política até então estabelecida

No âmbito das políticas públicas e do ramo do direito que as regula – no caso o Direito Administrativo – essas mudanças são significativas, impondo-se repensar todo o conjunto de atividades administrativas com relação às fontes do Direito Administrativo, bem

³³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, São Paulo, Saravia, 2002, p 253.

³³⁷ “É bem de ver que o conflito substancialismo versus procedimentalismo não opõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.” BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: Revista Diálogo Jurídico, No 15, janeiro/fevereiro/ março, Salvador, 2007, p. 8.

como os atos normativos capazes de materializar tais ações de governo, além de reconstruir a teoria da interpretação até então subordinada aos postulados do positivismo legalista.

Nesse sentido, passa a se indagar, por exemplo, sobre o impacto da ampliação dos limites da discricionariedade administrativa (que passa a ser restringida não mais pelo critério do *legal/ilegal*, mas pelo *jurídico/antijurídico*) sobre as decisões e escolhas dos gestores e agentes públicos ao longo de um processo de políticas públicas.

Ou ainda, sobre quais os parâmetros o Poder Judiciário deve se ater no exercício do controle das políticas públicas.

São muitas as questões a serem enfrentadas. Entretanto, há que se reconhecer que, para o Direito contemporâneo (notadamente o Direito Administrativo) superar seu momento de crise e de incertezas, torna-se indispensável aprofundar na compreensão de seu próprio papel frente à sociedade contemporânea e vislumbrar em perspectivas alternativas aos tradicionais conceitos de legalidade, norma e interpretação, novas possibilidades de atuação.

O neoconstitucionalismo, ao reconhecer a centralidade da Constituição nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, o caráter normativo dos princípios e uma nova perspectiva para a teoria da interpretação, tornando-a um processo mais argumentativo do que propriamente formal e mecanicista, revela-se referência obrigatória no estudo e compreensão das relações entre Políticas Públicas, Constituição e do próprio Direito na pós-modernidade.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ESTADO DA ARTE DO DIREITO CONSTITUCIONAL

No período que sucede a Segunda Guerra Mundial pode ser identificada a emergência de um novo paradigma *jusfilosófico* que tem sido chamado de pós-positivismo. Surge, assim, um novo pensamento preocupado em estabelecer limites valorativos ao aplicador do direito, com uma pretensão de correção do sistema. Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o fascismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas³³⁸.

A mera norma escrita não estaria, dessa forma, apta a satisfazer os anseios da sociedade. As inúmeras atrocidades praticadas ao longo do século XX, em sua maioria com respaldo na lei formal, levaram à conclusão de que os princípios e valores constitucionalmente protegidos deveriam constituir, prioritariamente, os fundamentos de um Estado pautado nos *ideais de justiça, igualdade, liberdade*.

Surgem, assim, várias teorias que buscam a reaproximação do Direito com a moral. Embora não haja consenso entre elas, constata-se a convergência sobre dois aspectos: *a necessidade de superar* a separação do Direito e Moral e a de *reabilitar* o uso prático da razão na metodologia jurídica.^{339 340}

Pode se entender, dessa forma, o Pós-Positivismo como a união ampla, complexa e divergente de reflexões relacionadas a interpretação do direito e sua função, voltada para uma concepção axiológica e teleológica jurídica. Superando o modelo jurídico baseado no

³³⁸ A crise do positivismo e sua derrocada são evidenciados, entre outras razões, (1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e (2) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, a.48, n. 189, jan/Mar 2011.

³³⁹ Dentre as características do pós-positivismo Netto e Silva destacam: (a) a reinclusão da *razão prática* na metodologia jurídica; (b) valorização dos chamados *casos difíceis*; (c) utilização dos *princípios* na resolução de conflitos constitucionais; (d) maior preocupação com a *prescrição* (decisão) do que com a *descrição* dos problemas jurídicos. SILVA, Alexandre Garrido e NETTO, Fernando Gama de Miranda. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: entre o *judicial self-restraint* e o *judicial activism*. In: NETTO, Fernando (org.) Epistemologia e metodologia do direito. Campinas, Ed. Millenium, 2011, p. 233.

³⁴⁰ Conforme nos ensina Neto e Sarmento, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a busca da melhor resposta para os casos difíceis do Direito. Dessa forma, a ideia de racionalidade jurídica, aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar apenas pelo conceito de lógica formal das ciências exatas.

formalismo fechado de regras legais, dando margem a utilização de princípios norteadores com uma carga de valores e finalidades próprias, como forma de espécies normativas.³⁴¹

Nesse cenário, projeta-se o Neoconstitucionalismo, como paradigma voltado para a proteção dos Direitos Fundamentais, a constitucionalização dos princípios, a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional da Constituição, a possibilidade de “interpretação aberta” ao pluralismo e a irradiação da Constituição em todos os aspectos da vida política e social. Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo, no entanto, são termos distintos, não se confundem³⁴². O primeiro traz traços do segundo, que vai além de uma teoria constitucional e engloba aspectos teóricos e filosóficos do universo jurídico. Nos termos de Barroso, o pós-positivismo seria, portanto, o marco filosófico do direito constitucional contemporâneo (neoconstitucionalismo).

Para o neoconstitucionalismo os princípios jurídicos deixam de ter uma aplicação meramente secundária, como forma de suprir lacunas, para ter relevância jurídica na concretização judicial dos direitos.

Como esclarece Carbonell³⁴³, o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por vir. Não se trata de um modelo já posto, consolidado, passível de ser estabelecido a curto prazo, pois contém em seu interior uma série de aspectos que dificilmente conviverão sem problemas.

Segundo Figueroa *apud* Carbonell, a partir do momento que a Justiça e os Direitos Fundamentais deixam de ser proclamações meramente políticas e se tornam objetivos a serem efetivamente perseguidos pelo Estado, o vínculo entre Direito e Moral se estreita, uma vez que, no Estado Constitucional, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, não só *formalmente* como também *substancialmente*.³⁴⁴

³⁴¹ As teorias jurídicas pós-positivistas do Direito buscam oferecer não somente *aspectos cognoscitivos* referidos a fatos sociais do passado, mas também têm *pretensões prescritivas* no sentido de oferecer critérios adequados para resolver problemas práticos. Essas teorias preocupar-se-iam não apenas com a *descrição* do fenômeno jurídico como *um sistema estático* formado por regras, procedimentos e princípios, mas, sobretudo com a investigação e o estudo *dinâmico* da argumentação jurídica, a partir da aplicação e da *justificação racional* de tais regras, procedimentos e princípios, vinculado, por sua vez, à ideia de uma *razão prática geral* e a incorporação de *referenciais jurídicos e morais contrafáticos* à argumentação. CALSAMGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa, 21, No 1, 1998, p. 212.

³⁴² “(...) Antes de prosseguir, é bom que se frise as diferenças entre os conceitos de neoconstitucionalismo e de pós-positivismo. O primeiro é uma característica comum do constitucionalismo ocidental que tem início no segundo pós- Guerra e apogeu na contemporaneidade, enquanto o segundo é o embasamento da filosofia do direito para aquele. O primeiro traduz uma ideologia ou metodologia constitucional que abrange o segundo como pilar de sustentação de algumas de suas posições, mas com ele não se confunde; o pós-positivismo é, pois, a matriz jusfilosófica que embasa as ideias neoconstitucionais.”

³⁴³ CARBONELL, Miguel. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.11.

³⁴⁴ CARBONELL, Miguel. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p 79.

No âmbito do *neoconstitucionalismo*, a ligação entre o direito e a moral, passa a ser discutida, a partir da incorporação de novos valores e ampliação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais contemporâneos. Afinal, seria a Constituição um documento político ou uma norma jurídica? Em sendo norma jurídica, como dotá-la de eficácia jurídica? Quais as repercussões para o direito, quando valores e opções políticas passam a ser normatizadas?

Em outras palavras, pode-se dizer que o neoconstitucionalismo busca acompanhar o deslocamento do paradigma do Estado de Direito para o do Estado constitucional, e pensar numa dogmática jurídica mais adequada a esse novo Estado, constitui o seu principal desafio.

Para Comanducci, o Neoconstitucionalismo se manifesta em três aspectos: *teórico, ideológico e metodológico*. O Neoconstitucionalismo *teórico* propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos. Trata do modelo emergente de uma Constituição “invasora”, dada a presença de um catálogo de Direitos Fundamentais e a onipresença da Constituição, dos princípios e das regras.

O Neoconstitucionalismo *ideológico* ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o Neoconstitucionalismo. Haveria, nesse aspecto, uma mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. O poder estatal, nesse novo contexto, não seria mais visto como fonte de temor, mediante o apoio de um modelo Estatal Constitucional e Democrático de Direito.

Ainda referindo-se às obras de R. Alexy, R. Dworkin e G. Zagrebelsky, Comanducci *apud* Carbonell³⁴⁵, afirma que “o neoconstitucionalismo ideológico mostra-se inclinado a entender que pode subsistir hoje uma obrigação moral de obedecer à Constituição e às leis que são conformes à Constituição”, tendo em vista o pressuposto assumido pelos neoconstitucionalistas não-positivistas de que nos ordenamentos jurídicos constitucionalizados e democráticos há uma conexão necessária entre o direito e a moral ou, nas palavras de Robert Alexy, tem lugar a “institucionalização da justiça”.

Para Figueroa *apud* Carbonell³⁴⁶, a principal tese deste constitucionalismo estabelece a ambiguidade existente no constitucionalismo quando sustenta, de um lado, que “nem todo o Direito do legislador deve ser respeitado”, inviabilizando o positivismo ideológico e, do outro, a necessidade do “dever de obediência ao Direito”. Nesse último caso, o critério de avaliação adotado para avaliar o Direito é a própria Constituição.

³⁴⁵CARBONELL, Miguel. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta p. 82-87.

³⁴⁶Op. cit. p. 71.

O neoconstitucionalismo *metodológico* sustenta a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral, contrapondo-se ao positivismo metodológico. Enquanto esse defendia a possibilidade de se descrever o direito como ele é, de forma avaliativa, aquele abandona a postura descritiva e mescla a descrição com a avaliação do sistema jurídico, isto é, o ser do direito com referências ao dever ser ideal. Assim, as normas serão consideradas jurídicas se possuírem fundamento ético. Sob esse aspecto, Figueroa destaca que a relação entre Direito e Moral invalida o positivismo jurídico metodológico. A constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos seria, portanto, a confirmação da relação do Direito com a Moral.

Sanchis *apud Carbonell*³⁴⁷, por sua vez, ao apresentar o neoconstitucionalismo como ideologia identifica três níveis de projeção. O primeiro nível corresponde à *filosofia política* que considera o Estado Constitucional de Direito³⁴⁸ a melhor ou mais justa forma de organização política. O segundo nível pretende oferecer *consequências metodológicas*, que acarretam a vinculação entre Direito e Moral e a imposição de obediência ao Direito. Uma terceira dimensão, por sua vez, representa *uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito*, propondo a adoção de um comprometimento por parte do jurista.

Cabe aqui destacar que mesmo entre doutrinadores positivistas como Pozzolo *apud Carbonell*³⁴⁹, que ainda defendem a separação conceitual entre Direito e Moral em favor da autonomia do juspositivismo metodológico, admitem, como no caso específico dessa autora, que com a perspectiva neoconstitucionalista, o Direito não poderia mais ser caracterizado tão somente pelo seu caráter coercitivo, uma vez que tal Direito assume caráter valorativo, em que a força seria tão somente um elemento acessório. Reconhece que o Neoconstitucionalismo entende o conteúdo de justiça como interno ao Direito, ou seja, positivado. A par das controvérsias que rodeiam o termo neoconstitucionalismo, destaca-se

³⁴⁷ CARBONELL, Miguel. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo” In: CARBONELL, Miguel (org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 65.

³⁴⁸ Ao discorrer sobre o Estado constitucional democrático, Canotilho (2002, p. 100) explica que Estado Constitucional é mais que Estado de Direito, em que se assenta na legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de formação das leis.

³⁴⁹ Op.cit, p .90.

seu caráter inovador tanto em termos epistemológicos (reaproximação do direito com a moral) quanto metodológicos (valorização da Constituição e dos princípios como norma jurídica).³⁵⁰

Segundo Pietro Sanchis, algumas mudanças estão ocorrendo para a teorização desse novo direito constitucional, tais como: mais princípios em vez de regras; mais ponderação do que subsunção; mais análise individual e concreta do que análise geral e abstrata; mais poder judiciário e menos poder executivo e legislativo; mais aplicação da Constituição em vez de aplicação de leis ordinárias, e por último, coexistência de uma constelação plural de valores, que podem às vezes tendencialmente ser contraditórios, em vez de homogeneidade ideológica em torno de um conjunto de princípios coerentes entre si.³⁵¹ Constituindo, portanto, os pilares do constitucionalismo contemporâneo:

- a) reconhecimento *da força normativa dos princípios jurídicos* e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- b) *rejeição ao formalismo* e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação, etc;
- c) *constitucionalização do Direito*, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- d) *reaproximação do Direito com a Moral*;
- e) *judicialização da política e das relações sociais*, com um significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Em seu marco teórico, o neoconstitucionalismo, subdivide-se, portanto, em três vertentes: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

³⁵⁰Vale aqui mencionar o ponto de vista de Humberto Ávila que, ao apresentar o neoconstitucionalismo sob o enfoque da *radicalização* e de ruptura com as bases positivistas – com o qual discordamos – revela com clareza a natureza das questões que sempre vão rodear essa temática bem como a dimensão do seu desafio, mas sobretudo, aponta os rumos do constitucionalismo contemporâneo. Segundo o autor, o marco das mudanças provocadas pelo neoconstitucionalismo, em termos metodológicos, estaria *na primazia conferida aos princípios jurídicos* – tanto na positivação como na aplicação – *em detrimento das regras*; o que levaria a um novo método de aplicação (a ponderação ao invés da subsunção) do qual adviria o predomínio de uma análise mais concreta e particular (vinculada à ideia de justiça particular) e o protagonismo do Poder Judiciário em relação aos poderes Executivo e Legislativo. A valorização dos princípios radicados na Constituição, bem como, o ativismo judicial conduz, portanto, a uma *aplicação centrada na Constituição* e não mais na lei. Sobre as mudanças metodológicas promovidas pelo neoconstitucionalismo destaca o autor: “(...) Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a varia da dimensão da justiça produziria a alteração da atuação dos poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o poder.” ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 17, janeiro/fevereiro/março 2009, p.2.

³⁵¹. PIETRO SANCHIS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p.131.

Ao se afirmar que as normas constitucionais têm força normativa significa reconhecer que a Constituição não é uma mera carta de intenções políticas, e sim que ela possui caráter jurídico imperativo. Tal reconhecimento significa uma cisão com o Direito Constitucional clássico, no qual se visualizam as normas constitucionais programáticas como proposições futuras, sem perspectivas de concretização e padecendo de eficácia vinculante.

A jurisdição constitucional se expande e ganha destaque face à ampliação dos direitos fundamentais. A proteção e a garantia desses direitos passaram a ser tarefa do Poder Judiciário, em detrimento do Poder Legislativo que, no positivismo jurídico estrito, detinha tal supremacia em virtude da influência dos ideais de Montesquieu em torno da tripartição dos poderes.³⁵² Em termos de interpretação constitucional, o neoconstitucionalismo, introduz novos parâmetros. A valorização dos princípios jurídicos e o reconhecimento da força normativa da Constituição provoca um “giro hermenêutico”. Observa-se, portanto, a proposta de maior abertura ao *raciocínio axiológico fundamentado*, como método de aplicação do direito contemporâneo, ao lado do tradicional método subsuntivo.

Conforme nos ensina Neto e Sarmiento, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a busca da melhor resposta para os casos difíceis do Direito. Dessa forma, a ideia de racionalidade jurídica, aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar apenas pelo conceito de lógica formal das ciências exatas.³⁵³

No contexto do *neoconstitucionalismo* não há como deixar de mencionar a influência exercida pelos princípios jurídicos na Constituição e na hermenêutica contemporânea como alicerce ético do sistema jurídico moderno. O neoconstitucionalismo provoca mudanças substantivas sobre o modo tradicional de se conceber a produção e aplicação do Direito, despontando, assim, como *novo paradigma constitucional* que traz como alicerces: a configuração de uma Constituição “aberta”; máxima eficácia dos direitos fundamentais; a forte presença dos princípios e dos valores; e novas formas de se interpretar normas jurídicas, com o uso da ponderação, da argumentação jurídica e dos postulados normativos (quadro 1).

³⁵² Sobre a ampliação do papel da jurisdição constitucional comenta Clève: “O neoconstitucionalismo impõe uma renovada visão dos direitos fundamentais. O papel da jurisdição constitucional é ampliado e, paradoxalmente, o controle de constitucionalidade sofre uma verticalização.”

³⁵³ NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Teoria da Constituição e Filosofia Constitucional. In: Direito Constitucional – teoria, história e métodos de trabalho, Ed. Fórum, 2ª ed., Belo Horizonte, 2014, p. 204.

Quadro 1
O neoconstitucionalismo como novo paradigma constitucional

Tema	Como é tratado pelas Teorias Tradicionais do Direito	Como é tratado pelo Neoconstitucionalismo
Sociedade	Homogênea	Plural e Global
Moral	Monista, (sem correlação com o direito no positivismo jurídico) ou dos Valores (absoluta no jusnaturalismo)	Construtivista, com Parâmetros de Racionalidade prática e pretensão de Correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.
Política	Estado de Direito (com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder público)	Estado Constitucional (acrescenta uma especial atenção para as emanações do poder constituinte e do constituído - reformas constitucionais - e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano, aparece a constante vigilância em torno dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alcançar novo status)
Desenho Institucional das Fontes do Direito	Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias	Primazia da Constituição e da Jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional
Teoria da Norma	Conjunto de Normas com configurações de regras	Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar.
Teoria da interpretação	Regras para interpretação e quando estas não existirem, o intérprete é livre para julgar.	Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a demotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional.
Teoria do Direito	Positivismo (exclusivo ou inclusivo)	Neoconstitucionalismo

Fonte: MOREIRA, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação*, 2008.

3.1 O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

O marco do processo de constitucionalização do Direito se deu na Alemanha. Na Itália iniciou-se na década de 60 e confirmou-se na década seguinte. Já na França começou mais tarde e ainda se encontra em processo de afirmação. A constitucionalização no Brasil, Portugal e Espanha, aconteceu de forma tardia, e acompanhou os demais países com a ideia de expansão das normas constitucionais, colocando a Constituição como centro do ordenamento jurídico.

No Brasil, a ascensão do Direito Constitucional para o centro do ordenamento jurídico, ocorre após o marco histórico da promulgação da Constituição de 1988, promovendo

três importantes mudanças no paradigma do Direito Constitucional pátrio até então em vigor: em primeiro lugar, no *plano jurídico*, a doutrina da efetividade atribuiu força normativa ao texto constitucional que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e de obrigações; em segundo, no *plano científico*, reconheceu o Direito Constitucional um objeto autônomo, distinguindo-o do discurso puramente político ou sociológico. Por último, sob o *aspecto institucional*, a doutrina da efetividade contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no país, conferindo-lhe um papel de grande relevo na salvaguarda e concretização dos valores, princípios e regras previstos pela Constituição.

Riccardo Guastini se refere ao fenômeno de constitucionalização do ordenamento jurídico como “um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ pelas normas constitucionais”.³⁵⁴

Essa constitucionalização do direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. Essas interferências ocorreram, primeiro, no histórico, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito; segundo, filosófico, com a aproximação do Direito com a ética e o surgimento do pós-positivismo; e no terceiro, teórico, pelo fato da constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional. Um sistema jurídico *constitucionalizado* caracteriza-se, portanto, pela existência de uma Constituição “invasora”, capaz de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a doutrina, assim como o conjunto das relações sociais que tem lugar em uma determinada comunidade jurídica. O ordenamento jurídico encontra-se, segundo tal definição, “impregnado” pela eficácia irradiante das normas constitucionais que atinge os diferentes ramos do Direito, sejam eles de direito público ou privado.

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Figueroa destaca três aspectos envolvidos no processo de constitucionalização: o *material*, o *estrutural-funcional* e o *político*. O aspecto material, segundo o autor, consiste na aproximação da moral ao Direito. Quanto ao aspecto estrutural-funcional, o fenômeno da

³⁵⁴ GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49.

constitucionalização acarreta a alteração da estrutura das normas constitucionais. Destaca-se, nesse sentido, o papel dos princípios constitucionais, como meio de adequação dos textos constitucionais, aos interesses conflitantes existentes em uma sociedade pluralista³⁵⁵. Evitando, dessa forma, a necessidade de reforma constante da Carta Magna. Ao invés de se alterar o texto, muda-se a interpretação de determinado princípio, de modo a adequá-lo à nova realidade social. Ao mesmo tempo, permitem uma *expansão da incidência da Constituição*, uma vez que os seus comandos normativos são abertos e imprecisos.

Os princípios constitucionais, no entanto, são aplicados de forma distinta das regras. Nesse sentido, a aplicação positivista das regras jurídicas através de um processo lógico-formal de *subsunção* não é adequada à nova estrutura *principiológica* das atuais Constituições. Surge a necessidade de aplicação da *ponderação* aos conflitos entre os princípios constitucionais.

O aspecto político, por sua vez, consiste no deslocamento do protagonismo do Legislativo para o Judiciário. Os princípios constitucionais ampliam a margem da discricionariedade judicial. O *Direito por regras* do modelo de Estado de Direito passa a ser compreendido como *Direito por princípios* no âmbito do Estado Constitucional de Direito. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, ao mesmo tempo que a abertura do direito aos valores por meio dos princípios constitucionais confere certa plasticidade ao direito constitucional, revela um momento de passagem de *paradigma do sujeito para o paradigma da linguagem*.

O Direito, que era compreendido como um objeto, e como tal, exterior ao sujeito cognoscente, passa a ser compreendido como algo que só tem sentido no campo da linguagem. Nesse contexto, a concepção sobre segurança jurídica se modifica, uma vez que não depende mais das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Ou seja, o argumento e não mais a autoridade constitui fonte de legitimidade para o Direito contemporâneo.

Esse processo contínuo de mudanças, a partir da compreensão do Direito por princípios, implica uma série de adaptações e opera demasiados reflexos sobre a sistematização, a produção e, notadamente, aplicação do Direito. Tal fato leva ao redesenho

³⁵⁵“Para o neoconstitucionalismo a Constituição deve ser compreendida em função dos princípios constitucionais. Fala-se, então, em direito constitucional principiológico, o qual, apesar de não abandonar certa tradição no campo da doutrina jurídica, procura avançar sem deixar de considerar a missão da jurisdição constitucional e a luta pela concretização dos direitos fundamentais”. CLÉVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação. In: Revista de Direito Tributário, vol. 95, São Paulo, 2005, p.3.

na relação entre os três poderes, com destaque para a atuação do Poder Judiciário que surge como o principal defensor e guardião das promessas emancipadoras contidas no texto constitucional. Segundo Neto e Sarmento³⁵⁶, o neoconstitucionalismo impõe uma releitura do princípio da separação dos poderes: na qual, se destacam visões mais favoráveis ao protagonismo judicial em defesa dos valores constitucionais; teorias de democracia mais substantiva, que legitimam restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, possibilitando, inclusive sua fiscalização por juízes não eleitos.³⁵⁷

No processo de constitucionalização do direito destaca-se, pois, o papel desempenhado pela Constituição. A lei, cuja superioridade foi afirmada pelo positivismo, cede espaço às normas constitucionais que passam a desempenhar o papel de unificação do sistema. Uma releitura do princípio da legalidade se torna, assim, necessária³⁵⁸.

A consagração do Estado Democrático de Direito, em um ordenamento jurídico constitucionalizado, supera o ideal estritamente legalista do Estado de Direito liberal, que já não satisfaz e busca no respeito aos princípios constitucionais, a fonte de realização de seu ideal de justiça. Observa-se, atualmente, uma tendência à mudança no conteúdo do princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a visão "pós-positivista" dos princípios que os considera verdadeiras normas, provocou uma redefinição do conceito de legalidade. Essa, não mais se refere tão somente à observância da lei, mas também de todo o ordenamento jurídico, com destaque especial para os princípios que ganham força normativa.

³⁵⁶NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Teoria da Constituição e Filosofia Constitucional. In: Direito Constitucional - teoria, história e métodos de trabalho, Ed. Fórum, 2ª ed., Belo Horizonte, 2014, p. 202. .

³⁵⁷ Essa divisão de funções dos poderes do Estado está fundamentada na ordem democrática que rege a Constituição, em que a fiscalização e a coordenação recíproca entre os diversos órgãos públicos é uma realidade atual. Assim a divisão de poderes perde a sua anterior característica rígida de distribuições de tarefas, mecanicamente, sem que haja a atual integração racionalizada das várias funções do Estado. Comenta Novais: "A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da atuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais. [...] Em segundo lugar, e por ventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e Democrático de Direito. Verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado." NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 34-35.

³⁵⁸ O positivismo jurídico, isto é, legislar e impor leis, direito como sinônimo da palavra lei (*causa finalis* do Estado moderno) – "*império da lei*" (expressão utilizada por Josep Aguiló Regla), está esgotado na opinião de Manuel Atienza no texto "El Derecho como argumentación": [...] *el positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho Natural. Al igual que Bloch escribo que 'la escuela histórica ha crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia', hoy podría afirmarse que 'el constitucionalismo ha crucificado al positivismo en la cruz de la Constitución.*

O princípio da legalidade tinha por intenção proteger a liberdade dos indivíduos mediante uma restrição básica, qual seja, agir segundo a lei, apenas no que ela autoriza. Atualmente, a legalidade virou legitimidade. Há comportamentos que podem ser legais, mas não são morais. Não basta ter legalidade, é necessária a legitimidade³⁵⁹. Essa se relaciona com a noção de obediência ao Direito, ao sistema jurídico. Daí o papel fundamental dos princípios neste controle de legitimidade. *Legalidade e legitimidade* se fundem na noção de juridicidade.

O princípio da juridicidade consiste, pois, na conformidade do ato não só com as regras jurídicas, como também que sua produção não contrarie os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a ele a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

Vale destacar que a atual Constituição introduz o princípio da juridicidade com a positivação dos princípios regeadores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]".

Dessa forma, a própria Constituição Federal, Lei Maior do Estado, impõe à Administração Pública o dever de atuar com observância àqueles princípios. Outrossim, reconhece-se também a existência de outros princípios gerais de direito que vinculam o atuar do administrador, com especial destaque para o princípio da razoabilidade, mediante o qual é permitido avaliar se os atos do Poder Público refletem um valor de justiça.

No contexto de um ordenamento constitucionalizado os diversos campos do direito devem se adequar à realidade constitucional. Outrossim, antes, as constituições tratavam de direitos individuais e políticos, normatizados sinteticamente. Barroso³⁶⁰ aduz que a constitucionalização do Direito consiste no "efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa por todo o sistema jurídico". Salienta, ainda, que "os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as

³⁵⁹ Como adverte OLIVEIRA, as novas e crescentes demandas sociais põe em crise a concepção tradicional (liberal) do princípio da legalidade, destacando o autor os seguintes fatores: a necessidade de desburocratização da Administração; a inflação legislativa que prejudica a segurança jurídica; a crise de legitimidade do poder legislativo e a diversidade de interesses das classes sociais. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalização do Direito Administrativo – O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*, 2a ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 62-63.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo, e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007p. 217-18.

normas do direito infraconstitucional” que vincula os poderes tradicionalmente constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como os particulares, nas suas relações “interprivadas”.

O Direito Administrativo, assim como todos os demais ramos do Direito, precisa se adequar à nova realidade constitucional. A concepção liberal do Direito Administrativo cede lugar para o ideal democrático da sociedade contemporânea, no qual a Administração Pública não só deve respeitar como também promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a Lei Maior tornou-se a principal fonte de interesses públicos, ou seja, o administrador público agora deve trabalhar, antes de tudo, para realizar a vontade constitucional. Havendo confronto entre um ato normativo constitucional e um ato normativo infraconstitucional, o primeiro deve sempre prevalecer. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras nela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.

A passagem da *Constituição para o centro do ordenamento jurídico* representa a grande força motriz da *mudança de paradigmas* do direito administrativo na atualidade.

3.1.1 A constitucionalização do Direito Administrativo e suas principais repercussões sobre a dogmática administrativista

Desde o seu surgimento, o direito administrativo está em constante mutação, sendo adotado no Brasil, inicialmente, o modelo francês. Posteriormente, sofre a influência norte-americana, passando por uma fase de consolidação das ideias relativas à sua especialidade como ramo do direito e chegando ao estágio em que se destaca o direito dos administrados. Atualmente, discute-se a constitucionalização do direito administrativo que se caracteriza pela submissão da interpretação dos institutos do direito administrativo aos valores constitucionais.

A Constituição, como norma de hierarquia superior e suprema, ordena todas as demais. Seus princípios e valores não poderão ser descartados, devendo todos os ramos do direito adaptar-se às suas disposições. Por ser o regime jurídico do Poder Público, controlado exatamente pelas normas constitucionais, o Direito Administrativo é o ramo do direito com

maior incidência da Constituição. Seus princípios e valores fundamentais condicionam a tomada de decisões e atos administrativos. É a Constituição que traça as bases pelas quais a Administração Pública será regida.

Assim sendo, diante da constitucionalização do direito administrativo, os princípios constitucionais passaram a influenciar as categorias do direito administrativo, modificando-se *a qualidade das relações entre Administração e administrado*, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.

Com efeito, a nova dimensão dada aos princípios no constitucionalismo contemporâneo tem provocado um processo de “substantivação” das relações administrativas, agregando ao seu estudo as preocupações materiais dos novos textos constitucionais. Atuando, sobretudo, no controle da Administração Pública, os princípios permitem a *densificação* do ambiente decisório do administrador, através da imposição de pautas de valoração. A positivação de inúmeros direitos fundamentais diretamente oponíveis à Administração promoveu uma substantivação do Direito Administrativo, dando lugar ao surgimento de uma disciplina muito mais preocupada com a proteção da posição jurídica do cidadão contra o arbítrio.

Essa nova posição do indivíduo, embasada no discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública, que constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da *res publica* para se transformar em um centro de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, notadamente o *direito fundamental à boa administração pública*, na formulação dada pelo professor Juarez Freitas, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.³⁶¹

Dessa forma, busca-se compreender de que maneira os princípios constitucionais influenciam e, mesmo, direcionam a exegese dos fenômenos jurídico-administrativos.

³⁶¹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI**. Direito Administrativo em Debate. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>.. Acesso em 28/06/2015. Nos termos do autor, o direito fundamental à boa administração pública pode ser compreendido como “o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.” (p.20) Tal direito fundamental ostenta caráter vinculante, direta e imediatamente aplicável, e engloba princípios e regras.

Por conseguinte, a supremacia da Constituição impõe a irradiação de seus princípios e regras pelos institutos do Direito Administrativo, conferindo à Administração Pública uma roupagem constitucional. Toda a atividade administrativa encontrará seu fundamento e seus limites na Carta Magna, de modo que a todo tempo o gestor público trabalhará à luz da vontade constitucional. A ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pelo qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse foi superada.

O administrador deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário, ele passa a ser vinculado à *Constituição* e não apenas à lei ordinária. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em *princípio da juridicidade*, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem. A Lei Maior torna-se, portanto, a principal fonte de interesses públicos. O que significa dizer que o administrador público agora deve trabalhar, antes de tudo, para realizar a vontade constitucional. Havendo confronto entre um ato normativo constitucional e um ato normativo infraconstitucional, o primeiro deve sempre prevalecer.

A redefinição no conteúdo da legalidade com o aparecimento do *princípio da juridicidade*³⁶² repercute diretamente no âmbito da *discricionabilidade administrativa*³⁶³, de modo a permitir que a Administração Pública:

- i) negue vigência à lei inconstitucional, já que toda aplicação do direito envolve, como pressuposto lógico, um juízo de compatibilidade entre a norma produzida e o texto constitucional. Em outras palavras, dito princípio admite atividade administrativa *contra legem*, desde que fundada em norma constitucional;
- ii) exerça atividades *praeter legem*, *i.e.*, onde não houver lei permissiva, mediante vinculação direta ao texto constitucional;
- iii) utilize os métodos e técnicas específicos da interpretação constitucional, tais como a *ponderação de interesses* e a *interpretação conforme a Constituição*, para a resolução de problemas administrativos; e

³⁶² Dito princípio, também chamado de princípio da constitucionalidade (em contraposição à legalidade, muito embora jamais se negue a vinculação do Estado ao direito como um todo), confere à Administração Pública, como parâmetro de atuação, não apenas a lei, mas também a própria Constituição. Marcondes, Danilo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Disponível em www.procuradoria.al.gov.br Acesso em 28/06/2015.

³⁶³ Segundo o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, discricionabilidade 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”. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

- iv) assuma definitivamente seu compromisso com a efetividade dos direitos fundamentais, na esteira do neoconstitucionalismo, mesmo nos casos em que o exercício deles seja obstado pela mora legislativa inconstitucional.³⁶⁴

Observa-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo. Com a posituação dos princípios administrativos, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se ao julgador examinar o ato à luz dos princípios não só da legalidade, mas também da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade. Amplia-se, portanto, a possibilidade de controle judicial da administração, uma vez que se permite ao julgador examinar aspectos antes impenetráveis do ato administrativo³⁶⁵. Sob esse enfoque a discricionariedade administrativa adquire uma nova configuração, a partir do momento que os princípios figuram ao lado das regras como os parâmetros atuais no agir do administrador público.

Nesse sentido, vale destacar as conclusões de Freitas a respeito do tema:³⁶⁶

- a) a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático brasileiro, encontra-se vinculada, direta e imediatamente, ao direito fundamental à boa administração pública. *Toda discricionariedade administrativa tem que guardar referência ao sistema: a liberdade é atribuída para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la.* Nesse sentido, não se admite a mera faculdade. A liberdade, se e quando exercida como negação dos princípios/direitos fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência e, como tal, negadora da discricionariedade legítima;
- b) consistentemente motivados, os atos administrativos podem ser vinculados ou de discricionariedade vinculada ao sistema administrativista, ambos adstritos à observância ponderada, em vez da antiga obediência irreflexiva. Urge, então, aprofundar expressivamente a filosofia do controle dos atos administrativos discricionários e vinculados, cobrando-lhes maior congruência na motivação de fato e de direito, à semelhança daquela requerida dos atos judiciais, nos termos da Constituição;
- c) a clivagem entre atos vinculados e discricionários reside na maior ou menor intensidade de vinculação ao princípio da legalidade (por isso não se admite, por exemplo, revogar ato vinculado), mais do que numa suposta e quimérica inexistência de liberdade do agente na produção (processual) dos atos administrativos. Cogitar de subsunção automática da lei ao caso é quase um insulto, nessa quadra histórica. O bom administrador público, nos atos discricionários,

³⁶⁴ Op. cit. p. 11.

³⁶⁵ Com a consagração do princípio da juridicidade, de um lado, há crescente importância da Administração na concretização das normas constitucionais e, de outro lado, há restrições maiores à atuação do administrador, sendo os parâmetros do controle judicial sobre os atos administrativos enriquecidos com os princípios constitucionais.

³⁶⁶ FREITAS, Juarez. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública e o Direito Administrativo Brasileiro do século XXI. Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro, setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. p. 11. Acesso em 28/6/2015.

emite juízos decisórios, no intuito de imprimir crescente concretização a vetores constitucionais, ao passo que, ao praticar atos vinculados, emite tais juízos, mas o estritamente necessário à afinação com o sistema;

- d) a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos há de ser preponderantemente *principlológica*, ultrapassadas, nesse importante aspecto, as antigas posturas decisionistas e enfatizada a insubsistência de atos exclusivamente políticos no âmbito das relações administrativas: tanto os atos vinculados como os discricionários precisam guardar vinculação com a Lei Fundamental. *Todo poder precisa ser “constitucionalizado”*;
- e) com efeito, sem substituir o administrador público, os controladores (em última instância, os judiciais) podem e devem avaliar o cumprimento de metas de juridicidade (eficácia, mais do que a eficiência) dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si. Proclama-se, assim, a vinculação (negativa e positiva) dos atos discricionários ao sistema de direitos fundamentais, no intuito de coibir desvios e, com igual ênfase, omissões;
- f) cumpre assimilar esse novo e refinado modelo de sindicabilidade, em consonância com o melhor das transformações paradigmáticas do Direito Administrativo contemporâneo, que precisa passar a ser o Direito da motivação madura, deixando de ser predominantemente monológico. Trata-se de relevante mudança de atitude mental dos administradores e dos controladores, apta a viabilizar, entre outros aspectos, fórmulas de transação, termos de compromisso.

Verifica-se, assim, que a discricionariedade administrativa deve não só ser exercida em conformidade com a lei que a autoriza, bem como com todos os princípios que informam o ordenamento jurídico. Ao diminuir o efeito da lei, sendo ela a responsável pelo poder discricionário da Administração Pública, tendo em vista que a legalidade administrativa deixou de se vincular somente ao texto legal, não resta dúvida de que também é deferido o controle judicial de tais atos de forma ampla. Uma vez que são os princípios e as normas da Constituição que dão vigor à lei e, conseqüentemente, a todo ato público, que deve guardar correlação direta com os mandamentos constitucionais, sob pena de invalidação. Com o fim do dogma da perfeição da lei, passou a legalidade administrativa a se vincular a um sistema aberto de regras e de princípios constitucionais.

Com efeito, em inúmeras oportunidades o agente público irá se deparar com situações em que o Direito não predeterminou qual a conduta a ser utilizada, oportunidade em que deverá pautar sua conduta na observância dos princípios previstos no sistema jurídico, especialmente do princípio da supremacia do interesse público (primário). Por conseguinte, o

agente não terá total liberdade para eleger qual a conduta mais adequada, porquanto ele está obrigado a agir em consonância com os princípios norteadores do Direito Administrativo.

A partir da consagração do princípio da juridicidade e do reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, o Direito Administrativo é obrigado a rever alguns de seus paradigmas tradicionais. Dentre eles se destacam:

a) *A redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado*

De acordo com *Binenbjom*³⁶⁷ a ideia de prevalência de um interesse público definido *a priori* é incompatível com os fundamentos do Estado democrático de direito que, ao conceber a Constituição como sistema aberto de princípios, preconiza a ideia de consenso, participação e ponderação. Ainda segundo o autor, o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição, assim como a natureza flexível e plural dos princípios constitucionais, inviabiliza uma determinação *apriorística* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, impondo-se à Administração Pública contemporânea o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, almejando a concretização até um grau máximo de otimização. Para tanto, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação guiada pelo princípio da proporcionalidade.

No Estado Democrático de Direito, também conhecido como o *Estado da ponderação*, o interesse público é concertado, negociado, ponderado *em cada caso*.

b) *A vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária*

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, no entendimento tradicional do princípio da legalidade pelo qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. A ideia de juridicidade administrativa, concebida a

³⁶⁷ BINENBJOM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. In: Revista de Direito do Estado, número 13, março/abril/maio, Salvador, 2008, p. 9.

partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais passa a abranger o campo da legalidade administrativa. Como nos adverte Di Pietro³⁶⁸, a constitucionalização não reduziu a legalidade tampouco a substituiu. Ao contrário, ela ampliou o conteúdo do princípio da legalidade, criando maiores limites à discricionariedade legislativa e administrativa.

c) *A possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo*

Como nos ensina *Binenbjom*³⁶⁹, diante da emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, constata-se a superação da dicotomia entre atos vinculados e discricionários pela ideia de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Em outras palavras, ao maior ou menor grau vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor controlabilidade judicial dos seus atos. Diante de uma nova configuração da discricionariedade administrativa, surge um novo tipo de controle que passa a prestigiar a ideia de conformidade ao Direito como um todo (regras e princípios), ao mesmo tempo que não se restringe mais aos enunciados normativos, devendo-se atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as competências e responsabilidades dos órgãos decisórios.

A atuação do Poder Executivo, portanto, não deve mais somente atuar em conformidade com a lei, o princípio da legalidade abrange mais que isso, é o Direito como um todo, decomposto em regras e princípios jurídicos, é o princípio da legalidade transformado em princípio da juridicidade. Em relação ao controle da gestão pública, seja ele interno ou externo, vale ressaltar que o princípio da juridicidade é amplo, contém tanto a legalidade presente no ordenamento jurídico, quanto os princípios constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos, portanto permite verificar se o ato administrativo está em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo.³⁷⁰

³⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: *Atualidades jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 106, jan/jun. 2012

³⁶⁹ BINENBJOM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. In: *Revista de Direito do Estado*, número 13, março/abril/maio, Salvador, 2008, p. 17.

³⁷⁰ Tendo em vista que o princípio da legalidade está previsto na Constituição, há doutrinadores nacionais, tais como, Alexandre Santos Aragão que denominam, alternativamente, o princípio da juridicidade de “legalidade em sentido amplo”, pois, a Constituição é a Lei fundamental e suprema do Estado, e no seu processo de interpretação deve ser considerada sua força normativa, conferindo às suas normas a máxima eficácia.

Dessa forma, leciona Germana de Oliveira Moraes³⁷¹ quanto ao controle jurisdicional dos atos administrativos que, na época atual, a expressão “*controle de mérito*”³⁷² deve ser substituída por “*controle de juridicidade*”, ultrapassando o entendimento relacionado ao exame do ato sob a ótica de uma legalidade formal, e permitindo uma compreensão que inclui os princípios como parâmetros de análise, portanto, visando o interesse público.

A respeito dessa ampliação do controle judicial sobre a atuação administrativa, Di Pietro o encara como uma evolução do conceito de legalidade, ao mesmo tempo que se constata a redução da discricionariedade administrativa. No entanto, um aspecto negativo dessa evolução, segundo a autora, se refere à atribuição de função normativa ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da Administração Pública indireta, que não detêm legitimidade democrática para a elaboração de normas cogentes (impositivas).

Os princípios funcionam, assim, como os vetores a guiar todo ato público, inclusive o administrativo discricionário. Com tal ideia, é preciso entender que a vinculação do ato administrativo discricionário aos princípios constitucionais não impede a livre atuação do administrador, pois essa nova filosofia do direito administrativo constitucional qualifica ainda mais o ato público. Na verdade, a vinculação aos princípios da Constituição, na tomada de posição do administrador, significa que fins contrários ao interesse público sejam evitados. Portanto, a verificação dos princípios constitucionais no ato administrativo discricionário não inviabiliza o critério de oportunidade e de conveniência, visto que esses comandos maiores não impedem a tomada de atos, apenas criam condições que evitam a arbitrariedade e o abuso de poder. Sob esse enfoque, o controle jurisdicional, se revela fundamental para o equilíbrio de forças, pois o administrador possui nos princípios constitucionais a garantia de que não se curvará diante da envergadura do poder público. No reconhecimento de sua condição como normas, os princípios conquistaram lugar de extrema relevância no cenário jurídico, colaborando intensamente na pacificação das tensões havidas na sociedade, especialmente quando superada a ideia de que teriam apenas uma carga axiológica, sem qualquer aplicabilidade jurídica imediata.

³⁷¹ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

³⁷² Segundo Seabra Fagundes, “o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”. O autor ainda acrescenta: “pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutra, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.”

Por fim, pode-se dizer que a constitucionalização do direito administrativo provoca uma “virada” quanto ao papel da Administração Pública que, antes de subordinar-se à lei, encontra-se vinculada à Constituição (reserva de justiça). Cabendo-lhe, assim, a promoção e a concretização dos valores e fins públicos que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

3.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO E A FUNÇÃO NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Pouca importância dão, em geral, os nossos publicistas às ‘questões de princípios’. Mas os princípios são tudo. Os interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou, por melhor dizermos, dentro deles.

(Rui Barbosa)

A partir do sentido etimológico da palavra princípio, podemos depreender que, por derivar do termo latino *principium*, enuncia a ideia de começo, de origem, circunstância que se leva a antever que o princípio deve ser tido como o vetor originário de adequação, interpretação e concretização de um sistema jurídico.

Ao longo da história, os princípios já tiveram muitas interpretações sempre baseadas na corrente doutrinária de cada época, posto que os mesmos apenas assumem um significado quando analisados como um todo, em consonância com o restante do sistema jurídico. Podendo-se identificar, três momentos distintos e relevantes: o direito natural, o positivismo legalista e o pós-positivismo. No direito natural, os princípios eram tidos como axiomas jurídicos, com o escopo de alcançar o conceito de bem. Já no positivismo, eram considerados como fontes simplesmente subsidiárias, servindo apenas como função programática, causando a separação entre o Direito e a moral, voltado para um processo de interpretação axiologicamente neutro da Constituição.

No pós-positivismo é que surge a força normativa e preponderante dos princípios, reaproximando a racionalidade prática do Direito. Sobre essa nova realidade, discorre Daniel Sarmiento:³⁷³

Na verdade, os princípios constitucionais encarnam juridicamente os ideais de justiça de uma comunidade, escancarando a Constituição para uma ‘leitura moral’, pois é, sobretudo, através deles que se dará uma espécie de positividade constitucional dos valores do antigo direito natural, tornando-se impossível uma interpretação axiologicamente asséptica da Constituição.

³⁷³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 79.

Diante desse contexto, verifica-se que os princípios se tornaram o norte de toda a ordem legal. Os princípios jurídicos explícitos (positivados por uma instituição legítima) ou implícitos (abstraídos do ordenamento jurídico), como se vê, deixaram de desempenhar um papel secundário para se tornarem os protagonistas do ordenamento jurídico. Sua maior conquista, no entanto, é o reconhecimento de sua efetiva normatividade na atualidade.

O movimento de positivação em âmbito constitucional dos princípios gerais de Direito, sobretudo com o advento do chamado Estado social de direito, constitui traço distintivo do constitucionalismo contemporâneo, a exemplo do que ocorre com a Constituição brasileira de 1988.

A força jurídica vinculante das constituições contemporâneas decorre, necessariamente, da normatividade dos princípios constitucionais³⁷⁴. Não se podendo mais conceber as normas constitucionais como simples ideários, expressões de anseios, aspirações de uma dada Sociedade, face o indesejado *déficit de legitimidade* que ameaça as democracias contemporâneas. A força normativa da Constituição torna-se, assim, condição indispensável à própria conservação do ordenamento jurídico.

A constitucionalização dos princípios jurídicos coincide, pois, com a defesa doutrinária da força normativa e vinculação dos princípios, em contraposição às ideias positivistas que dominaram, hegemonicamente, o discurso jurídico até a primeira metade do século XX. O uso dos princípios como fonte normativa subsidiária, conforme defendido pelo positivismo jurídico, já não encontra mais guarida na teoria constitucional contemporânea³⁷⁵. Essa é a pauta que informa o chamado pós-positivismo jurídico.³⁷⁶

O pós-positivismo possibilita o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico as ideias de justiça e legitimidade materializadas em princípios, assim denominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar. Os

³⁷⁴ Neste sentido, pode-se afirmar que a questão da normatividade dos princípios jurídicos guarda profunda relação com a superação do Estado liberal de direito, pautado pela lógica do positivismo jurídico, e a consolidação do “neoconstitucionalismo” como expressão do modelo conhecido como “pós-positivismo jurídico”.

³⁷⁵ No atual estágio evolutivo da Teoria Geral do Direito, particularmente no Direito Constitucional, os Princípios Jurídicos, sob qualquer prisma que se posicione o jurista ou operador do direito, caracterizam-se por exigirem um grau máximo de juridicidade, ou noutros termos, devem revelar normatividade potencializada e predominante.

³⁷⁶ No Estado Lliberal ou “Estado de Direito Legislativo”, como se refere Gustavo Zagrebelski, o legislador aparece como o “senhor do direito”, sendo visível uma total confusão entre lei e Direito. O Direito é o que está na lei e a justiça é o que a lei determina. Assim, o conceito de justiça importa à ordem moral e não à ordem jurídica (ZAGREBELSKI, 1995, p. 21-23). A previsibilidade e segurança de um sistema fechado de regras jurídicas, que garante a propriedade privada e a liberdade de mercado para uma sociedade politicamente homogênea constituem os postulados básicos do liberalismo clássico. A figura do legislador como “*senhor do direito*”, traço característico do Estado liberal, é superada pela valorização dos juízes, não como novos “*senhores do direito*” – por se revelar incompatível com a própria ideia contemporânea de constitucionalismo – mas enquanto importantes atores no processo de efetivação e concretização dos direitos fundamentais. 150-53

princípios, além de condensarem valores, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo.

O neoconstitucionalismo caracteriza-se, assim, pelo predomínio da Constituição. O que significa dizer que o dogma da sujeição à lei passa a ser substituído pela máxima da sujeição à Constituição, entendida como *sistema normativo aberto*³⁷⁷ *constituído por regras e princípios* voltados à consecução da justiça material. Considera-se sistema constitucional aberto aquele que agrega dois elementos (a realidade e o texto) que se relacionam, se comunicam, se interligam e se transformam mutuamente. O texto se abre para a realidade, e a realidade se permite ser modificada pelo texto.

A Constituição aberta de regras e princípios oferecem possibilidades de concretização da norma constitucional, da pertinência de constitucionalismo adequado à realidade, ao mesmo tempo em que transmite credibilidade para sociedade. Porém há que ser mantido um certo grau de fechamento para o sistema, de maneira a garantir a segurança jurídica e a estabilidade democrática.

Ney Bello defende que a interpretação integra aplicação e construção do texto constitucional, sem descurar da realidade política e social e das aspirações de um povo que deu feição a um pacto fundador que prevê direitos e garantias fundamentais para seus cidadãos. A interpretação da Constituição com um enfoque aberto pode significar o único vetor de transformação da sociedade possibilitando o afastamento da massificadora desigualdade e exclusão social. Sob essa ótica, tem-se que a exclusão social passa pela negação dos direitos positivados e, conseqüentemente, pela negação da própria Constituição. Mas ela não é senão um instrumento de proteção dos direitos humanos, independente do nível social ou da categoria econômica em que esteja inserida a pessoa. O Estado Democrático de Direito tem obrigação de preservar as esferas de direito das minorias na administração dos conflitos sociais, devendo caminhar numa linha de unidade política mínima.

Esse espaço constitucional aberto, em que ocorre o diálogo entre texto e realidade, é propiciado pela presença das normas-regra e das normas-princípio, que representam as expressões das intenções do próprio texto e tornam o sistema normativo dinâmico. Os princípios ocupam papel destacado no ordenamento jurídico por serem normas fundantes da

³⁷⁷Esta expressão, cunhada por Canotilho, é decodificada por ele nos seguintes termos: “é um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; é um sistema de regras e de princípios; é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. [S.L.]: Almedina, 2000, p. 1159.

própria ordem jurídica não podendo as outras normas do sistema deles se afastar, pois os princípios representam a base das normas jurídicas. Um direito se realiza quando um princípio é respeitado, pois eles são *standard jurídicos*, para quem a idéia de direito e de justiça está esculpida em um princípio. Para Canotilho, os princípios representam a fonte de legitimidade das normas-regra.

Todo sistema constitucional, segundo Bello³⁷⁸, para que possa ser um sistema democrático, necessita de uma tensão entre regras e princípios que possam harmonizar a dinâmica e a segurança jurídica, afastando a excessiva ditadura da lei e dos aplicadores da lei.

Para J. J. Gomes Canotilho, a existência de regras e princípios constitucionais, formando uma estrutura sistemática, “possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios”, em que o sistema ideal compõe-se de regras e princípios, coexistindo ambos no sistema jurídico, os segundos constituindo-se em fundamentos jurídicos para as primeiras, como uma “idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional”. As normas-regra possuem comandos fechados, indicam maior segurança jurídica, e as normas-princípios, por carregarem comandos mais abertos e mais flexíveis, representam o caminho de transformação mais rápido da ordem constitucional.

O doutrinador português defende o sistema constitucional aberto como a melhor possibilidade de concretização do Estado Democrático de Direito. Entende que a existência de regras e princípios possibilita a decodificação de um constitucionalismo adequado da estrutura sistêmica, ou seja, a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. O sistema jurídico composto desses dois elementos conduz a uma racionalidade prática adequada. Um sistema com esses dois elementos, permite um espaço livre para o seu desenvolvimento e complementação, tido como sistema constitucional aberto.^{379 380} A

³⁷⁸ BELLO FILHO, Ney de Barros. Sistema Constitucional Aberto – Teoria do Conhecimento e da Interpretação do Espaço Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p -282.

³⁷⁹. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. e Teoria da constituição [S.L.]: Almedina, 2000, p. 1174-1175

³⁸⁰ "Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um 'sistema de segurança', mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...). O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (...) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do 'possível' fá ctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional. e Teoria da constituição** [S.L.]: Almedina, 2000, p. 1162

normatividade dos princípios guarda uma relação dúplice com a pós-modernidade. Ao mesmo tempo em que propõe uma normatividade mais aberta, mais adequada, portanto, ao contexto de fragmentação característico da pós-modernidade, a atribuição de imperatividade aos princípios permite a integração entre um contexto social fragmentado e disperso por uma infinidade de interlocutores legitimados a proferir atos de fala e a necessidade de atribuir sentido e norma à atuação social dos indivíduos.

Como bem destaca Assis³⁸¹, o reconhecimento da carga normativa aos princípios constitucionais possibilita ainda que, de forma precária e incompleta, a possibilidade de ordenação social e a legitimidade das instituições sociais, num momento em que a dúvida e a relatividade possuem efeito erosivo sobre o ordenamento jurídico e o princípio da segurança jurídica.

Numa realidade plural, fragmentada e conflituosa como a da sociedade contemporânea, a normatividade dos princípios contribui para a realização mais plena dos imperativos da segurança jurídica e da pretensão de legitimidade a que almeja o Direito pós-moderno.

Os princípios jurídicos, como afirma Paulo Bonavides, ao saltarem dos códigos para as constituições, do Direito Privado para o Direito Público, da dogmática civilista para a dogmática constitucional, promoveram uma completa mudança no modo de se compreender, interpretar e aplicar as normas integrantes do sistema jurídico.³⁸² Espíndola destaca que pelos princípios constitucionais positivaram-se os principais valores éticos, políticos e jurídicos ordenadores da sociedade e do Estado; dos princípios constitucionais, em termos jurídico-positivos, pode-se extrair, portanto, os grandes sentidos da democracia constitucional contemporânea (tanto no processo de produção quanto no de aplicação do Direito).

Os princípios constitucionais, como bem destaca Canotilho, são multifuncionais, vindo a cumprir diversos papéis na ordem jurídica, vinculando: a prática de vários atos jurídico-públicos; leis, sentenças e atos administrativos; as ações dos poderes públicos (executivo, legislativo e judiciário, federais, estaduais e municipais) e dos poderes privados.

³⁸¹ ASSIS, Wilson Rocha. **A normatividade dos princípios e a pós-modernidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1011, 8 a br. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/821>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

³⁸² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 228-266.

Concretizam-se através do processo legislativo, do processo administrativo e do processo judicial, além, é claro, do processo de interpretação e aplicação privada pelos particulares.

Dessa forma, pode-se dizer que os princípios funcionam também como *fonte de legitimação* (padrão de legitimação constitucional) da decisão. Em outras palavras, os princípios são as *imposições deontológicas*³⁸³ que legitimam as decisões/escolhas públicas no âmbito do Estado Democrático de Direito. Há que se destacar, nesse caso, a importância dos princípios constitucionais como parâmetro para as decisões no âmbito da Administração Pública, ao mesmo tempo em que se discute a ampliação da legalidade administrativa (princípio da juridicidade) e a adoção de mecanismos mais flexíveis na sua gestão e na própria condução das políticas públicas. Princípios constitucionais e a democracia contemporânea mantêm relação estreita. Já que se propõem fortalecer o cidadão a desempenhar o seu papel no espaço público em prol de seus direitos e interesses.

Como nos ensina Espíndola³⁸⁴, a democracia contemporânea se apresenta em bases substantivas de modo a prestigiar o exercício da cidadania em detrimento do procedimento formal presente na democracia moderna. Nesse sentido, destaca o autor que, assim como é democrático integrar-se a vontade da maioria e que governantes decidam de acordo com procedimentos formais de formação da vontade política, também é democrático dotar a cidadania de instrumentos jurídicos hábeis que permitam questionar, ou mesmo impugnar, atos praticados por governantes que se revelarem ofensivos aos preceitos constitucionais.

É nesse sentido que Bonavides³⁸⁵ destaca a “superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa”, supremacia essa que não é apenas formal, mas, sobretudo, material, visto que os princípios são compreendidos, equiparados e até confundidos com os valores, constituindo-se na “expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”. E arremata: “as regras vigem, os princípios valem; [...] Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não é apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”.

³⁸³ *Deontologia* (do grego *δέον*, translit. *deon* "dever, obrigação" + *λόγος*, *logos*, "ciência"), na filosofia moral contemporânea, é uma das teorias normativas, segundo a qual as escolhas são moralmente necessárias, proibidas ou permitidas. Portanto inclui-se entre as teorias morais que orientam nossas escolhas sobre o que deve ser feito.¹ Ou ainda, parte da Filosofia que trata dos princípios, fundamentos e sistemas da moral.² O termo foi introduzido em 1834, por Jeremy Bentham, para referir-se ao ramo da ética cujo objeto de estudo são os fundamentos do dever e as normas morais. É conhecida também sob o nome de "*Teoria do Dever*".³ É um dos dois ramos principais da Ética Normativa, juntamente com a axiologia.

³⁸⁴ ESPÍNDOLA Ruy Samuel. **A Constituição como garantia da democracia**: o papel dos princípios constitucionais. In: *Novos Estudos Jurídicos*, Ano VI, número 11, outubro, 2000, 51-69.

³⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 237-60.

Ana Paula de Barcellos³⁸⁶, por sua vez, lembra que “ao juridicizar, através de princípios, valores fundamentais e ações políticas que entende decorrerem de forma direta e imediata de tais valores, a Constituição coloca a seu serviço o instrumental jurídico do direito constitucional, retirando-os do debate meramente político”.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a principal contribuição da teoria pós-positivista do Direito consiste na construção de elementos normativos voltados para *a aplicação prática dos princípios*. O que leva, portanto, à necessidade de se pensar um modelo de interpretação constitucional aberto à realidade social. Vale destacar Streck³⁸⁷ quando menciona as resistências ainda percebidas no contexto brasileiro quanto à adoção de um modelo hermenêutico em bases pós-positivistas:

Estou convencido que há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição (e, portanto, dos objetivos da justiça social, da igualdade, da função social da propriedade, etc.): trata-se das crises dos paradigmas objetivista aristotélico-tomista e da subjetividade (filosofia da consciência), bases da concepção liberal-individualista-normativista do Direito, que se constitui, em outro nível, na crise de modelos do Direito, pela qual, muito embora já tenhamos, desde 1988, um novo modelo de Direito, nosso modo-de-fazer-Direito continua sendo o mesmo de antanho, isto é, olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo (ainda) não foi tornado visível. Mais do que isto, a própria crise não foi tornada visível ‘como’ crise; o velho não foi compreendido ‘como’ (als) velho. A tradição inautêntica cega, obnubilando as possibilidades da manifestação do novo ‘como’ (als) novo.

E prossegue o insigne jurista³⁸⁸:

Há que se detectar os problemas que fizeram com que a expressiva parcela dos dispositivos da CF/88 não obtivesse efetivação: a prevalência/dominância do paradigma da filosofia da consciência, refratário à guinada lingüístico-hermenêutica, de cunho objetificante (portanto metafísico), que provocou a entificação do ser (sentido) do Direito (e sobretudo da Constituição); a não-existência de um Estado Social no país, muito embora o forte intervencionismo do Estado (e do Direito); a prevalência do paradigma liberal de Direito, mormente pela coexistência promíscua de um ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente; o não estabelecimento de um tribunal constitucional ad hoc; o processo de globalização das políticas neoliberais, são fatores que obstaculizam a implantação daquilo que aqui denomino de "realização das promessas da modernidade.

Dessa forma, o conteúdo axiológico é indispensável na busca de uma interpretação adequada, apta a concretizar os direitos fundamentais. O intérprete é um ser histórico e está inserido na realidade social, na realidade dos fatos. Para cada caso concreto teremos uma

³⁸⁶ BARCELLOS, A. P. de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Renovar Rio de Janeiro, 2008, p. 30.

³⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 218-19.

³⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

resposta constitucionalmente adequada. Em outras palavras, uma interpretação correta decorre da análise da norma constitucional em face de determinado caso concreto.

3.2.1 A sociedade aberta e a interpretação pluralista da Constituição e a proposta de Peter Häberle para um novo modelo de hermenêutica constitucional

Não existe apenas política por meio de interpretação constitucional mas também interpretação constitucional por meio da política. (Peter Häberle)

Em sua obra de hermenêutica constitucional, “Sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição”, Peter Häberle³⁸⁹ enfrenta o problema da participação democrática no processo de interpretação/concretização constitucional – em nítida e imprescindível superação dos métodos tradicionais, através da busca por novos meios e formas de participação, comunicação e interação entre todos os potenciais participantes deste (contínuo) processo. Isto é, Häberle estabelece como ponto central de sua obra a preocupação em realizar (e instrumentalizar) uma necessária hermenêutica da Constituição aberta à pluralidade (moral, social, cultural, etc) de intérpretes que integram uma dada sociedade – o que ganha relevo, sobretudo, naquelas que adotam o modelo de Estado Democrático de Direito –, afinal, “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la”³⁹⁰ representando, pois, **um seu legítimo intérprete**. Segundo o autor, a teoria da interpretação constitucional tem concentrado seus esforços em dois pontos principais: a questão acerca das tarefas e objetivos da interpretação, e a questão acerca dos métodos, que envolve o processo da

³⁸⁹Sobre a obra de Häberle vale a pena destacar as palavras de Gilmar Mendes, constantes da apresentação do livro: [...] Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia tradicional que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes [...] do complexo normativo constitucional. [...] Evidentemente, essa abordagem tem consequências para o próprio processo constitucional. Häberle enfatiza que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no referente às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de interpretação no processo constitucional (notadamente nas audiências e nas “intervenções”). Impõe-se, pois, para Häberle, um refinamento do processo constitucional, de modo a se estabelecer uma comunicação efetiva entre os participantes desse processo amplo de interpretação. Portanto, o processo constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, (Trad. Gilmar Mendes), Sergio Antonio Fabris, 2002, p.09-10.

³⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, (Trad. Gilmar Mendes), Sergio Antonio Fabris, 2002, p.13.

interpretação e suas regras. Todavia, há um aspecto fundamental para o qual não se tem dado a devida importância: a questão relativa aos participantes da interpretação. Isso se dá em razão do forte vínculo que a teoria da interpretação constitucional tem mantido com um modelo de sociedade fechada, conferindo especial destaque aos procedimentos formalizados e à interpretação constitucional realizada pelos magistrados. Contudo, por mais importante que seja a interpretação constitucional dos juízes, ela não é a única possível.

Mais precisamente, Häberle deseja operar uma síntese entre a Constituição e a realidade constitucional, destacando o papel fundamental exercido pelos agentes que conformam essa realidade. Destarte, busca analisar as implicações decorrentes de uma revisão da metodologia jurídica tradicional – vinculada ao conceito de sociedade fechada – e trabalhar uma metodologia centrada no modelo aberto e pluralista de sociedade, tendo como eixo principal o problema dos participantes do processo de interpretação constitucional. Destaca, assim, que a interpretação tem sido tradicionalmente considerada tão somente como uma atividade dirigida, de modo consciente e intencional, à compreensão e explicitação do sentido de um texto. Essa concepção restrita – reflexo dos métodos tradicionais de origem civilista propostos por Savigny – se revela, portanto, insuficiente à análise hermenêutica realista proposta por Häberle, tornando-se necessário o uso de um conceito mais amplo de interpretação, que reconheça a relevância do espaço público na sociedade aberta.

Nesse sentido, o autor propõe a tese de que não é possível o estabelecimento de um número limitado de intérpretes da Constituição, na medida em que todos os órgãos estatais e potências públicas, assim como todos os grupos e cidadãos, encontram-se envolvidos nesse processo de interpretação, que deverá ser tão mais aberto quanto mais pluralista for uma sociedade. Häberle destaca que todos aqueles que vivem a norma devem ser considerados como forças produtivas da interpretação, ou seja, são intérpretes *lato sensu* da Constituição, ou ao menos pré-intérpretes. Como os intérpretes jurídicos da Constituição não são os únicos que vivem a norma, não podem monopolizar a atividade interpretativa.

Todavia, isso não significa a supressão da responsabilidade da jurisdição constitucional, tampouco nega sua relevância no que diz respeito ao processo interpretativo. Trata-se apenas de reconhecer a influência da teoria democrática sobre a hermenêutica constitucional, conferindo-lhe maior legitimidade. Logo, a interpretação constitucional só pode ser pensada tendo em vista a esfera pública e a realidade constitucional, de modo que não é mais possível desconsiderar o papel do cidadão e das demais potências públicas na interpretação da Lei Maior. Com isso, a teoria da ciência, da democracia, da Constituição e da hermenêutica acabam consubstanciando uma singular *mediação* entre Estado e Sociedade.

Tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista prático, a interpretação da Constituição não constitui um fenômeno absolutamente estatal, pois além dos órgãos estatais e dos participantes diretos, todas as forças da comunidade política – ainda que de forma potencial – também têm acesso a esse processo. O papel exercido pelas pessoas concretas merece destaque na teoria de Häberle, inclusive no que diz respeito às funções estatais – leia-se parlamentares, funcionários públicos e juízes. A isso ele denomina *personalização* da interpretação constitucional.

No que diz respeito ao processo político, Häberle reconhece sua relevância para a interpretação da Constituição. O legislador também possui um poder de conformação, assim como o juiz constitucional. A diferença existente se situa no plano qualitativo, ou seja, ao juiz é assegurado um espaço na interpretação cujos limites decorrem de argumentos de índole técnica. Todavia, sob o prisma quantitativo, não existiria, segundo o autor, diferença fundamental entre as duas situações.

Observa-se, nesse sentido, que parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*), assim como da realidade constitucional, é criada pelo legislador, de modo que seu papel possui uma função precursora na interpretação da Lei Maior e no processo de mutação constitucional, influenciando sua atividade o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Por fim, a Ciência do Direito Constitucional, catalisada principalmente por intermédio da jurisdição constitucional, também configura a interpretação da Constituição. A abordagem proposta por Häberle traz consequências para o próprio processo constitucional: “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)”. Acrescente o fato de que diversos problemas em torno da Constituição material não chegam à Corte Constitucional e será possível perceber que, mesmo sem a interpretação judicial, a Constituição subsiste. Em uma sociedade aberta existem outras vias que levam à interpretação da Lei Maior, o processo constitucional formal não é a única. Em última instância, significa a necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos de informação dos juízes, principalmente quanto ao alargamento da possibilidade de participação no processo constitucional, permitindo assim uma comunicação efetiva entre os diversos participantes desse amplo processo de interpretação. Consequentemente, “O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática.”³⁹¹

³⁹¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, (Trad. Gilmar Mendes), Sergio Antonio Fabris, 2002, p.42.

3.2.2 A distinção entre regras e princípios

A consideração das regras e dos princípios como duas distintas espécies de normas é uma característica da denominada teoria pós-positivista, que se apresenta atualmente como uma síntese resultante da contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo clássico. O pós-positivismo defende que o direito posto é formado por normas fechadas, estruturadas por uma hipótese de fato e uma consequência jurídica, denominadas de regras, bem como por normas abertas, consistentes na simples enunciação prescritiva de um valor, designadas como princípios. Por meio dos princípios, notadamente os previstos nas constituições, o direito positivo abre-se a exigências de justiça, aproximando-se do direito natural.

Willis Santiago Guerra Filho (2009, p. 62-63) afirma que a Teoria do Direito contemporâneo, “em uma fase ‘pós-positivista’, com a superação dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo”, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deontica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da sua consequência jurídica, daquelas que são princípios, as quais não descrevem situações jurídicas, mas prescrevem valores, que assim adquirem validade jurídica objetiva, ou seja, positividade.

A distinção entre regras e princípios é então, e na verdade, uma distinção entre dois tipos de normas. Existem vários critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios. O mais comum é o critério da generalidade. Segundo esse critério, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto e as regras, normas com um nível relativamente baixo de generalidade.

Há, também, o conhecido critério da abstração, segundo o qual os princípios são normas com um grau de abstração relativamente alto e as regras, normas com um nível relativamente baixo de abstração. Outros critérios, tais como o do valor expressado e o da aplicabilidade, são também comumente utilizados com o intuito de fazer a distinção entre as regras e os princípios. Para Robert Alexy, entre regras e princípios existe não somente uma diferença de grau, mas uma diferença qualitativa. Nesse sentido, as regras apresentam-se sob a forma de um conteúdo determinado que é ou não realizado em sua plenitude, isto é, a regra é ou não é cumprida na inteira medida de seu enunciado normativo. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos.

As regras contêm em si determinações precisas acerca do que é fática e juridicamente possível. Ronald Dworkin,³⁹² explicando o caráter das regras a partir de uma distinção lógica entre elas e os princípios, diz que sua aplicação redundará sempre no "tudo ou nada" (*all-or-nothing fashion*), vale dizer as regras simplesmente se aplicam ou não se aplicam aos casos concretos para os quais são estipuladas. Para o referido autor, o choque entre regras é sempre solucionado pelos critérios clássicos de superação de antinomias, em que se analisam hierarquia, especialidade e cronologia (método da subsunção). O princípio, por sua vez, possui uma dimensão de peso. Assim, o conflito entre princípios não é resolvido pela prevalência integral de um com o conseqüente descarte de outro, mas pela análise da importância que cada princípio envolvido na questão possui naquela situação específica, sem que o outro perca sua validade (método da ponderação).

Já os princípios, por sua vez, podem ser cumpridos em graus diferentes, de acordo com as possibilidades fáticas que se apresentem para sua realização. Um princípio não deixará de ser cumprido ou aplicado se seu conteúdo normativo não for realizado com exatidão. Assim, os princípios poderiam ser caracterizados como mandados ou ordens de otimização. Nas palavras de Alexy³⁹³, "os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes". Ou seja, os princípios são *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e na medida devida do seu cumprimento, o que não apenas depende das possibilidades reais, ou genericamente concretas, como também das possibilidades especificamente jurídicas existentes naquele momento em que se dá a sua aplicação efetiva.³⁹⁴ Há, em relação aos princípios, um dever de proporcionalidade a ser observado diante do caso concreto.

Em outras palavras, é oferecido ao aplicador, nesse mister, o princípio da proporcionalidade, capaz de indicar, em cada caso concreto, a solução mais adequada, porque é a mais suave e a mais vantajosa, oferecendo maior proteção com o menor sacrifício. Ou

³⁹² Segundo Dworkin princípios em sentido amplo englobam os princípios em sentido estrito (tutelam os direitos individuais e as diretrizes) e as diretrizes (ou políticas), as quais servem de vetores para a implementação de objetivos coletivos.

³⁹³ Na teoria de Alexy, norma é gênero do qual derivam duas espécies; os princípios e as regras. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandamentos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, cujo cumprimento não somente depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas.

³⁹⁴ "Afirmar que a norma principiológica tem sua hipótese de incidência aberta, significa dizer, que não encerra a descrição de todos os fatos aos quais se aplica, o que depende de uma concretização, a qual normalmente é feita pelo juiz". FERRARI, Regina Maria M. Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Número 19, Salvador, setembro/outubro/novembro de 2009, p. 7.

seja, em todo conflito prévio à aplicação do direito, deverão ser sopesados, proporcionalmente, os valores em jogo, em busca da solução que melhor recomponha os direitos lesados ou ameaçados.

Canotilho também reconhece que as regras e os princípios são duas espécies de normas. Para ele, a distinção se dá entre as espécies de normas. De acordo com o jurista português, tal distinção pode ocorrer a partir dos seguintes critérios: segundo o *grau de abstração*; à vista do *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto; quanto ao *caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito; quanto à *proximidade da ideia de direito* e, por fim, levando em conta a natureza *normogenética*.

Frente aos critérios eleitos por Canotilho, referido jurista classifica os princípios em quatro grandes grupos, conforme nos revela Nery Junior³⁹⁵, a saber: (a) Jurídicos Fundamentais – historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no Texto Constitucional; (b) Políticos Constitucionalmente Conformadores – explicitam as valorizações políticas fundamentais do legislador constituinte. Se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição. Não admitem revisão e se revelam diretamente visados no caso de alteração profunda do regime político; (c) Constitucionalmente Impositivos – submetem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São dinâmicos, prospectivamente orientados. São preceitos definidores dos fins do Estado; (d) Garantia – visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. Possuem uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa.

Ana Paula de Barcellos, lembrando que tanto os princípios como as regras “pretendem produzir efeitos sobre o mundo dos fatos”, isto é, “que a realidade assuma uma forma específica”, busca estabelecer um critério de distinção entre essas duas espécies de normas jurídicas, indicando desde logo duas diferenças: “a relativa indeterminação dos efeitos e a multiplicidade de meios para atingi-los”. No primeiro caso, as regras objetivam produzir um efeito determinado, específico, geralmente limitado, enquanto que os princípios, a partir de um núcleo básico determinado, se irradiam na produção de efeitos indeterminados porque variáveis conforme as diversas concepções e a multiplicidade de situações. No segundo caso, os resultados visados pelos princípios podem ser alcançados por uma pluralidade de meios.

³⁹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p.30-31.

Ainda segundo a autora, três modalidades de eficácia podem ser atribuídas aos princípios: (a) a interpretativa; (b) a negativa; e (c) a vedativa do retrocesso. Assevera, mais adiante que a eficácia interpretativa “tem aplicação bastante ampla no caso dos princípios, exatamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos e da multiplicidade de situações às quais ele poderá aplicar-se ou em relação às quais deverá funcionar como vetor interpretativo”, o que é mais evidente no caso dos princípios constitucionais, onde se mesclam suas características de norma-princípio com a supremacia da Constituição. Já a eficácia negativa (“uma espécie de barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos ou editadas normas que se oponham aos propósitos do princípio”) reclama uma elaboração maior quando se trata dos princípios, “igualmente por força de seus efeitos indeterminados”.

Por último, a vedação do retrocesso “desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais”, principalmente os que “estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais”, porque um dos efeitos esperados desses princípios é exatamente uma ampliação desses direitos e não sua diminuição ou supressão.

O princípio não é, em si mesmo, um comando, uma instrução (uma simples estrutura), mas sim **fundamento, causa, critério e justificativa**³⁹⁶. Ou seja, a qualidade jurídica de um princípio não é definível *in abstracto*, sem que se conheça o método para o descobrimento do direito empregado em uma dada Constituição. Como bem destaca Ferrari, a teoria principiológica, no que se refere à eficácia e à legitimidade dos princípios, busca afastar pelo processo hermenêutico, a incidência da lei injusta face os valores abrigados por determinada sociedade.

Nesse sentido, segundo a autora, a Constituição deve então ser compreendida a partir de regras e princípios, o que traduz de certo modo, uma reaproximação com a ética, sem, no entanto, representar um retorno ao jusnaturalismo.^{397 398} Essa distinção, como bem destaca Espíndola³⁹⁹, entre regras e princípios é por demais importante no centro da teoria jurídica contemporânea e muito auxilia na compreensão da constituição como um sistema jurídico

³⁹⁶Vale destacar as lições de Ana Paula de Barcellos nesse sentido: “A justificação, por sua vez, está associada à necessidade de explicar as razões pelas quais uma decisão foi tomada dentre outras que seriam possíveis. Na verdade, cuida-se de transformar os diferentes processos lógicos internos do aplicador, que o conduziram a uma determinada conclusão, em linguagem compreensível (...) Parece evidente que o cidadão tem o direito de saber por que um seu agente delegado decidiu em determinado sentido e não em outro. (...)” (**Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45/46).

³⁹⁷ FERRARI, Regina Maria M. Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado. Número 19, Salvador, setembro/outubro/novembro de 2009, p. 5.

³⁹⁸ A rigor, pode-se dizer que a teoria dos princípios propicia a inserção de um substrato ético-moral no Direito – característico do jusnaturalismo, sem o comprometimento da unidade sistemática deste – próprio do positivismo.

³⁹⁹ ESPÍNDOLOA Ruy Samuel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. In: Novos Estudos Jurídicos, Ano VI, número 11, outubro, 2000, 51-69.

aberto de regras e princípios constitucionais. Sistema jurídico aberto à realidade social e política da comunidade dos cidadãos.

Com efeito, sobre os princípios constitucionais incide uma “reserva de justiça” que uma vez potencializada, por meio de mecanismos e modelo hermenêutico adequados, torna-se importante instrumento para a concretização do ideal de justiça material.

3.2.3 Os princípios constitucionais e seus impactos no âmbito da administração pública contemporânea: breves considerações

Da constitucionalização provocada pela ascensão dos princípios constitucionais cabe destacar a dimensão contemporânea que passam conferir ao papel da Administração Pública – e ao ramo do Direito que o regula – que nos termos de Breus passa a agregar ao Direito Administrativo preocupações materiais além das tradicionais questões voltadas para o aparato estatal. Nessa linha, os princípios propiciam uma base mais ampla, bem como uma progressiva legitimação para a Administração Pública na consecução dos seus fins, de modo que o seu estudo pode contribuir não só para o controle das suas ações, mas também para a construção de arranjos institucionais ao longo do processo de políticas públicas e para o processo de tomada de decisão.⁴⁰⁰

O que para o Direito, se revela um especial desafio, diante de uma visão mais substantiva no processo de aplicação de suas normas. Aos juristas contemporâneos – nacionais e estrangeiros – cabe a compreensão de que novas perspectivas se fazem necessárias.

É possível, dessa forma, vislumbrar no papel dos princípios constitucionais sua função como parâmetro no exercício do controle *a posteriori* das políticas públicas, na construção de arranjos institucionais e na tomada de decisão do gestor público.

Sob essa ótica, os princípios constitucionais se apresentam como importante contribuição do Direito contemporâneo para o aumento da qualidade do processo administrativo que circunda tanto a fase de formulação quanto a de implementação das

⁴⁰⁰ Os princípios desempenham, desse modo, para além da função integrativa, as funções de fundamentação, interpretação e direção do ordenamento jurídico. Por isso é que os princípios representam, no atual estágio de desenvolvimento do ordenamento jurídico, “critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, traduzindo-se em disposições hierarquicamente superiores do ponto de vista axiológico, em relação às normas e aos próprios valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete quando se defrontar com antinomias jurídicas”. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.47.

políticas públicas. Tal relação, no entanto, tem sido pouco explorada, exigindo dos juristas e operadores do direito a compreensão de que acrescidas às questões formais – usuais ao Direito moderno – novas abordagens se fazem necessárias, no que se refere à aplicação do Direito contemporâneo, com destaque para as questões de cunho institucional.

A ênfase nos princípios constitucionais – proposta pelo constitucionalismo contemporâneo – reflete o desenvolvimento de uma perspectiva contemporânea sobre a relação do direito com a política, que não a considera mais autônoma e neutra, mas interdependente e simbiótica. Delimitar o campo dessa nova relação – de modo a identificar seus limites e possibilidades – constitui um grande desafio para o direito contemporâneo. No que se refere, especificamente, ao processo de políticas públicas, as contribuições dos princípios constitucionais é tema a ser aprofundado e merecedor de maior atenção – de modo a revelar um novo modo de produção e aplicação do Direito contemporâneo, que busca complementar as lacunas do modelo positivista.

Sob a perspectiva da governança, por exemplo, há que se explorar as possíveis contribuições que os princípios constitucionais podem oferecer tanto na fase de formulação quanto na de implementação das políticas públicas. Nesse sentido, convém destacar Byner⁴⁰¹ quando se refere à ampliação da margem de interpretação conferida aos agentes e servidores públicos (mesmo nos países de tradição civilista como o Brasil), a partir da maior imprecisão/indeterminação constatada nos termos da legislação contemporânea. De acordo com o autor, a construção de coalizões e acordos que são centrais ao processo legislativo muitas vezes resultam em leis que são imprecisas e que conferem muita margem à interpretação dos servidores.

Dessa forma, escolhas difíceis acabam se transferindo para o órgão que implementa as políticas, desviando assim a *controvérsia política* do processo legislativo para o administrativo. O ambiente político no qual os órgãos operam, se revela, pois, altamente carregado, nele se presencia os órgãos tomando decisões básicas sobre políticas que satisfaçam os vários interesses afetados. A divisão clássica, difundida até então, entre formulação e implementação de políticas – em que se baseia a noção clássica de separação dos poderes – de que ao Poder legislativo cabe fazer as escolhas políticas e ao Executivo a função de implementá-las, tem se tornado obscura e cheia de sobreposições, na qual

⁴⁰¹BRYNER, Gary C. Organizações públicas e políticas públicas. In: PETERS, B. Guy e PIERRE, Jon.(Org.) Administração Pública (coletânea). São Paulo, Ed. UNESP, Brasília, 2010, p.318.

frequentemente se exige que aqueles que implementam as leis façam escolhas sobre as políticas.

Nesse contexto, os princípios constitucionais, surgem como critérios balizadores do processo de interpretação (função legitimadora) dos agentes públicos no âmbito das políticas públicas, contribuindo assim, para o equilíbrio das funções entre os poderes em tempos atuais e, sobretudo, para a segurança jurídica. O que constitui, aliás, objetivo principal da presente pesquisa qual seja a de demonstrar como os princípios constitucionais contribuem para a segurança jurídica do processo de políticas públicas.

É o que se pretende demonstrar no capítulo quatro.

CAPÍTULO IV

NOVOS HORIZONTES PARA A RELAÇÃO DO DIREITO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS

1 INTRODUÇÃO

O real não está na saída, nem na chegada. O real está no meio do caminho, na travessia.

(Guimarães Rosa)

As transformações por que vem passando o Direito pós-moderno leva a indagar se estão a sinalizar um momento de transição ou de ruptura de paradigmas. O significativo, no entanto, é reconhecer que para encarar os fenômenos jurídicos contemporâneos os conceitos do Direito moderno se revelam insuficientes.

A passagem do Estado legislativo para o Estado Constitucional pressupõe a afirmação do caráter normativo das constituições que integram um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado. O que, segundo Peña Freire⁴⁰², equivale a dizer que só serão Estados de direito aqueles modelos político-institucionais que incorporam uma série de limites ou vínculos materiais como condição de validade da norma e possibilidade de expressão do poder político.

À medida que o Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional) prestigia a ideia de efetivação dos direitos fundamentais a partir da força normativa e vinculante da Constituição, a relação entre direito e política se modifica, deixando de ser apenas formal e tornando-se, igualmente, substantiva.

Com a constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, amplia-se o conceito de democracia (surgem a democracia deliberativa e participativa ao lado da representativa), valoriza-se a cidadania (assegurando-lhe maior participação nos processos decisórios coletivos), concebe-se uma nova forma de governar (o *government by law* cede espaço para o *government by policy*) e se estabelece uma nova relação entre os poderes.

A constitucionalização da política a reabilita diante da defasagem e das deficiências do processo político-democrático formal pelas vias institucionais de democracia quer representativa, quer participativa⁴⁰³. Para Barroso, “constitucionalizar uma matéria significa

⁴⁰²FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 58.

⁴⁰³A constitucionalização da política pela Constituição Federal de 1988 se manifesta pela existência daqueles elementos, agregados aos objetivos e aos princípios fundamentais, cuja compreensão/interpretação/aplicação sistemática com os direitos fundamentais conduz à existência de imposições constitucionais, abstratas e concretas, de transformação da realidade para redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização para construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

transformar Política em Direito”⁴⁰⁴ e, assim, o constitucionalismo aproxima o Direito da Política, de modo que, em muitos momentos, essas esferas tornam-se indissociáveis.

Com a ascensão do texto constitucional nos sistemas jurídicos contemporâneos passa-se a perceber novos pontos de contato entre a política e o direito, outrora negados pela epistemologia jurídica.

A ideia de que todas as esferas estatais se submetam à “vontade da Constituição”, respeitando seus valores e promovendo seus fins, não torna o Poder Judiciário o único guardião da Constituição; visto que, aos demais Poderes (Legislativo e Executivo) também é cabido o dever de zelar pela ordem constitucional, agindo sempre em consonância com as normas e princípios constitucionais.

Dessa forma, ao Executivo, no âmbito de sua atuação, cabe dar vida à Constituição, por meio da *formulação e implementação* de políticas públicas voltadas à realização dos direitos constitucionais⁴⁰⁵. Por conseguinte, ao Legislativo incumbe a tarefa de criar leis que se harmonizem com o núcleo axiológico constitucional. Conforme Dantas⁴⁰⁶, com o advento da constitucionalização da ordem econômica, a política passa a ser, também, objeto material das constituições, razão pela qual a liberdade dos órgãos públicos para eleição das prioridades a ser objeto de realização não fica integralmente sujeita ao juízo dos representantes do povo, e nem do próprio povo⁴⁰⁷.

No contexto do Estado Democrático, observa-se uma nova tensão na relação entre os poderes do Estado a partir da indefinição de seus limites em face da realidade institucional dos tempos atuais. Como destaca Ackerman⁴⁰⁸, uma releitura do princípio da separação dos

⁴⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan/mar 2009, p. 04.

⁴⁰⁵ A caracterização normativo-estrutural como princípios confere aos direitos fundamentais uma dimensão programática no sentido de dirigir a ação do Estado para a sua realização ótima, no que converge ao tema das políticas públicas. Desse modo, procede-se a uma análise da vinculação promovida pelas normas constitucionais sobre as várias etapas de formação de uma política pública, desde o planejamento, passando pela formulação, implementação, execução e controle. Nesse sentido cabe destacar o papel das normas constitucionais (regras e princípios) como critério de aferição de legitimidade das políticas públicas e demais formas de atuação governamental.

⁴⁰⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Dirigismo constitucional sobre as políticas públicas**. Disponível em: https://www.conpedi.org.br/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf. Acesso em 21 de julho de 2015.

⁴⁰⁷ Com efeito, a realidade que a Constituição dirigente se propõe modificar é a marcada pela exclusão social, pela progressiva pauperização e pela incapacidade de grande parte da população de obter as condições mínimas de subsistência.

⁴⁰⁸ ACKERMAN, Bruce. A nova separação dos poderes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

poderes se faz necessária nos tempos atuais⁴⁰⁹, de modo a exigir maior diálogo institucional⁴¹⁰.

O tema da legitimidade constitucional torna-se, assim, recorrente no âmbito da teoria constitucional contemporânea⁴¹¹. Para os atuais regimes democráticos, garantir a efetividade dos direitos constitucionais suscita novos problemas a serem enfrentados. Esses transcendem o plano formal e alcançam o debate sobre as reais possibilidades de efetivação das garantias fundamentais individuais e coletivas. Estudos recentes (extraídos da literatura norte-americana) apontam para a necessidade de uma abordagem institucional a fim de se identificar os fundamentos da legitimidade constitucional – tanto jurídicos quanto políticos.

Os aspectos institucionais se tornam fundamentais quando se busca compreender o modo como as instituições atuam em conformidade com os valores públicos que são acolhidos pelo texto constitucional. Sobre a importância da abordagem institucional, vale destacar Zettel e Almeida⁴¹²:

(...) O debate constitucional contemporâneo, sobretudo no âmbito da teoria norte-americana, é marcado pela preocupação com a prática institucional de efetivação dos direitos. Diante do desenvolvimento de sociedades culturalmente complexas, a promoção dos direitos depende cada vez mais dos mecanismos de que dispõem as instituições para tratar das matérias que são levadas à sua resolução. Com efeito, essa nova realidade cultural e política requer a tomada de um novo parâmetro para a legitimidade da Constituição, que pode ser classificado como um parâmetro institucional.

⁴⁰⁹ “(...) Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes. A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes. A fórmula Estado Social Democrático de Direito indica claramente a imperativa observância de determinados padrões de conduta, quer sejam omissivos, quer sejam comissivos, daí se falar em Estado de Direito; a necessária participação popular no exercício do poder político, com a conseqüente aceitação das normas dela derivadas, o que justifica o designativo Estado Democrático; e, the last but not the least, a integração dos órgãos de poder com o objetivo de assegurar o progresso social e uma existência digna, tendo em vista a consecução do bem-comum, perspectiva que delinea os contornos do Estado Social.” GARCIA, Emerson. **Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais**. Disponível em [https:// www.tjrj.jus.br/...t_library/get_file?uuid=4882374](https://www.tjrj.jus.br/...t_library/get_file?uuid=4882374). Acesso em 22 de julho de 2015.

⁴¹⁰ “Tem-se discutido, nos EUA, a tensão entre Legislativo e Executivo, nas suas relações dialógicas. A mesma instaura-se sobre as deliberações legislativas tomadas por especialistas, isto é, deliberações majoritárias acerca de assuntos específicos por parte daquela instituição democraticamente responsável e juridicamente competente. Tais decisões são desvirtuadas pelas agências do Poder Executivo que, embora sejam instituições de especialistas por excelência, não possuem o mesmo grau de legitimidade dos representantes eleitos pelo voto popular”. BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José, RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. In: Revista Direitos fundamentais & Justiça - ano 5, nº 17, p. 288-309, out/dez de 2011.

⁴¹¹ Na teoria alemã ao longo da segunda metade do século XX, verificam-se três parâmetros legitimatórios que se apresentam com maior destaque: (I) o parâmetro normativo; (II) o parâmetro hermenêutico; e (III) o parâmetro democrático deliberativo.

⁴¹² ZETTEL, Bernardo e ALMEIDA, Maíra. **O debate sobre legitimidade constitucional na teoria do direito alemão à luz da teoria institucional**. Disponível em [https:// www.publicadireito.com.br/artigo](https://www.publicadireito.com.br/artigo). Acesso em 19 de julho de 2015.

A atividade institucional se torna, pois, parâmetro da legitimidade constitucional.

Na busca pelos fundamentos da legitimidade constitucional, a teoria institucional concebe um novo paradigma que tem como pressuposto o papel da Constituição na consolidação da ordem democrática. Na visão de Sunstein, a função principal da Constituição nos tempos contemporâneos consiste justamente na construção da arquitetura institucional à qual é atribuída a prática dos direitos constitucionais.⁴¹³ O argumento sustentado pelo autor desponta como uma nova proposta para o pensamento constitucionalista, voltada para a preocupação de ordem prática sobre a efetivação dos direitos.

Sob a ótica institucional surge uma nova perspectiva acerca da efetividade constitucional, marcada pela instrumentalização dos direitos na atividade institucional. Em outros termos, há que se perceberem os limites da efetividade dos direitos a partir das *capacidades institucionais*⁴¹⁴, ou seja, com base no acervo técnico e informacional que cada instituição pública ou privada dispõe para decidir sobre as matérias de sua competência. Cumpre analisar o modo como as instituições desempenham suas atividades, com base em procedimentos deliberativos e decisórios próprios, a fim de testar a sua compatibilidade com os valores constitucionais. É nesse sentido que deve ser buscado um parâmetro institucional – além do normativo – para a legitimidade constitucional.

Uma das principais características da teoria institucional, relevante para o presente estudo, consiste no destaque que confere a relação entre os cidadãos e as instituições públicas e a sua contribuição para a prática de procedimentos decisórios políticos mais legítimos.

Nesse sentido, a participação dos cidadãos na formação da vontade das instituições políticas e a efetiva capacidade de influenciar as suas decisões depende da própria organização interna das instituições, impondo-se, dessa maneira, a análise dos mecanismos deliberativos e dos procedimentos decisórios das instituições como fatores que ensejam um maior ou menor controle popular sobre sua atividade.

⁴¹³Afirma Sunstein: “In my view, the central goal of constitution is to create the preconditions for a well-functioning democratic order, one in which citizens are generally able to govern themselves.” SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 6.

⁴¹⁴ “Tal enfoque, entretanto, não se restringe apenas ao Judiciário, mas a todas as instituições revestidas de atribuições em uma ordem deliberativo-democrática. Na verdade, os processos deliberativos democráticos devem considerar que, além de suas capacidades institucionais tais como interpretação e decisão, devem conhecer dos resultados sistêmicos interinstitucionais a partir de sua atuação. Entende-se, desta forma, que os processos deliberativos devem, bem como a aptidão da instituição para decidir sobre uma determinada situação, considerar os resultados pretendidos e suas consequências.” BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José, RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. In: Revista Direitos fundamentais & Justiça - ano 5, nº 17, p. 288-309, out/dez de 2011.

Conforme Zettel e Almeida⁴¹⁵ é possível vislumbrar o caráter contributivo da teoria institucional para a teoria do direito contemporâneo a partir dos seguintes paradigmas: (I) o *paradigma da decisão judicial*, pelo qual as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos são considerados como elementos limitadores da margem de decidibilidade do órgão judicial; (II) o *paradigma procedimentalista*, ancorado na estruturação de procedimentos decisórios adequados para cada tipo de instituição pública ou privada, e capaz de conformar as decisões institucionais aos valores constitucionais; (III) o *paradigma democrático*, segundo o qual a efetiva possibilidade de participação e de influência dos cidadãos nas decisões das instituições de caráter constitucional, através de procedimentos deliberativos adequados, consolida os valores democráticos na sociedade.

O fundamento da legitimidade constitucional passa a apresentar uma dimensão institucional, além da normativa, na qual se passa a analisar a capacidade efetiva das instituições em dar continuidade ao projeto democrático concebido na Constituição. A legitimidade é concebida, assim, de forma dinâmica, uma vez que os valores constitucionais compostos por ela são constantemente postos em debate no processo político institucional.

Como adverte Bolonha, Eisenberg e Rangel, torna-se de fundamental importância conceber as bases da atividade institucional – e avaliar como esta vem se desenvolvendo, pois somente a partir das instituições é possível concretizar os princípios constitucionais.

Cabe, aqui, destacar que a presente pesquisa busca explorar as possíveis contribuições dos princípios constitucionais ao exercício da função administrativa que compete ao Poder Executivo, no momento em que elabora e implementa políticas públicas, tendo em vista o fortalecimento de sua capacidade na implementação de suas políticas (governança) e da própria sociedade no exercício do controle sobre as ações governamentais (accountability). Perspectiva essa, ainda pouco explorada, e cujo aprofundamento pode trazer contribuições significativas para as tensões constatadas atualmente nas relações que ocorrem no âmbito interno do executivo (tanto entre seus próprios órgãos, quanto com os cidadãos) e nas suas relações com os demais poderes (Legislativo e Judiciário).

Para tanto, são acolhidas as seguintes premissas: (1ª) No contexto do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) direito e política se interpenetram; (2ª) A relação de maior proximidade do direito com a política repercute diretamente sobre o processo de gestão das políticas públicas, uma vez que torna a sua implementação bem

⁴¹⁵ ZETTEL, Bernardo e ALMEIDA, Maíra. **O debate sobre legitimidade constitucional na teoria do direito alemão à luz da teoria institucional**. Disponível em [https:// www. publica direito.com.br/artigo](https://www.publicadireito.com.br/artigo). Acesso em 19 de julho de 2015, p. 20.

sucedida uma questão jurídica (constitucional); (3ª) A relação entre poder público e sociedade se modifica, tornando-se mais consensual e dialógica, cabendo ao Direito contemporâneo contribuir para a configuração institucional de uma administração pública dialógica; (4ª) Os princípios constitucionais se destacam como a principal contribuição do direito pós-moderno ao processo de políticas públicas, tanto na perspectiva normativa quanto na institucional.

Com este capítulo quatro pretende-se, pois, explorar as possíveis contribuições que o Direito pós-moderno pode oferecer ao processo de políticas públicas, com destaque para os princípios constitucionais, como critério de aferição de legitimidade e fonte de estabilidade institucional (segurança jurídica). Vale a pena lembrar a hipótese que norteia a presente tese:

A segurança jurídica, entendida como a observância aos princípios constitucionais, aumenta a governança e o grau de accountability no processo de políticas públicas.

2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS SOB A PERSPECTIVA CONTEMPORÂNEA: SUAS POSSIBILIDADES E DESAFIOS

A implementação de políticas públicas torna-se uma preocupação da pós-modernidade para as ciências sociais, em especial para o Direito. Juridicamente, se compreende a política pública como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e das promessas consagradas na Constituição, tema de grande relevância quando se busca superar o *déficit de legitimidade* que vem caracterizando as democracias atuais.

Ao mesmo tempo, a elaboração e implementação de políticas públicas envolve um processo decisório complexo, de natureza dialógica, em relação ao qual o Direito, sustentado pela concepção formal da lei, não consegue atender as suas especificidades e inovações, podendo, dessa forma, vir a ser assimilado como um entrave burocrático ao livre jogo entre os atores que participam dessas políticas, ou se inserir nesse jogo, como mais um instrumento à disposição do Estado para implementação de reformas e políticas inovadoras. Nesse último caso, segundo Patrice Duran, o Direito se apresenta como uma moldura para a gestão de políticas públicas na medida em que cabe a ele desenhar as instituições, distribuir tarefas e papéis, repartir autoridade, estruturar as possibilidades de controle e proteção. O Direito funciona, portanto, como um instrumento à disposição do Estado para a realização de objetivos específicos de políticas públicas.⁴¹⁶

Se antes o Direito não buscava alcançar finalidades específicas, mas apenas estabelecer as regras do jogo e deixar aos atores a preocupação de perseguir os seus próprios objetivos, no momento em que passa a incorporar preocupações de políticas públicas, isso muda.

As leis não são mais pensadas como a afirmação de valores aos quais a realidade deve se conformar, mas como instrumento de transformação da realidade. A perspectiva torna-se, portanto, *abertamente instrumental*, tratando-se menos de impor um modelo *a priori* do que de adaptar um programa de ação a uma conjuntura plural e mutável.⁴¹⁷

As regras do direito, que até então vinham sendo avaliadas apenas quanto à sua validade e à relação entre as normas internas (princípio da não contradição), e, ainda, mediante a observância de procedimentos formais, se veem interpeladas do ponto de vista dos

⁴¹⁶ DURAN, Patrice. *Piloter l' action publique, avec ou sans le droit? Politiques et management* vol. 11, n.4, dec 1993, p. 11.

⁴¹⁷ OST, François. *La régulation: des horloges et de nuages*. In: OST, François e JADOT, Benoi.(dir.) *Elaborer La loi aujourd'hui mission impossible?* Bruxelles . Facultés Universitaires Saint-Louis, 1999, p. 7-10.

seus efeitos sociais. A legitimidade não é mais adquirida de pleno direito, mas em razão da pertinência das ações realizadas.

A eficácia do direito passa a depender, efetivamente, do grau de aceitação e receptividade das normas, submetendo-se à análise da aptidão de certos instrumentos previstos em lei responderem às expectativas de seus destinatários.

Nesse contexto, as *tradicionais normas abstratas, gerais e impessoais* vão sendo substituídas por *normas cada vez mais individualizadas*, específicas e finalísticas. Assume, assim, um caráter mais procedimental, sob a forma de princípios e recomendações, com o intuito de viabilizar soluções a uma realidade cada vez mais complexa e cambiante não mais de regular, de forma direta, as condutas sociais.

Além disso, diante dessa crescente complexidade e da reconhecida incapacidade do Estado em responder aos problemas e demandas dessa nova realidade com os instrumentos jurídicos tradicionais, surgem novas fontes de produção normativa, tanto no âmbito supranacional, quanto nos espaços infraestatais. A pluralidade de fontes normativas, aliada ao crescente aumento da complexidade social, faz com que se multipliquem as esferas de decisão, revelando-se o desafio de enfrentar essa realidade com os institutos típicos dos modelos do Estado moderno.

Essa realidade faz surgir novos fenômenos no âmbito do Estado contemporâneo e que merecem uma análise mais atenta diante de seus impactos sobre as políticas públicas, tais como, a regulação, governança e avaliação de resultados, como novas formas de controle do agir estatal.⁴¹⁸

Diante de tais transformações, alguns autores propõem uma reformulação da concepção do direito, com o intuito de municiá-lo de instrumentos que contribuam com a tarefa de responder, de forma efetiva, às demandas sociais e políticas e que sejam capazes de conter sua proliferação anárquica e desenfreada. Importante assinalar que não se trata de uma ruptura radical com o modelo de direito anterior. Ao contrapor os modelos de direito que denomina de moderno e pós-moderno, Chevallier, por exemplo, afirma que as relações entre eles não se colocam em termos de substituição mas, pelo contrário, de coexistência ou, mais exatamente, de imbricação⁴¹⁹. Se por um lado não se deve esquecer que a lei formal tem sido o “esqueleto” que fundamenta o Estado de Direito, por outro, tampouco se deve esquecer de que as políticas públicas se tornaram hoje a sua “musculatura”. E se a lei formal, por si só, não permite aferir

⁴¹⁸ FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Sociologia:** direito e conjuntura, São Paulo, Saraiva, 2010 p-39.

⁴¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *La juridicisation des precepts manageriaux*. In: *Politiques et management public*, vol. 11, n. 4, dec. 1993, p. 115.

integralmente as condições de validade das políticas públicas, há que se perquirir sobre o papel da Constituição nesse contexto, enquanto ato instituidor dos direitos e deveres fundamentais do homem e do cidadão, sobre a consagração dos princípios fundamentais a reger a atuação estatal e, a flexibilidade por esses permitida, de modo a encontrar a legitimação que falta para as políticas públicas.

A imprescindibilidade da participação dos cidadãos na construção das políticas públicas revela, por sua vez, a abertura para um novo modo de exercer o poder político e sua compreensão jurídica. A gestão das políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, coloca em discussão a concepção tradicional de democracia prestigiando-se a ideia de participação das “minorias” no processo de definição das políticas públicas e os procedimentos deliberativos de decisão. De acordo com Chantal Mouffle⁴²⁰, nas sociedades nas quais reina o pluralismo e em que a existência de conflito e divisão já tenha se tornado legítima, não é mais possível conceber o povo como uma entidade unificada e homogênea, dotada de uma única vontade geral. “É necessário repensar a política democrática a fim de que ela redefina o pluralismo e a liberdade individual”.⁴²¹

Nesse contexto, Pierre Rosavallon afirma que a legitimidade nunca é adquirida a priori, ao contrário, torna-se permanentemente desafiada, na medida em que depende da percepção social da ação e do comportamento das instituições. Dessa forma, é preciso pensar em maneiras para os indivíduos se manifestarem, mediante a existência de um processo político de diálogo que incorpore os seus interesses, e respeite, assim, sua complexidade e pluralidade.

Para autores como Habermas, as discussões, enquanto problematização do diálogo, e a participação nas decisões políticas possibilitam a avaliação dos conteúdos normativos naturalmente demandados pelo “mundo da vida”. Tal discurso é integrativo e propicia a democracia e a cidadania como meios para resolução dos conflitos de forma consentida pela coletividade, ou seja, por meio da participação do destinatário do comando normativo no seu

⁴²⁰ MOUFFLE, Chantal. *Penser lá démocratie moderne avec et contre Carl Schmidt*. *Revue française de science politique*, vol. 42, n.1, 1992, p. 88.

⁴²¹ Nesse sentido, Pierre Rosavallon propõe uma mudança de foco da democracia com o abandono da noção de representação pelas eleições e de identificação da vontade geral como fundamento de legitimidade democrática. De um lado, porque as eleições assumem uma função cada vez mais reduzida, pois servem apenas para validar um modo de designação dos governantes, não implicando mais em uma legitimação *a priori* das políticas que ao assumirem os cargos podem governar livremente. De outro lado, porque a noção de minoria também adquire como sentido “O interesse do maior número não pode ser mais assimilado como ao de uma minoria. O povo não pode mais ser concebido como uma massa homogênea ele deve ser visto muito mais como uma ascensão de histórias singulares, uma soma de situações específicas. É por isso que as sociedades contemporâneas são compreendidas cada vez mais a partir da noção de minoria. A minoria não é mais a “menor parte” (que deve se inclinar diante da “maior parte”). Ela se torna uma das múltiplas expressões retratadas da totalidade social. A sociedade se manifesta mais na forma de uma grande variação de condições minoritárias. Atualmente o “povo” é também o plural de minoria. ROSAVALLON, Pierre. *Lá légitimité démocratique. la impartialité, réflexivité, proximité*. Paris, Seuil, 2008, p. 13.

processo de elaboração. Nesse sentido, a teoria do agir comunicativo, desenvolvida pelo professor alemão, consegue emprestar ao ordenamento jurídico um sentido de emanção da vontade democrática dos cidadãos institucionalizados juridicamente e que, por meio da orientação da ação por procedimentos discursivos, guiados pela razão do melhor argumento, constroem a norma.

O princípio habermasiano do discurso converte-se em princípio da democracia, por intermédio de uma concepção discursiva e procedimental que pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade do sistema normativo. Sob essa ótica, a Administração Pública passa a ser compreendida como processo democrático, dialógico, em que as regras do processo político gozem dos atributos da transparência e honestidade e sejam justificadas a partir do texto constitucional e seu sistema de proteção e amparo dos direitos fundamentais.

Em termos de implementação das políticas públicas, torna-se importante explorar as capacidades estatais e seus arranjos institucionais. Ressalta-se que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, entre outros dispositivos, instituiu uma série de mecanismos para envolvimento dos atores sociais, políticos e econômicos no processo de formulação e gestão de políticas públicas, ao ampliar os instrumentos de controle, participação e transparência nas decisões públicas, tornando mais complexo o ambiente institucional para a formulação, coordenação e execução de políticas.

No atual contexto político-institucional brasileiro, são vários os atores e interesses a serem coordenados e processados na execução de uma política: burocracias de diferentes poderes e níveis de governo, parlamentares de diversos partidos e organizações da sociedade civil (sindicatos de trabalhadores, associações empresariais, movimentos sociais). Em torno de cada política se arranjam organizações (com seus mandatos, recursos, competências e instrumentos legais), *mecanismos de coordenação, espaços de negociação e decisão entre atores* (do governo, do sistema político e da sociedade), além das obrigações de transparência, prestação de contas e controle. Nesse caso, conforme destaca Gomide e Pires⁴²², compreender o processo das políticas públicas requer aprofundar o olhar nos arranjos institucionais que dão sustentação à sua implementação. Entendendo-se como arranjo institucional, o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica. São os arranjos que dotam o Estado de capacidade de execução de seus objetivos.

⁴²² GOMIDE, Alexandre de Ávila e PIRES, Roberto C. Rocha. **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais e políticas públicas**. IPEA, Brasília, 2014, p. 21.

No contexto democrático, entende-se que tal capacidade pode ser entendida a partir de dois componentes: o técnico-administrativo e o político, sendo que o primeiro se refere à burocracia (conceito weberiano), contemplando as competências dos agentes do Estado para levar a efeito suas políticas, produzindo ações coordenadas e orientadas para a produção de resultados; e o segundo, associado à dimensão política, refere-se às capacidades da burocracia do Executivo em expandir os canais de interlocução, negociação com os diversos atores sociais, processando conflitos e prevenindo a captura por interesses específicos. Assim, são as regras, processos e mecanismos instituídos pelos respectivos arranjos de implementação que vão explicar o resultado alcançado por cada política pública.

De acordo com Arruda Neto, a implementação das políticas públicas em países em desenvolvimento se diferem das que são praticadas nos países desenvolvidos, dada as maiores dificuldades políticas, técnicas, financeiras e culturais, tais como: (a) a dificuldade de articulação entre sociedade e Estado, em grande parte pela falta de organização da primeira e das dificuldades na obtenção de um *feedback* do Estado; (b) à diminuída capacidade financeira de alguns países do chamado Terceiro Mundo; (c) à falta de capacitação humana, competência técnica e motivação dos gestores envolvidos no processo político e (d) à visão simplista do processo de planejamento.⁴²³

Ainda segundo o autor, estudo recente desenvolvido pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), de 2006, ao analisar a estabilidade das políticas públicas na América Latina, aponta para a fragilidade desses países em manter a maioria delas ao longo do tempo devido à falta de compromisso com a esfera dos interesses públicos, comprometendo, assim, o almejado desenvolvimento econômico.

Conclui o relatório⁴²⁴:

Em outros países, as políticas são com frequências revertidas, muitas vezes a cada pequena mudança nos ventos políticos (seja mudança na administração, ou mesmo mudança de algum membro importante do governo ou burocrata sênior). Ter políticas estáveis não significa que as políticas não possam sofrer alterações, mas que as alterações tendem a responder a mudanças nas condições econômicas ou ao fracasso de políticas anteriores, não a mudanças políticas. Em países com políticas públicas estáveis, as mudanças tendem a ser gradativas, a aproveitar as realizações de administrações anteriores e a ser alcançada através de consenso. Em contraste, ambientes de políticas públicas voláteis são caracterizados por grandes guinadas e por falta de consulta aos diferentes grupos da sociedade.

⁴²³ ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. Direito das Políticas Públicas. Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 152.

⁴²⁴ BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO; ROCKEFELLER CENTER FOR LATIN AMERICA STUDIES; HARVARD UNIVERSITY. **A política das políticas públicas**: progresso econômico e social na América Latina 2006, Rio de Janeiro, Elsevier, Washington D.C, 2007, p. 131.

Em meio a esse contexto de incertezas e indefinições, torna-se impensável negar a existência de relação do Direito com as políticas públicas, enquanto esse se apresenta como instrumento de estabilidade e pacificação de conflitos. A necessidade de conceber um Direito para as políticas públicas foi sentida pelo professor de Direito, Charles-Albert Morand, autor da obra intitulada “*O Direito neomoderno das políticas públicas*”, onde expõe a concepção de um novo modo do Estado realizar o Direito.

Na busca de compreender a ação estatal, na sua evolução, em especial ao longo do século XX (Estado Moderno, Estado Providência, Estado Propulsivo, Estado Reflexivo, Estado Incitativo) Morand conclui que o Direito que rege o Estado evoluiu para um novo paradigma, a que denomina *direito neomoderno das políticas públicas*. O autor em sua obra, além de alertar para os perigos inerentes ao fenômeno que denomina “refeudalização” do processo de decisão”, chama a atenção para os programas normativos finalísticos e seus desafios (já que se trata de inovação para o Direito), além de afirmar a necessidade de o Estado responder sempre nas suas renovadas formas de agir, a critérios de juridicidade.

A fim de se encontrar soluções jurídicas adequadas à realidade social contemporânea é preciso compreender o Direito de uma forma diferente. Novos desafios pedem uma nova forma de pensar. Sob essa perspectiva, é possível identificar novas possibilidades na relação do direito com as políticas públicas.

2.1 A POLÍTICA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE APLICAÇÃO DA DOGMÁTICA JURÍDICA⁴²⁵ CONTEMPORÂNEA

Em função dos novos paradigmas que surgem na sociedade, propõe-se um estudo de uma nova forma de conceber a aplicação e a interpretação do direito posto, com vistas a adequá-lo à nova realidade. A Política Jurídica, que tem como objeto de estudo **o direito que deve ser**, com seus fundamentos, princípios e pressupostos, emerge como ferramenta fundamental para a efetivação desse novo pensar.

A Dogmática Jurídica, que tem como escopo a interpretação do Direito Positivo, com vista a uma maior segurança normativa, exime-se de qualquer caráter valorativo,

⁴²⁵ O conhecimento dogmático do direito ou simplesmente Dogmática Jurídica é uma forma específica de conhecimento jurídico, fruto da consolidação de três heranças da tradição jurídica europeia sob condições epistemológicas e político-jurídicas determinadas. É comumente vista como uma perspectiva voltada para a aplicação do direito. Ou seja, funciona como instância do conhecimento jurídico voltada para o “controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível”.

caracterizando-se como uma ciência neutra, sem nenhum cunho axiológico.⁴²⁶ Com o advento da Política do Direito, a Dogmática poderá adequar-se, de forma que, ao aplicar e interpretar as normas jurídicas, o faça de forma a privilegiar o contexto social no qual a norma será aplicada.

Para Osvaldo Ferreira de Melo, um dos precursores da política jurídica no Brasil, as teorias jurídicas até então propostas, decorrentes do período individualista anterior (período da modernidade), afastam o legislador e o jurista de alguns pressupostos básicos de ordem moral os quais se tornam indispensáveis para a compreensão do Direito em tempos pós-modernos. O Direito, como pura norma, não se presta mais a responder os desejos da sociedade em tempos de pós-modernidade, de pluralidade, de diferenças, de crises, de novas concepções de vida. Por tal, frente a essas desconstruções e construções de velhos e novos paradigmas. Destaca-se que a proposta da Política Jurídica consiste em avaliar e corrigir, quando necessário, o Direito posto, e com isso, construir um novo Direito que possa abranger as necessidades humanas, sempre se baseando na ética, na tolerância, no respeito e, principalmente, na dignidade da pessoa.

Aliás, conforme destaca Dias, a reflexão crítica sobre o Direito posto não visa desestabilizá-lo, mas adequá-lo à realidade e aos valores existentes na sociedade, com vistas ao aprimoramento do Direito vigente, no sentido de vivificá-lo. Salienta que legítimo é o Estado de Direito que realiza a Justiça. E essa se reflete no bem-estar social.

No entender do Prof. Melo⁴²⁷, inicialmente, pode-se abordar a Política Jurídica como a disciplina à qual "cabe buscar o direito adequado a cada época, tendo como balizamento de suas proposições os padrões éticos vigentes e a história cultural do respectivo povo". Nesse mesmo enfoque, o autor defende que a política jurídica é o elo entre a ação humana e a persecução de uma forma de adequação da norma vigente aos anseios do cidadão, transformando-a num elemento útil e positivado, afeto às necessidades e interesses sociais. Afirma o autor:

(...) À Política do Direito cabe intercomunicar ambos os elementos, tornando-os interdependentes, e examinar os âmbitos da Política e do Direito não como áreas bastantes em si mesmas, mas como espaços suscetíveis de permanentes e desejáveis influências recíprocas. O Direito necessita da Política para renovar-se continuamente na fonte das mediações, e esta necessita daquele para objetivar em realidades e

⁴²⁶ Trata-se de uma percepção kelseniana da ciência jurídica, a qual, não obstante ter possibilitado elevar o estudo do direito à ciência, pecou por excluir os aspectos valorativos das normas de conduta humana. Todavia, desde 1970, há autores, como Karl Larenz (Metodologia da Ciência do Direito), que já refutavam tal premissa e apontavam, no caso da ciência do direito, seu conteúdo peculiar.

⁴²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 80.

valores a sua atividade quase sempre dispersiva e pragmática, ou seja, objetivá-la em sistema de princípios e normas, formal e materialmente válidos.

Na lição de Perez⁴²⁸, o objeto da Política Jurídica está na adequação entre Política e Direito, consignando que: “a discordância entre política e direito é a discordância entre fins e meios de regulação da vida social humana” e que entre esses fins e meios seria o objeto da Política Jurídica.

A Política Jurídica tem como compromisso permanente, priorizar a adequação, a criação ou a renovação do sistema jurídico para que realize o fim a que se propõe, no contexto social. Assim, uma atuação político-jurídica seria aquela comprometida com os anseios jurídicos sociais, da qual provém a revogação, correção ou proposição de uma norma jurídica. Dessa forma, a investigação da política jurídica deve considerar pressupostos axiológicos à procura do “justo” e do “socialmente útil” como fundamentos para a construção de uma proposta de um “Direito que deva ser”, ou seja, um “Direito desejado” pela sociedade.

Nesse contexto, a natureza da política jurídica é axiológica, pois na questão do valor busca a sua autenticidade para firmar-se no mundo jurídico como disciplina autônoma. A pós-modernidade insiste na ideia de que os valores não se apresentam como elementos definitivos, mas temporais, e, assim, respondem às necessidades relativas de seres humanos engajados em relações transitórias, marcadamente sócio-históricas.

A Política Jurídica adentra no cenário da pós-modernidade, pois considera a realidade social e o mundo dos valores, na construção da norma desejável, e não propõe a criação de um Direito imutável. Oliveira⁴²⁹ identifica a política jurídica como um saber essencialmente prático, mas de natureza teórica. O seu estudo constitui, assim, “(..) verdadeira ciência de conteúdo estritamente teórico, mas enquanto votada para um objeto operável, pertencerá ao gênero prático.”

Segundo Melo⁴³⁰, a *Política Jurídica* atuaria em três dimensões:

- a) *dimensão epistemológica*: o seu papel é crítico e desmistificador, já que não só se opõe ao mito do poder das significações jurídicas, mas igualmente porque alça dúvidas acerca das certezas apontadas pelo que chama de pretensa racionalidade do positivismo jurídico. Ainda segundo o autor, a função epistemológica da Política Jurídica recai em duas atividades distintas. A primeira se realiza na crítica ao direito vigente, cujos princípios, normas e enunciados devem ser cotejados com critérios

⁴²⁸ PÉREZ, Pascual Marím. *La política Del derecho*. Barcelona, Bosh, 1963, p.11.

⁴²⁹ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**: propostas epistemológicas para a criação da política do direito, Itajaí, UNIVALI, p.112.

⁴³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 70-71.

racionais de Justiça, Utilidade e Legitimidade, sem que seja preciso apelar para quaisquer justificações de natureza metafísica ou para proposições neoanarquistas que possam desconstruir o território já duramente conquistado do Estado de Direito. A segunda atividade é buscar, em fontes formais e informais, as representações jurídicas, do imaginário social que se legitimem na Ética, nos princípios de Liberdade e Igualdade e na Estética da convivência humana. Para isso haverá que rever a doutrina tradicional das fontes de Direito para privilegiar aquelas que realmente possam alimentar um Direito novo, desejável, criativo, libertador, racional e socialmente consequente;

- b) *dimensão ideológica*: ressalta a recuperação do conceito de ideologia como sistema aberto, com a finalidade de orientar comportamentos e seleção de alternativas, e trabalha com o conceito de utopia como ideologia desconstrutiva de modelos colocados em ambientes fechados e os reconstrói mais adiante, como devir desejado; é nessa dimensão que o autor aduz a possibilidade de convivência entre Política e Ética: os meios (estratégias) da primeira sejam iluminados pela segunda; e
- c) *dimensão operacional*: refere-se ao agir, que “é a operação do fazer, a realização de uma idéia, de um querer”; “os fins da Política Jurídica visarão à desconstrução de paradigmas que negam ou impedem a criatividade”. Ainda segundo o autor, o agente da Política do Direito, a quem se poderá chamar o político do Direito, não é um tipo específico de profissional a ser sacralizado em substituição às vetustas figuras que marcaram os lugares privilegiados do saber, na história do pensamento jurídico.

Melo considera, assim, o Operador Jurídico como o maior construtor da cidadania, e com isso destaca que a Política Jurídica,⁴³¹

é o mais adequado instrumental de que dispõe o jurista para participar do esforço de todos os cientistas sociais no direcionamento das mudanças sócio-econômicas, levando em conta as utopias da transmodernidade.

No âmbito de atuação da Política Jurídica a hermenêutica se revela como principal instrumento capaz de harmonizar e mediar os conflitos, e assim, aproximar o direito posto das demandas sociais. Como ressalta Dias e Mendes⁴³² a *Política Jurídica e a Hermenêutica Jurídica* estão intimamente relacionadas, enquanto a primeira pretende avaliar o Direito posto e criar um novo Direito, a segunda busca compreender e interpretar as normas jurídicas existentes, sendo que ambas traçam como meta principal, a “criação, avaliação, adequação ou interpretação” das normas jurídicas de acordo com as transformações sociais e as experiências da vida cotidiana. Ainda segundo as autoras, a hermenêutica jurídica subsidiará o operador do

⁴³¹ MELO, Osvaldo Ferreira. Fundamentos da política jurídica, 1994, p. 47.

⁴³² DIAS, Maria da Graça dos Santos e MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. **A relação entre Política Jurídica e a Nova Hermenêutica Jurídica**. In: Revista Lex Humana, n. 2, 2010, p. 90.

direito com fundamentos para aplicar norma ao fato concreto, possibilitando interpretações que venham atualizar, ou mesmo romper, com os velhos paradigmas e provocar novos debates sobre temas polêmicos na sociedade.

A Política Jurídica, nesse contexto, surge para auxiliar a necessária evolução, transformação, correção e criação de um novo conceito de norma jurídica, objetivando a convivência harmônica, a inclusão dos cidadãos como membros legitimadores da norma positivada, de modo a permitir que a dogmática jurídica atue como mediadora entre a ordem jurídica e as decisões concretas. Dessa forma, a legitimidade da norma passa a estar fundamentada nos anseios da sociedade e não apenas na vontade de poucos.

Nesse sentido, a tarefa do operador do direito se torna complexa, pois para a aplicação da norma jurídica ao caso concreto se faz necessário interpretar os princípios e as regras contemplados no ordenamento jurídico, ultrapassar os limites da dogmática jurídica tradicional e, assim, tentar construir um direito renovado adaptado às exigências da realidade.

2.2 A TEORIA DIALÓGICA INSTITUCIONAL: A ATIVIDADE INSTITUCIONAL SOB O ENFOQUE JURÍDICO-POLÍTICO

O debate sobre as teorias institucionais tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-política norte-americana e, mais recentemente, brasileira. Esse debate pautado, sobretudo, na *Teoria Dialógica Institucional*, parte da premissa que as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais sob uma perspectiva dialógica, tendo em vista a cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional.

Ou seja, a partir da preocupação doutrinária exposta, principalmente por parte dos teóricos norte-americanos, iniciada na última década, dedica-se ao tema das instituições, num plano jurídico-político e a necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional. Passa a se entender, dessa forma, que a identificação de parâmetros que contribuam para o aperfeiçoamento de um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os poderes instituídos e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, torna-se fundamental para a democracia contemporânea⁴³³. Concomitante, propõe-se superar as

⁴³³ Ao que se compreende como uma *virada institucional*, o problema da legitimidade constitucional não se resume mais e apenas à dimensão normativo-interpretativa, pautada em critérios de teorias sobre interpretação, deliberação e decisão de uma Corte Constitucional. É preciso, hoje, conceber que o desempenho da atividade institucional, como um todo, representa a possibilidade de configuração e de realização de um sistema de eficácia de direitos fundamentais e, conseqüentemente, garantir um novo patamar para a compreensão da legitimidade constitucional.

tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, fazendo despontar a atividade institucional como novo parâmetro da legitimidade constitucional.

Ao se reconhecer as instituições democráticas como responsáveis pela eficácia do plano normativo-constitucional, fundamental importância tem de ser dada à discussão dos fenômenos que lhes são pertinentes. Essa proposta é complexa e dinâmica, não só pelas funções e atribuições constitucionalmente asseguradas (*contexto jurídico*), como também pelo fato de ela ser pautada em uma interação com o aspecto social-humano (*contexto político*).

Assim, o comportamento das instituições deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação no que tange às suas capacidades *deliberativas e dialógicas*, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública. A Teoria das Instituições se apresenta, portanto, como uma opção para apontar como, em um Estado Democrático de Direito, deve-se realizar a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, seja na relação sistêmica dialógica entre instituições. De modo que, dentro de uma perspectiva de cooperação, as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as *ordens jurídicas e políticas* da realidade democrática.

Sob esse prisma, Cass R. Sunstein, Adrian Vermeule e Jeremy Waldron⁴³⁴ destacam a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva, compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista. Rosalind Dixon⁴³⁵, por sua vez, comunga desse entendimento quando sugere a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática.

O debate sobre diálogos institucionais, na promoção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático. Sob essa perspectiva, entende-se que as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da

ALMEIDA, Maíra e RANGEL, Henrique. Os efeitos sistêmicos na teoria institucional. Disponível em <https://www.publica.direito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em 19 de julho de 2015.

⁴³⁴ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002. WALDRON, Jeremy. *A right-based critique of constitutional rights*, *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993

⁴³⁵ DIXON, Rosalind. *Weak-form judicial review and the American exceptionalism*. Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 348, 2011.

coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública.

Parte-se, assim, do pressuposto de que uma atuação das instituições pautada pelos valores constitucionais assegura maior equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo na atualidade. Logo, a integração estável das instituições, no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, de modo que o diálogo permanente permita a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado, em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública⁴³⁶, a partir da ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida, tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os poderes constituídos.

Dessa forma, entende-se que a dinâmica atual da sociedade contemporânea, necessita de uma melhor estruturação do funcionamento institucional e da relação entre os poderes, visto que são as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, o diálogo aprofundado, com base em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, a partir da conciliação entre os *valores constitucionais* e os da *razão pública*⁴³⁷, afastando a visão perfeccionista segundo a qual o intérprete teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos.

Torna-se, assim, fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabendo à *Teoria das Instituições*, por conseguinte, propor formas

⁴³⁶ A ideia de esfera pública aqui adotada se liga à concepção habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre essa comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a esse processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados.

⁴³⁷ Conceitualmente, consideramos “razão pública” como uma ideia complementar na visão de Rawls e de Habermas: de um lado, a concepção rawlsiana, quando entendida sob uma perspectiva cultural da sociedade; e, de outro, a habermasiana compreendida como um espaço comunicativo e deliberativo. Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*.

de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, respeitando-se os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.

Assim, é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado em que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

2.2.1 A capacidade institucional e os efeitos sistêmicos

Sob o enfoque da teoria institucional é imprescindível reconhecer os efeitos sistêmicos presentes dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na relação institucional quando se pretende alcançar o objetivo último da segurança jurídica e da estabilidade constitucional. Tal enfoque, entretanto, não se restringe apenas ao Judiciário, mas a todas as instituições revestidas de atribuições em uma ordem deliberativo-democrática.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em *Interpretation and Institutions*, observaram esse ponto, dispondo que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à *legitimidade* das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, nesse sentido, a partir das *capacidades institucionais* das autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais, ou em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Nesse sentido, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis deve recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do intérprete, que, muitas vezes, não tem condições de avaliar o impacto de suas decisões. Da mesma forma que se discute a conduta adotada pelas instituições, a fundamentação interpretativa possui proporcional importância, com o propósito de preservar os objetivos constitucionais e promover a manutenção da democracia.

Ou seja, a hermenêutica constitucional deve centrar na produção de interpretações realizadas pelas instituições, dentro de suas capacidades institucionais, sobre a matéria constitucional, e destarte, a postura das instituições deve expor a necessidade de produzir uma semelhança nas abordagens interpretativas. As atividades interpretativa e deliberativa, dessa

maneira, devem considerar aspectos institucionais como seus próprios resultados, assim como o quanto a instituição se encontra preparada para enfrentar as demandas sociais que recebem.

Assim, a *hermenêutica institucionalista* não pretende definir um modelo de interpretação como certo ou errado. Ao contrário: o procedimento de decisão deve ser adequado às circunstâncias do sistema institucional, e não a um padrão teórico amplo.

Importante destacar Faroni, Bolonha e Rangel⁴³⁸ quando afirmam que a perspectiva da hermenêutica institucional não compromete o procedimento de interpretação judicial com a aplicação de valores democráticos abstratos, sobre os quais residem controvérsias significativas em uma sociedade plural. Ao contrário, confia na possibilidade de que diferentes concepções teóricas ideais e divergentes podem convergir sobre um procedimento adequado para uma decisão.

A teoria institucional é uma teoria não ideal – *second-best approach* – sobre a interpretação jurídica e sobre o constitucionalismo de uma forma geral. Um juiz comprometido com os dois elementos destacados pela tese institucional – capacidade institucional e efeitos sistêmicos – não adota nenhum comprometimento com uma teoria ideal – *first-best approach*.

Sob essa perspectiva, a tese institucional traça um método particular para a construção do procedimento interpretativo, qual seja a de possibilitar a escolha entre diferentes métodos para a interpretação de uma regra jurídica. Ou seja, entre o formalismo ou o pragmatismo jurídico – o intérprete deve escolher aquele procedimento capaz de produzir um resultado (uma decisão) final mais adequado, levando em consideração fatores relacionados com a sua capacidade interpretativa e os efeitos da decisão sobre o sistema institucional.

Nesse sentido, cabe destacar que o debate sobre o modelo de decisão escolhido envolve, também, questões de interpretação no que tange à quantidade de informação que deve ser buscada para se decidir, e qual regra de limitação deveria se empregar no que toca à busca adicional por informação.

A tese institucional, como um modelo hermenêutico, se propõe a delimitar o âmbito da atividade das cortes na aplicação das leis e da constituição. O formalismo institucionalista não busca, com a interpretação, maximizar algum conjunto de valores preestabelecidos pelo intérprete. Por outro lado, compreende a atividade hermenêutica como uma atividade de nível

⁴³⁸FARONI, Fabrício, RANGEL, Henrique, BOLONHA, Carlos. **Modelos de Decisão e Análise Institucional**. Disponível em <https://www.julgar.pt/...Modelos-de-Decisao-Analise-Institucional.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2014.

operacional, isto é, que tem como função estabelecer um procedimento de decisão voltado a aspectos empíricos, relacionados com fatores como a capacidade cognitiva dos juízes e o tempo gasto para tomar uma decisão.

Com relação ao seu caráter normativo, os textos legais e a constituição continuam com força vinculativa plena. Faroni, Rangel e Bolonha⁴³⁹ chamam a atenção para o fato do formalismo institucionalista reconhecer, ainda, no texto da norma sua fonte hermenêutica. No entanto, as regras e os princípios trazidos pela constituição e pelas leis deixam de ser analisados como postulados valorativos pré-concebidos, ou seja, busca-se superar a tese da imutabilidade dos padrões normativos. Muitos dos casos complexos levados ao Judiciário demandam o conhecimento de um amplo leque de informações técnicas que superam a sua capacidade de decidibilidade. Diante desses casos, segundo os autores, a teoria institucional propõe *a transferência do poder decisório do âmbito jurisdicional para o âmbito de atuação das instituições com capacidade institucional apropriada à matéria em questão*.

Vermeule apresenta, então, dois fatores que devem funcionar como balizamentos para a interpretação jurídica: a capacidade institucional e os efeitos sistêmicos. Esses aspectos institucionais servem como parâmetros para definir os limites de uma atividade institucional legítima.

Capacidades institucionais representam um fenômeno de natureza institucional relacionado às possibilidades de o agente levantar recursos e informações que balizem seu entendimento. Da mesma maneira, a especialização é um fator que conjuga maiores capacidades institucionais à atuação, representando um conhecimento aprofundado sobre os debates teóricos e empíricos em torno dos fatos conexos à sua atividade.

Efeitos sistêmicos, por sua vez, relacionam-se à predição de que a atividade, em primeiro lugar, não atingirá de maneira negativa pessoas, instituições públicas e instituições privadas. Em segundo lugar, os *efeitos sistêmicos* representam os reflexos da atividade e das capacidades institucionais que, por sua vez, reúnem fatores que permitem a previsão dos próprios *efeitos sistêmicos*.

Ressalte-se que a ideia das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, deve atentar à legitimidade das instituições e às consequências não previsíveis na tomada de decisões pelos atores institucionais, partindo da concepção de que a legitimidade das decisões depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, arquitetado através do

⁴³⁹ FARONI, Fabrício, RANGEL, Henrique, BOLONHA, Carlos. **Modelos de Decisão e Análise Institucional**. Disponível em <https://www.julgar.pt/...Modelos-de-Decisao-Analise-Institucional.pdf>. Acesso em 22 de julho de 2014.

comprometimento das instituições e representando a possibilidade de concretização dos valores constitucionais e de legitimação do Estado Democrático de Direito.

Como bem destacam Almeida e Rangel⁴⁴⁰, a previsibilidade dos *efeitos sistêmicos* na esfera institucional pode ser considerada como um novo parâmetro de legitimidade da teoria constitucional democrática, isto é, o contexto resultante dos *efeitos sistêmicos* das instituições democráticas representa o grau, maior ou menor, de legitimidade constitucional de um Estado.

Em outras palavras, busca-se compreender a influência de problemas institucionais sobre o desempenho da atividade das instituições, e como as capacidades institucionais e os *efeitos sistêmicos* podem superá-los enquanto fatores de legitimação.

O que, segundo os autores, significa dizer que o Estado Democrático de Direito deve conhecer o real papel desempenhado por suas instituições na configuração de sua vida constitucional.⁴⁴¹

Não basta apenas analisar a dimensão de competências formalmente constituída para os poderes e suas instituições, mas, sobretudo, verificar o exercício e a dinâmica reflexiva entre as instituições e suas respectivas consequências, o que, genericamente, é chamado de *diálogos institucionais*.

É preciso reconhecer que quando se prestigia a ideia de efetivação dos direitos fundamentais, torna-se necessário ir além da dimensão normativa. Nesse sentido, a teoria institucional, além de revelar os limites e insuficiências da perspectiva normativa, expõe a necessidade de uma racionalidade jurídica (voltada para o processo decisório e de escolhas políticas) que reconheça nas bases da atividade institucional também uma forma de concretização dos princípios constitucionais.

Sob a perspectiva das políticas públicas, a convergência das duas dimensões – normativa e institucional – surge como importante instrumento na busca de soluções adequadas face às incertezas e complexidades institucionais que as envolve na atualidade.

⁴⁴⁰ ALMEIDA, Maíra e RANGEL, Henrique. Os efeitos sistêmicos na teoria institucional. Disponível em <https://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=540393ae7f8b7a7f>. Acesso em 19 de julho de 2015, p. 7.

⁴⁴¹ Vale a pena mencionar **Bolonha, Eisenberg e Rangel** quando afirmam: “O debate sobre os diálogos institucionais não se restringe à relação entre Judiciário e Legislativo, mas este é o campo em que se encontram maiores propostas por parte das teorias. Os diálogos institucionais resumem-se como uma metáfora definidora do mecanismo de atuação das instituições quando suas decisões afetam diretamente deliberações construídas por outra instituição. Remonta-se a ideia de que as instituições, em seu comportamento, precisam se ajustar à organização e às atribuições das demais, evitando colisões e atritos entre si que possam gerar alguma queda de legitimidade ou dificuldade, impasses no plano democrático ou complicações na concretização das normas constitucionais”.

Destacando-se, dessa forma, os princípios constitucionais como instrumento de mediação entre as dimensões *política e jurídica* na democracia contemporânea.

3 A PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

À medida que as relações entre Estado e cidadão vão se tornando cada vez mais complexas e voltadas para uma concepção material de democracia novos paradigmas passam a reger a *criação e aplicação* do Direito contemporâneo e, sobretudo o Direito Administrativo. Dentre eles se destacam: o sistema de *proteção e garantia dos direitos fundamentais* e a *participação democrática* do cidadão.

Segundo leciona o Prof. Barroso, no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo, três circunstâncias devem ser consideradas: *a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública, a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos e a influência dos princípios constitucionais* sobre as categorias do Direito Administrativo.

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da administração pública, prevê princípios setoriais próprios a serem observados juntamente com os princípios gerais, que se irradiam sobre todo sistema jurídico, não apenas sobre o regime jurídico administrativo. São os previstos no *caput* do art. 37: os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, além dos previstos em outros artigos, como o princípio da isonomia, o do devido processo legal, o republicano, o federativo, e os direitos à liberdade de reunião, de associação, de acesso à informação, etc. Há que se destacar, dessa forma, *a incidência direta dos princípios constitucionais* no campo da atividade administrativa.

O novo constitucionalismo do Estado Democrático prestigia a ideia de efetividade e concretização dos direitos fundamentais, a partir dos princípios e regras inerentes às Constituições contemporâneas – densas e democráticas – e do reconhecimento dos inevitáveis conflitos entre os direitos e interesses coletivos protegidos, típicos de uma sociedade plural.

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, acentua-se cada vez mais a função concretizadora da Administração Pública e do Direito Administrativo, que assumem, assim, a tarefa de dar concretude aos princípios e regras constitucionais.

O Direito Administrativo deve, portanto, conferir operacionalidade aos princípios constitucionais, de modo a se tornar, nos termos de Monteiro, “*uma seara estratégica de recepção e transmissão do Direito Constitucional*”, através da revisão de seus dogmas tradicionais e da incorporação das novas tendências. Em outras palavras, a fim de desempenhar as novas atribuições impostas pelo constitucionalismo contemporâneo, o Direito Administrativo é desafiado a construir formas, organizações e procedimentos que viabilizem

sua implementação e concretização. Observa Loureiro⁴⁴² que a alteração paradigmática do Direito Administrativo conduz à percepção da dimensão cooperativa do agir administrativo e à incorporação da ideia segundo a qual a função administrativa não se esgota nos procedimentos, mas se dá principalmente através desses canais.

Ao mesmo tempo em que a Administração Pública se politiza cada vez mais – autonomamente elaborando e implementando políticas públicas, enfrenta o contraponto da participação dos cidadãos no interior do procedimento de formação das decisões – este ganha todo um relevo como instrumento de composição de interesses, de garantia democrática, com funções legitimadoras (concorrendo com o procedimento legislativo na produção de legitimidade do sistema político), como mecanismo de proteção dos cidadãos e de racionalização e otimização das decisões e como operador na realização dos direitos fundamentais.⁴⁴³

A capacidade do Estado de implementar *políticas públicas eficazes*, se torna o foco principal do Direito Administrativo, que passa a se ocupar cada vez mais da formulação e execução de políticas públicas, instrumento até então negligenciado pela dogmática jurídica administrativa.

Nessa concepção, os direitos fundamentais se apresentam como valores objetivos que devem ser concretizados e protegidos pelo Estado através de prestações legislativas e administrativas. Trata-se de promover e tornar eficazes as intervenções administrativas, tendo em vista uma efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Diante desse novo cenário, sobressai o fato de que o instrumental teórico do Direito Administrativo, construído em boa parte sob a égide do constitucionalismo liberal, torna-se, em boa parte, inapropriado para fazer frente aos novos cenários do Estado contemporâneo e da complexa sociedade brasileira, com os desafios, problemas e riscos que se apresentam.

Surge, assim, a necessidade de repensar as estruturas administrativas, fortemente marcadas pela dogmática tradicional de maneira a adaptá-las aos princípios constitucionais.

O Direito Administrativo no contexto do novo constitucionalismo preocupa-se com o *aspecto plural da sociedade* na qual atua, busca a inclusão de todos na esfera de proteção do Direito, de acordo com o que determina a Constituição de 1988. Não basta ao Direito Administrativo afirmar a igualdade formal de todos perante a lei, ao contrário, deve considerar as diferenças e agir de forma diferenciada para reduzir as desigualdades.

⁴⁴² LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo: entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações). **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, STVDIA IVRIDICA 13, 1993, p. 62.

⁴⁴³ Op.cit, p. 64.

A efetividade da implementação de políticas públicas nos tempos atuais expõe a necessidade de maior integração entre o cidadão e o Poder Público a partir de um modelo de administração pública dialógica, no qual relações de parceria e de cooperação, ao invés das antigas relações de subordinação, se tornam a tônica da administração pública contemporânea. De forma que canais de participação são institucionalizados a fim de que os cidadãos (individualmente ou mediante entidades representativas) possam expressar suas razões e opiniões acerca dos assuntos públicos e, assim, influenciar o processo decisório.

O diálogo encerra a tônica das relações entre o cidadão e a administração pública. Essa não atua para a sociedade, mas, sim, com a sociedade, de maneira que a linha de atuação expresse a harmonização de interesses plurais pelo envolvimento e compromisso dos cidadãos na atividade administrativa. A noção de cidadania participativa, dessa forma, atende não apenas aos comandos constitucionais em prol da participação política do cidadão, como também aos anseios do Estado Democrático de Direito por políticas públicas mais eficientes e legítimas.

Como leciona Lima⁴⁴⁴, a administração pública dialógica se coaduna com a busca por *um paradigma dialógico do direito*⁴⁴⁵, baseado na teoria do discurso capaz de romper a *“tensão entre uma prática dogmática do direito e os ideais do Estado constitucional e democrático de direito institucionalizado.”* De uma Administração Pública subordinativa, unilateral e hierárquica, coercitiva na gestão de interesses públicos se transforma em uma Administração Pública coordenativa, multilateral, atenta às manifestações consensuais. O Direito Administrativo, antes visto no interesse do administrador e de forma imperativa, passa a ser conceituado como o *“ramo do direito público que estuda o conjunto de princípios, de conceitos, de técnicas, de normas, que regem as atividades jurídicas do Estado como gestor de interesses públicos, cujo efetivo atendimento lhe é cometido pela ordem jurídica para a segurança e em benefício dos administrados.”*⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. *Evolução do Direito Administrativo*. In: *Administração Pública dialógica*. Curitiba, Juruá, 2013, p.105.

⁴⁴⁵ No Estado Democrático de Direito, compreende-se a importância de matrizes relacionais abertas, o que Jürgen Habermas, em sua concepção jurídico-procedimentalista de democracia, preconiza com a chamada “racionalidade discursiva” das decisões tomadas no âmbito estatal, vinculando a legitimidade da atuação do Estado à possibilidade de participação de todos os interessados. Segundo Habermas (1997, p. 138), uma decisão é correta se resultar de um procedimento específico, que é o discurso racional. Por isso, afirma: “A legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.”

⁴⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O paradigma do Estado Democrático de Direito impõe o modelo de administração pública dialógica, porque os perfis democráticos que devem permear as instituições públicas se revelam inadequados perante um modelo de organização estatal autocrático e centralizador.

Em outros termos, como nos ensina Moreira Neto⁴⁴⁷, para o superior atendimento de inúmeros interesses públicos é mais conveniente para o Estado atuar como *parceiro* do que como *órgão de coerção*. Nesse sentido, vale a pena destacar Lima⁴⁴⁸ quando aponta as vantagens do modelo dialógico em relação aos demais modelos de administração pública:

- a) *gera resultados* porque é forma de controle social ou privado sobre a atuação formal e material da administração pública, o que impõe maiores cuidados na consecução da atividade administrativa;
- b) *produz eficiência* porque estimula, e por vezes faz com que a consensualidade entre os agentes ou órgãos públicos e os cidadãos tornando-a mais harmoniosa e operosa;
- c) *reduz custos* porque prestigia o assentimento das políticas públicas pela sociedade civil, mediante a formação de uma decisão administrativa concertada, ao que corresponde maior adesão às políticas encampadas ou empreendidas pelo Estado, justamente por representar uma decisão político-administrativa sob a égide da participação política do cidadão;
- d) *resgata a legitimidade* do Poder Público porque é forma de gestão pública pautada na democracia direta, isto é, por condensar uma forma de democracia administrativa; e
- e) *diminui a discricionariedade administrativa* pois a colaboração dos particulares na formação da atividade decisória, tendencialmente bilateral, acaba por resultar em medida racionalmente prospectada por todos e não isolada e unilateralmente determinada pelos desígnios da autoridade administrativa.

Pode-se assim dizer, que conforme o modelo de administração pública evolui do perfil patrimonial ao dialógico, demonstrado no quadro 2, ganha em importância o processo administrativo e, na mesma medida, o ato administrativo vai perdendo a sua hegemonia.

Surge, portanto, um novo modelo de administração pública em que passa a vigorar um processo administrativo participativo voltado para a influência do cidadão na formação da decisão administrativa. O que, em última análise, se compatibiliza com o novo conceito de democracia, segundo o qual o cidadão, apesar de eleger seus governantes, deve possuir a faculdade de influenciar e participar nas decisões e ações do governo, numa perspectiva

⁴⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Audiências públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, n. 210, out/dez de 1997, 11-23.

⁴⁴⁸ LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. Evolução do Direito Administrativo. In: Administração Pública dialógica. Curitiba, Juruá, 2013, p.111.

ampliativa da responsabilidade do planejamento, da gestão e do controle das políticas públicas.

Quadro 2
Modelos de administração pública e paradigmas constitucionais

Modelo de administração pública	Gestão Pública	Atuação funcional	Participação administrativa	Paradigma Constitucional
Patrimonial	Autocrática	Pessoal	Ausente	Estado legal
Burocrática	Tecnocrática	Impessoal	Insuficiente	Estado social
Gerencial	Teleocrática ⁴⁴⁹	Eficiente	Estimulada	Estado de direito
Dialógica	Democrática	Consensual	Exigida	Estado democrático de direito

Fonte: LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. Evolução do Direito Administrativo. In: Administração Pública dialógica. Curitiba, Juruá, 2013.

Nessa transição de um modelo de gestão pública autoritário para um aberto e democrático, a atividade administrativa necessita utilizar-se da técnica da ponderação dos interesses em conflito, guiada pelo princípio da proporcionalidade, de tal forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas.

A ação administrativa deve sofrer uma metódica, racional, e concreta verificação, mediante técnicas eficientes desenvolvidas para realização de procedimentos de controle de sua legitimidade. Para o seu êxito, afirma-se a importância do processo administrativo que, pela apresentação das posições contraditórias, proporciona ao administrador uma direção de atuação, além de reduzir o perigo de voluntarismos e subjetivismos inadequados.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹A gestão pública centra o seu poder no alcance dos fins ou resultados que, naturalmente devem cotejar o interesse público numa perspectiva plural. Enfim, a gestão pública de resultados é, acima de tudo, pragmático-utilitarista.

⁴⁵⁰SICCA, Gerson dos Santos. Vinculação, liberdade do administrador e racionalidade jurídica: elementos para o reforço da legitimação da atividade administrativa. Fórum administrativo. Belo Horizonte, n. 86, abr. 2008.

3.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO⁴⁵¹ COMO INSTRUMENTO DE DENSIFICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

Como mencionado anteriormente, a passagem de um modelo de administração pública imperativa e centralizadora para um aberto e dialogal pressupõe uma nova forma de relacionamento entre cidadão e poder público a exigir uma nova estrutura administrativa.⁴⁵²

Nesse contexto, o processo administrativo se desponta como instrumento adequado para a democratização administrativa que se faz necessária à luz dos ditames constitucionais, estabelecendo-se, assim, uma relação de cooperação entre Estado, Administração Pública e sociedade civil. Busca-se, dessa forma, o estreitamento dos laços entre Estado e sociedade civil, por meio de uma acentuada interseção entre o poder político (estatal) e os centros de poder social (sociedade).⁴⁵³

Odete Medauar⁴⁵⁴ destaca a importância do consensualismo no âmbito da administração contemporânea afirmando que a Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre essas e a Administração, possibilitando, dessa forma, um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público. A partir de então, passa a ter relevo o momento do consenso e da participação como critério de legitimidade das decisões administrativas.

⁴⁵¹ Não se pretende tratar aqui a discussão doutrinária sobre os conceitos de processo ou procedimento. Adota-se, para tanto, o posicionamento de Odete Medauar para quem o processo pressupõe a colaboração dos interessados em contraditório, traduzindo uma malha de vínculos mais rica do que o procedimento e com vertente da garantia associada aos direitos fundamentais. Leciona a autora: “Além do mais, no ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 adotou o termo processo, o que significa não só a escolha terminológica, mas o sobretudo reconhecimento do processo nas atividades da Administração Pública [...]” (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 445.

⁴⁵² Antunes destaca que as relações da administração pública com a sociedade, intensas e relevantes no Estado Contemporâneo, devem se dar numa ordem procedimental. O procedimento deve ser considerado a forma necessária de uma atividade através da qual o poder age como definição da relação Sociedade-cidadão, como “instrumento privilegiado de participação dos entes representativos dos interesses difusos” – e não uma mera técnica de elaboração de atos administrativos ou um contraditório formal baseado na defesa recíproca de titulares de direitos e interesses.

⁴⁵³ Certo é que as reflexões atuais sobre a processualidade não estão adstritas ao plano jurisdicional, tendo sido estendidas para os planos legislativo e administrativo. Sobre a estreita relação entre as áreas processual e administrativa, Rogério Medeiros declara que:⁴⁵³ “(...) Grande parte da atividade da Administração é processual e obedece a normas de procedimento que devem ser reputadas, em princípio, meios de garantia da legalidade e dos direitos individuais. (CAETANO, 1989:509. A Administração Pública e o Direito Administração são alvos da preocupação dos juristas contemporâneos, em busca do aperfeiçoamento que permita ao Estado cumprir seus fins essenciais, sem quebrar o respeito pelo exercício pleno dos direitos consagrados pela ordem jurídica (FRANCO SOBRINHO, 1971:1). LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Os princípios do direito penal e o direito administrativo sancionador**. In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudo em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.435.

⁴⁵⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

Segundo o jurista lusitano Jorge Miranda, essa mudança de viés acarreta três consequências principais: (a) *o direito de informação dos cidadãos* quanto aos atos que lhe digam respeito; (b) *o dever da administração pública de motivação de suas decisões*; e (c) *as diversas formas de participação* ou colaboração dos cidadãos, individualmente ou em grupos ou comunidades, na gestão dos serviços.

A decisão administrativa que possua o respaldo da participação popular terá maior eficácia e efetividade, obtendo-se, por consequência, maior eficiência na gestão administrativa e maior justiça na decisão. Sob o enfoque da participação dos administrados no processo administrativo, as possibilidades de interlocução entre a sociedade e o poder público passam a ser vistas como mecanismos de legitimidade das medidas estatais, bem como a tomada de decisões que atendam as prioridades sociais, ou seja, ao atendimento dos interesses públicos imediatos. Processos administrativos transparentes, acessíveis aos cidadãos, que permitam acompanhar a tomada de decisão administrativa e que, mesmo na presença de incertezas e controvérsias, permitam aferir que a decisão se mostra racional e justa, tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.

Não se podendo olvidar que o processo administrativo regula o exercício do poder, pois, ao mesmo tempo, que estabelece limites concretos preserva as prerrogativas públicas voltadas para a concretização dos fins do Estado.

O processo administrativo no Estado Democrático de Direito, possui, assim, a relevante função de regular a atuação administrativa, de maneira a alcançar sua eficácia, encontrando um equilíbrio (um ponto ótimo) entre as prerrogativas públicas e as garantias dos cidadãos.

Nesse sentido, o processo administrativo se destaca como categoria jurídico-administrativa uma vez que se revela como instrumento compatível com os valores constitucionais vigentes, em particular a segurança jurídica e a defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Cabe destacar que todo processo representa um dos meios pelos quais se concretizam princípios e normas constitucionais. Significa, portanto, núcleo que abriga regras substanciais da atuação dos órgãos do poder público, conforme os princípios constitucionais. Há processo em toda a atividade estatal, tanto na criação das normas abstratas (processo legislativo), como na sua aplicação (processo administrativo) ou, ainda, quando o juiz resolve o litígio (processo judicial). E, em todos os casos, devem ser observadas as regras constitucionais para que o processo tenha validade.

Ressalte-se que o processo é instrumento garantidor da segurança jurídica, isso porque o Estado, em qualquer de seus poderes, por meio do processo assegurará a estabilidade nos conflitos sociais, seja por meio de uma ação administrativa, uma sentença judicial ou uma lei. No que se refere especificamente ao processo administrativo, a constitucionalização passa a subordinar a atividade administrativa aos princípios constitucionais. De modo que o processo administrativo passa a contemplar a *segurança jurídica*⁴⁵⁵, como parâmetro de observância do direito, a *participação administrativa*, como expressão da cidadania, e a *dignidade humana* como valor supremo a reger a aplicação dos direitos fundamentais.

A processualidade administrativa *densifica* os princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Importante destacar que, até bem pouco tempo atrás, a noção tradicional do chamado regime jurídico-administrativo funcionou como fator inibidor do desenvolvimento das ideias favoráveis à uma maior permeabilidade dos administrados no desempenho das funções públicas e nas definições dos rumos do Estado. Todavia, o surgimento de uma sociedade plural, na qual coexistem cada vez mais interesses distintos e coletivos, com a necessidade cada vez maior de intervenção estatal em diferentes campos econômicos e sociais, transformam o processo administrativo no meio adequado para que se possa proceder à identificação dos interesses públicos legítimos existentes e a ponderação desses a fim de escolher um ou alguns para atendimento no caso concreto.

Constata-se, assim, a extensão do conceito de processo administrativo para além da mera garantia contra as arbitrariedades no exercício da função administrativa, mas também como ponderação de interesses legítimos dos interessados no resultado final do ato, garantindo-se a esses a possibilidade de participar, de forma efetiva, desse resultado.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Disso decorrem duas importantes constatações: (a) o processo implica uma **juridificação** da atividade administrativa, fazendo com que o Poder Público se submeta às regras e aos preceitos formais exigíveis na ordem jurídica vigente; e (b) o processo garante uma compreensão antecipada do modo em que se opera a resolução de eventual conflito com a administração pública, de maneira que isso permite uma efetiva garantia de que o cidadão possa promover a defesa dos seus direitos. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública.)

⁴⁵⁶ O que vem convergir com a visão habermasiana, quando propõe um novo paradigma para o direito, denominado “procedimentalismo”, no qual o direito gerado através do discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais que existem. Nesse passo, a legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação.

Mais do que oportuna se apresenta a definição de Schirato⁴⁵⁷, quando afirma que o processo administrativo na atualidade corresponderia ao:

(...) encadeamento de atos destinados à produção de uma decisão final, que representa o caminho de transformação da competência juridicamente atribuída em um ato final com efeitos concretos ou abstratos, com a finalidade de concretizar os comandos normativos abstratos, conforme o resultado da ponderação dos interesses coletivos subjacentes à relação em questão, em satisfação a direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Sob a perspectiva da efetivação de direitos e princípios constitucionais, destaca-se o processo administrativo enquanto instrumento viabilizador da ação governamental.

Discorrendo sobre o Direito Administrativo inglês – considerado parte do Direito Constitucional –, Maria Paula Dallari Bucci⁴⁵⁸ evidencia o relevo que é dado ao processo administrativo, entendido como aquele que lida com a operação real do governo. É por meio do processo que a Administração coloca em prática as políticas constitucionalmente definidas e o Direito Administrativo inglês é que regula esse processo, revelando os limites tangíveis e aplicáveis à ação administrativa.

Da mesma forma, o Direito Administrativo norte-americano, onde se apresentam como problemas do Direito Administrativo, as políticas públicas são relacionadas ao tema do processo administrativo, visto como processo contraditório apto a definir o interesse público prioritário para a atuação da Administração pública. Conforme ressalta David⁴⁵⁹, o ato administrativo continua existindo e tendo importância, porém não mais como uma unidade autossuficiente, mas sim como elemento de um novo *arcabouço institucional* capaz de lhe imprimir um novo sentido jurídico.

À medida que as relações entre administração e política se tornam mais difusas, o processo administrativo, como instituto jurídico, contribui para a superação de questões complexas envolvendo os problemas de coordenação, controle e legitimidade democrática (presentes na governança das políticas públicas). Nesse sentido, expõe Bacellar Filho⁴⁶⁰ que a procedimentalização do agir administrativo constitui condição indispensável para a

⁴⁵⁷ MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein. **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 20-21.

⁴⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo, Saraiva, 2006a, p.68-69.

⁴⁵⁹ DAVID, Kaline Ferreira. **A dimensão política da administração pública sob a ótica de um direito administrativo constitucionalizado**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, p.87.

⁴⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 130-131.

concretização da democracia, na medida em que fixa regras para a atuação da administração pública na resolução dos conflitos sociais.

O processo administrativo no Estado contemporâneo desempenha uma função que vai além da tutela dos direitos individuais do cidadão, qual seja a de se tornar instrumento de legitimação de uma administração pública democrática e eficaz, possibilitando a solução dos conflitos entre a Sociedade e o Poder Público de forma *racional e dialógica*.

Nesse sentido, Patricia Baptista⁴⁶¹ leciona que a ênfase no processo administrativo, além de compensar alguns *déficits* do direito administrativo assegurando maior legitimidade e racionalização da atuação administrativa – aumenta a possibilidade de controle, principalmente, em se tratando do poder discricionário. Dessa forma, se promove a democratização do poder com a participação conduzida pelo processo administrativo tendo em vista a melhora qualitativa (legitimidade) no resultado das decisões.

Medauar enumera como finalidades do processo administrativo, ao lado da de *constituir garantia* (disciplina a atuação da administração pública e propicia um anteparo prévio à edição do ato), a de obter um *melhor conteúdo para as decisões* (a partir da audiência dos interessados que trazem argumentos, provas e informações úteis para a decisão), a de gerar maior eficácia para as mesmas (como participam da sua confecção, tendem os interessados a melhor aceitar a sua tomada), a de importar *legitimação do poder* (a imperatividade do ato/decisão é construída num processo dentro do qual foram discutidos vários interesses levados a uma convergência), a de propiciar *o correto desempenho da função administrativa* (dado o necessário equilíbrio entre a administração pública e os demais sujeitos, além da síntese de vários pontos de vista obrigatoriamente considerados), a de se direcionar para busca da *justiça na atuação administrativa*, a de *aproximar a administração pública e os cidadãos* (colaboradores na confecção do querer administrativo), a de *sistematizar as atuações administrativas* (organização racional da edição dos atos), a de representar ponto de convergência de princípios e regras da atividade administrativa e a de *facilitar o controle da administração pública* (a colaboração e o conhecimento dos sujeitos do modo da atuação administrativa oportunizam o controle). Sabino Cassese⁴⁶², por sua vez, destaca que o processo administrativo possui três funções: (a) *organizativa*, porém, numa perspectiva dinâmica; (b) *composição de interesse*; e (c) de *imposição de limites* à atividade da administração pública.

⁴⁶¹ BAPTISTA, Patricia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 246-49.

⁴⁶² CASSESE, Sabino. *Las bases del derecho administrativo*. Tradução de Luis Ortega. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 1994, p. 251-252.

O processo de decisão passa a ser o principal objeto de regulação do Direito Administrativo contemporâneo.

No momento em que se pretende resgatar a legitimidade democrática e fortalecer a capacidade do Estado em implantar suas políticas públicas, o *processo administrativo* surge como importante instrumento – na solução de problemas políticos e administrativos – propiciando o diálogo, em posição de igualdade, entre Administração e administrado com a finalidade de possibilitar a participação dos interessados nas decisões estatais. Enquanto os princípios democráticos reclamam a necessidade de ampliação da inserção dos cidadãos na condução dos rumos da sociedade, o processo administrativo aparece, como instrumento fundamental para tornar possível a concretização dessa finalidade.

A processualidade administrativa encerra, portanto, uma ideia *participativa* que se coaduna com a busca de aperfeiçoamento das instituições públicas e suas ações, em que *diálogo e consenso* passam a coincidir com a própria noção de interesse público. Assim, pode-se dizer que a processualidade se torna o canal necessário para desenvolver as novas concepções que envolvem as atividades administrativas na atualidade.

Além disso, o processo administrativo representa um meio para que sejam preservados os direitos fundamentais dos cidadãos na atuação administrativa, isso porque o gestor se obriga a observar parâmetros determinados na lei, bem como nos princípios constitucionais. Sob esse aspecto processualista, a democracia não significa apenas a existência de governantes eleitos pelo voto popular, mas qualquer forma de participação dos cidadãos no processo decisório, configurando, mais uma vez, a aproximação do Estado com o cidadão, acompanhado pelas modificações de concepção de administração pública impositiva e passando a observar uma consensualidade administrativa.

Dentre as diversas contribuições da processualidade administrativa ao processo de democratização da gestão pública, há que se destacar o desenvolvimento da relação entre Estado e cidadão numa perspectiva substantiva. E, nesse aspecto, a presença dos princípios jurídicos, sobretudo os constitucionais, se revela de grande importância. Não se podendo conceber uma processualidade sem os permeios principiológicos, já que no âmbito do Estado Democrático de Direito, as decisões administrativas além de legais devem ser legítimas.

Como lecionou Miguel Reale⁴⁶³, os princípios são enunciados normativos de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento para sua aplicação e integração. Uma vez que o processo administrativo se torna parâmetro de atuação para o gestor público e meio de controlar a Administração, o papel dos princípios se destaca. Como diz Jésus Gonzáles Peres⁴⁶⁴, os princípios têm operatividade direta e imediata no procedimento. Em poucas palavras: têm importância fundamental.

3.1.1 Os princípios constitucionais aplicados ao processo administrativo

A Carta Constitucional de 1988 elenca diversos princípios processuais, como meios ou garantias para alcançar a efetividade dos direitos fundamentais, que estão inseridos nos textos constitucionais sob a forma de garantia dos direitos fundamentais.

Segundo o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, encontra-se expressamente assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa. Assim, alguns princípios constitucionais somente serão aplicáveis a determinadas espécies de processo administrativo.

Com efeito, a Constituição ao inserir dispositivos sobre processo administrativo, está se readequando às mudanças de paradigmas da constitucionalização do direito. Caracterizando-se o processo administrativo como meio pelo qual a administração pública concretiza princípios e normas constitucionais.⁴⁶⁵

Além dos princípios da administração pública, existem aqueles que integram o núcleo comum da teoria geral do processo e, por esse motivo, são também aplicáveis ao processo administrativo. São eles: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural e da duração razoável do processo e seus desdobramentos oriundos da doutrina, jurisprudência e da lei:

- 1) *Princípio do devido processo legal* encontra-se previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, e dispõe que “ninguém será privado da sua liberdade nem dos seus bens, sem o devido processo legal”. Inicialmente esse princípio se restringia ao direito processual penal como forma de garantir a defesa do acusado, posteriormente “estendeu-se ao processo civil” e significa um “conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais”⁴⁶⁶ e recentemente passou a ser aplicado no processo

⁴⁶³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Filosofia do Direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 23º edição, 1996.

⁴⁶⁴ PERES, Jésus Gonzales. *Manual de Processo Administrativo*, Madri, Civitas, 2000.

⁴⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.77.

⁴⁶⁶ Op.cit, p. 84

administrativo. Não deixando a Constituição Federal qualquer dúvida a respeito do assunto, quando trouxe expressamente no art. 5º, inciso LV, que é aplicável ao processo administrativo. Desse princípio que está intimamente ligado ao contraditório e à ampla defesa, há outros desdobramentos e corresponde ao conjunto de garantias que têm as partes na relação jurídica processual, assegurando a igualdade entre os sujeitos, o contraditório, a ampla defesa, a motivação, de forma a conferir o exercício das faculdades e poderes processuais como ocorre no exercício da jurisdição. No âmbito do processo administrativo, Ada Pellegrine Grinover *apud* Medauar⁴⁶⁷, denomina de “devido processo legal administrativo”, que “não se restringe somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrange as hipóteses de controvérsias, conflito de interesses e de existência de acusados” que de alguma forma poderão sofrer prejuízo, como a perda do cargo, aplicação de sanções, etc. Assim, a atividade do poder público deverá ser realizada mediante processo administrativo em que se garanta aos sujeitos o direito de apresentar defesa, provas, contrapor argumentos, de forma a influir na formação da decisão administrativa final.

- 2) *Princípio do contraditório*, disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Diante dessa normatividade, a Constituição prevê que os atos administrativos se constituam mediante uma relação jurídica processual, ou seja, mediante um processo no qual existam direitos, faculdades e ônus, tanto para a administração como para os administrados, como forma de concretização dos direitos fundamentais. Na realidade, configurando-se uma garantia porque é um meio ou instrumento de preservar os direitos do cidadão na atividade administrativa. Portanto, as normas de processo também se encontram presente na esfera administrativa e significa uma relação existente entre a administração pública de um lado, e o particular ou servidor ou pessoa jurídica do outro, onde há “faculdade dos sujeitos de manifestar o ponto de vista ou os argumentos ante aos fatos e documentos” constantes no processo administrativo, através do qual propicia a ciência de todo andamento do processo.⁴⁶⁸
- 3) *Princípio da ampla defesa* significa a garantia da participação ativa dos sujeitos processuais de apresentar a defesa sobre os atos e termos do processo administrativo. Dando o direito ao sujeito do processo de ser notificado sobre o início do processo e de ser cientificado, com antecedência, das medidas ou atos referentes à produção das provas para que exerça seu direito fundamental do contraditório e da ampla defesa, rebatendo as acusações, apresentando a defesa prévia, argumentando em face de documentos, interpondo recursos administrativos, sob o preceito de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido. Desse princípio decorre o direito do acusado de ser ouvido em audiência. Nesse sentido, a doutrina constitucional vem afirmando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, mas pretende assegurar a tutela jurídica que

⁴⁶⁷ Op.cit., p. 85

⁴⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.101.

corresponda à garantia do art. 5º, inciso LV da Constituição, contendo os seguintes direitos: direito à informação, direito de manifestação e direito de ver seus argumentos considerados.

- 4) *Princípio do Juiz Natural* está previsto na Constituição Federal nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, o qual assegura ao indivíduo que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” e que “não haverá juízo nem tribunal de exceção”. Essa norma da teoria geral do processo se identifica com a impessoalidade administrativa, através da mesma o servidor deve atuar em nome do órgão para atender o interesse coletivo, e não a interesses subjetivos pessoais, de preferências, favoritismo, antipatias ou perseguições, estando relacionada com a competência atribuída legalmente à autoridade, no cumprimento da função administrativa.
- 5) *Princípio da igualdade* no processo administrativo está relacionado à igualdade de oportunidades na produção de provas, na apresentação dos argumentos, proporcionando o poder público oportunidades para que os interessados se manifestem no processo de forma igualitária.
- 6) *Princípio da motivação* pode ser observado na exigência de que todo ato administrativo deve ser justificado, com as razões de fato e de direito que o fundamentaram. A motivação deve se revelar pelo “sopesamento” dos fatos, pelas ilações deles decorrentes e, por fim, pela fundamentação (referência aos pressupostos e normas jurídicas aplicáveis aos fatos e às consequências deles inferidas). A Lei Federal do Processo Administrativo, 9.784/99, no seu artigo 50, estabelece o dever de motivar, com indicação dos fatos e fundamentos, para oito espécies de processo: (i) os que neguem ou afetem direitos ou interesses dos administrados; (ii) que imponham ou agravem seus deveres; (iii) que decidam processos de concurso ou seleção; (iv) que dispensem ou declarem inexigência de licitação; (v) que decidam recurso administrativo; (vi) que decorram de reexame de ofício; (vii) que deixem de aplicar jurisprudência já firmada ou divirjam de pareceres e fundamentos anteriores; (viii) nos casos de revogação, suspensão e convalidação de ato administrativo. Ainda na mesma Lei Federal, o artigo 50, § 1º, já define como deve ser a motivação: clara, explícita e congruente. Admite que ela seja remissiva a fundamento anterior que faça parte dos autos. Já no § 3º, artigo 50, a lei trouxe uma inovação ao exigir a mesma motivação nas decisões de órgãos colegiados e para aquelas proferidas oralmente.
- 7) *Princípio da duração razoável do processo* disposto no inciso LXXVIII da Constituição Federal, traz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Mais uma vez a denominação de processo administrativo encontra-se prevista na Constituição, pois foi introduzido através da EC 45/2004 com o intuito de dar mais celeridade, em virtude da morosidade no andamento dos processos tanto judicial como administrativo.
- 8) *Princípio da razoabilidade*, mais um princípio de grande relevância para o controle da atividade administrativa. O princípio da razoabilidade impõe que o

administrador atue dentro de critérios aceitáveis do ponto de vista racional. Augustin Gordillo⁴⁶⁹ define que um ato será irrazoável quando: (i) não existirem fundamentos para ampará-los; (ii) desconsiderar fatos ou circunstâncias; (iii) não guardar proporcionalidade entre meios utilizados e fins buscados pela lei com o ato (ou para prática do ato). Por certo, o princípio da razoabilidade relaciona-se com o princípio da proporcionalidade, havendo quem entenda que esse integre aquele. Certo também é que o princípio da razoabilidade guarda íntima relação com o princípio da finalidade, pois, desatendida a razoabilidade, restará também ferida a finalidade. Por fim, é o princípio da razoabilidade – ao interditar decisões ou práticas disparatadas, irracionais, discrepantes do mínimo plausível, um importante veículo de aferição do respeito à legalidade, na medida em que é a lei que define os parâmetros a partir dos quais se constrói a “*ratio*” administrativa. Em suma, como mostra Canotilho⁴⁷⁰, somente será aceitável o agir estatal que se mostre razoável, assim entendida a prática de atos que apresentem: (i) conformidade de meios; (ii) necessidade; e (iii) equilíbrio (proporcionalidade) entre meios e fins.

- 9) *Princípio da proporcionalidade* exige que o administrador se pautar por critérios de ponderabilidade e de equilíbrio entre o ato praticado, a finalidade perseguida e as consequências do ato. Afinal, mesmo o ato que cumpre sua finalidade, poderá ser desproporcional se trazer consequências que contrariem ou esvaziem a finalidade buscada. A Lei Federal nº 9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, consagra o princípio da proporcionalidade ao: (a) exigir adequação de fins e meios; e (b) vedar o estabelecimento de obrigações, restrições e sanções superiores ao estritamente necessário.
- 10) *Princípio da verdade material*, pelo qual o administrador deve se valer da verdade efetiva, real, independente de se ater às provas e elementos do processo. Decorre do princípio do interesse público pois a administração, adstrita que está a esse princípio, não pode ignorar fatos que conhece, sob a alegação de que tais elementos fáticos não constam dos autos. O princípio da verdade material deflui daquela característica do processo administrativo, em que, diferentemente do processo judicial, a posição do agente público não é passiva. É sim ativa, voltada à justiça distributiva traduzida no alcance do interesse público. Porém, a verdade material não dispensa a motivação. Ao contrário, confere a ela uma importância ainda maior, pois será pela motivação que os elementos de convicção (verdade material) serão introduzidos nos autos onde, até então, não constavam.
- 11) *Princípio da oficialidade* é princípio específico do processo administrativo que o faz diferente do processo judicial. A oficialidade no processo administrativo é muito mais ampla do que o impulso oficial no processo judicial. Ela compreende o poder-dever de instaurar, fazer andar e rever de ofício a decisão. O artigo 2º, inciso XII, da Lei Federal consagra o impulso oficial. O artigo 29 determina que compete à Administração fazer o processo andar. A prerrogativa de rever seus atos e decisões, a par de constar da lei, já era pacífica desde a súmula 473 do

⁴⁶⁹ GORDILLO, Augustin. **Princípios Gerais de Direito Público**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

⁴⁷⁰ CANOTILHO, Joaquim José. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra, Livraria Almedina, 5ª edição, 1994, página 1143.

STF. O fundamento do princípio da oficialidade é o próprio interesse público. Sendo o processo o meio de atingir o interesse público, seria uma lesão a esse, se o processo não chegasse ao fim. É também consequência do princípio da eficiência.

- 12) *Princípio do formalismo moderado* é também uma decorrência do princípio da eficiência. Por esse princípio temos que a formalidade – porquanto necessária – não pode servir de óbice às finalidades que justificam o procedimento. Aqui se coloca importante discussão – por vezes interminável e inconclusiva – entre a segurança (garantia) de um lado e a eficiência de outro. É fato que a forma é, no mais das vezes, garantia para o administrado. No entanto, não se pode aceitar um certo “atavismo das formas” que sirva a empacar as finalidades e objetivos do agir administrativo. O artigo 2º da Lei Federal – incisos VIII e IX – indica como diretriz legal que as formalidades no processo deverão cingir-se ao estritamente necessário. Já o artigo 7º consagra outra aplicação do formalismo moderado: a exigência de disponibilidade do administrado de modelos e formulários para exercício de direitos. Bem verdade que a regra pode parecer, ao contrário, a consagração do formalismo. Porém, trata-se de providência que justamente impede que argumentos formais sirvam de impedimento para o bom curso do processo.
- 13) *Princípio da participação popular* é de grande relevância. O bom agir administrativo será tanto mais aperfeiçoado, quanto maior for a participação popular na atividade administrativa. A participação popular serve tanto para contratos, quanto para legitimar a atividade estatal. Na Lei nº 9.784/99, tal princípio está traduzido no artigo 31 (que prevê a Consulta Pública, especialmente no procedimento normativo); no artigo 32 que se refere às audiências públicas e no artigo 33 que trata da participação popular direta ou por meio de associações.

3.1.2 Os meios de participação popular no processo administrativo

O princípio da participação popular, por meio dos institutos de participação, é o instrumento jurídico disponibilizado pelo ordenamento brasileiro para conferir a legitimidade necessária ao agir administrativo, garantindo-se assim, a participação dos cidadãos no processo decisório da Administração Pública.

E é justamente o processo administrativo que se destaca nesse cenário, como o instrumento de maior viabilidade técnica para operacionalizar esse novo paradigma, fortalecendo, dessa forma, o que Bernardo Kliksberg denomina de “Estado Inteligente”⁴⁷¹. O

⁴⁷¹“(…) Coloca-se, então, a necessidade de se reconstruir o Estado, tendo como horizonte desejável a conformação do que se poderia chamar um “Estado inteligente”. Um Estado concentrado em funções estratégicas para a sociedade e com um desenho institucional e um desenvolvimento de capacidades gerenciais que lhe permitam concretizá-las com alta eficiência”. KLIKSBEG, Bernardo. **Repensando o estado para o desenvolvimento social**: superando dogmas e convencionalismos. Coleção Questões da nossa época, volume 64, UNESCO, 1999, p. 45.

aludido “Estado Inteligente” utiliza-se, desta feita, a seu favor, dos mecanismos de participação popular para que sua gestão pública seja dotada de legitimidade e coroada de êxito perante os administrados. Isso porque o correto manejo do princípio da participação popular, bem como dos princípios e regras atinentes ao processo administrativo, dentro dos ditames do Estado Democrático de Direito, possui o condão de reverter uma situação de conflito em um harmonioso quadro de cooperação entre Administração Pública e sociedade.

É neste sentido, pois, que princípio da participação popular e processo administrativo se unem juridicamente – e até mesmo politicamente – de forma a maximizar as garantias conferidas aos administrados. Nesse contexto, o processo administrativo aparece como uma verdadeira ponte de ligação entre Administração Pública e administrados, a partir do momento que se permite o ingresso, motivadamente demonstrado, de pessoas físicas ou jurídicas no cerne do poder público, na qualidade de detentores de variados interesses na feitura do querer administrativo.

Conclui-se que o processo administrativo, a seu turno, dispondo de mecanismos dados pela própria legislação constitucional e infraconstitucional, e na qualidade de primordial instrumento operacionalizador de normas jurídicas principiológicas, estabelece forte vínculo com o referido princípio, na busca incessante de uma feitura do querer administrativo cada vez mais incrustado nos reais anseios e necessidades de todos os cidadãos.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, não se mostra carente de instrumentos normativos para operacionalização da participação popular na administração pública. A *Lei n° 9.784/99*, que regula o processo administrativo no âmbito federal, traz em seu bojo dois instrumentos de interlocução comunitária que estão disciplinadas no capítulo X, referente à instrução do processo administrativo, principalmente nos artigos 31 a 35, quais sejam: a consulta pública (art. 31) e a audiência pública (art. 32). Ambos os instrumentos valorizam o princípio participativo.

3.1.2.1 Audiência e consulta pública na Lei Federal do Processo Administrativo

A *Lei 9.784/99* – Lei de Processo Administrativo Federal (LPA) – trata do processo administrativo federal, para a Administração Federal Direta e Indireta. Estabelece, em seu art. 1º, o objetivo de proteger o direito dos administrados e obter o melhor cumprimento dos fins da Administração, garantindo um processo administrativo transparente, célere, eficiente e buscando evadir-se das manifestações arbitrárias do poder público.

Não obstante a Lei não ter afirmado expressamente a participação popular como um dos princípios da Administração Pública, prevê dois mecanismos de participação popular: a audiência pública e a consulta pública, além da participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, possibilitando a abertura de vias de diálogo entre Administração e administrados, não se mantendo o Estado com a prerrogativa restritiva de exercer a atividade administrativa.

O artigo 31 da Lei de Processo Administrativo elenca os requisitos que devem estar presentes para a possível abertura de uma consulta pública. Segundo esse dispositivo, ela somente ocorrerá se a matéria envolver assunto de interesse geral, não houver prejuízo para a parte interessada e o órgão público responsável deve motivar o despacho que justifica a sua realização. Por fim, estabelece que a abertura de consulta pública consista em uma faculdade da Administração.

A consulta pública apresenta-se como uma via de comunicação entre o administrado e o Estado, uma vez que permite a pessoas físicas e jurídicas participarem do processo administrativo, trazendo sugestões, críticas e comentários sobre o objeto do processo, uma forma de democratização processual. Busca-se, dessa forma, colaborar para a elaboração de uma boa decisão administrativa, legal e legítima.

A consulta pública, por sua vez, para que possa ser executada, tem como requisito fundamental que o objeto processual envolva um assunto de interesse geral, predicativo esse a ser identificado no caso concreto.

O interesse geral, em função da relevância desses temas para a sociedade em geral, considera-se sendo, possivelmente, uma das três seguintes conjunturas abarcadas pelo objeto do processo: (a) atos normativos da Administração; (b) efeitos que, uma vez deflagrados, se estendam aos direitos de parte expressiva da sociedade; (c) construção de grandes infraestruturas, como aeroportos, hidrovias, ferrovias, etc.

O órgão competente para determinar a abertura de consulta pública pode ser tanto o órgão que conduz a instrução do processo administrativo, como o órgão competente para o julgamento do processo, estando a abertura condicionada à verificação da existência de assunto de interesse geral; observada essa condição, podem os dois órgãos solicitar a abertura da consulta pública, a partir de um juízo de razoabilidade atentando, inclusive, para a celeridade do processo.

O ato de abertura da consulta deve ser motivado, nos termos do art. 50, I, da LPA, expondo os pressupostos jurídicos e fáticos que indiciem o interesse geral quanto ao objeto do processo, que então deverá afetar direitos e interesses juridicamente tutelados da sociedade ou

de grande parte dela. Essa motivação é imprescindível, visto que a consulta popular pode tornar o processo mais lento, o que prejudica os interessados deflagradores (os interessados previstos no art. 9º, I, III e IV, da LPA), restringindo o direito à celeridade do processo administrativo. A motivação também encontra mais uma justificativa quando se considera os custos em que a instauração da consulta pública implicam a exigência de recursos físicos e humanos para sua realização.

As audiências públicas, ao contrário da consulta, envolvem debate oral entre os administrados e a Administração. O art. 32 da lei assim determina: “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Dessa forma, não há obrigatoriedade na convocação de audiência pública, ficando a cargo do órgão público a decisão, desde que presentes os requisitos enunciados no artigo supramencionado.

Ressalta-se, no entanto, que nem a audiência pública, nem a consulta pública vincula a decisão a ser tomada pela Administração, a qual terá que motivá-la, bem como, deverá apresentar os resultados da consulta ou audiência pública com a indicação do procedimento adotado, nos termos do artigo 34: “os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado”.

Nesse mesmo sentido, o artigo 31, §2º da lei n 9.784/99 determina que o comparecimento à consulta pública não confira, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Prevista no art. 32, da LPA, a audiência pública é outro arranjo do processo que permite a democratização na fase instrutória, trazendo novos subsídios ao processo e o esclarecimento de fatos, o que permite ao processo administrativo culminar numa decisão mais acertada e legítima. É aberta a todos, com participação irrestrita, não se limitando aos interessados. Caracteriza-se pela oralidade e pela menor duração do curso das manifestações (orais) em relação à consulta pública. A oralidade é um elemento distintivo da audiência pública e, por isso, a autoridade não necessariamente se obriga a aceitar manifestações escritas, sendo essas aceitas quando o particular não tem capacidade de expressar-se oralmente, o que mitiga, em nome do princípio da isonomia, a oralidade.

Destaca-se, portanto, por ser um meio mais interativo (pela oralidade nas manifestações) e dinâmico de diálogo entre Administração e sociedade, implicando em menores retardamentos do processo, com a celeridade menos prejudicada, em cotejo com os

efeitos da consulta pública. A audiência pública também tem sua realização condicionada a uma caracterização do objeto processual de muito mais fácil verificação: a questão relevante, com menos requisitos para figurar em uma questão da matéria do processo do que o interesse geral das consultas públicas.

Dessa forma, a audiência pública destina-se, preferencialmente, às questões materiais do processo que abarcam interesses restritos e direitos individuais (e não questões que afetem parcela significativa da sociedade), visto que a abertura da consulta pública para essas questões seria desnecessária, acarretando custos e atrasos não essenciais ao bom andamento do processo.

A *Lei nº9.784/99*, em seu art. 33, permite que as entidades administrativas, em matéria relevante, estabeleçam outros meios de participação de administrados diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas. Demonstra, dessa forma, que os instrumentos disciplinados na lei não são taxativos, podendo a Administração utilizar-se de mecanismos diversos de participação popular.

Agência Nacional de Energia Elétrica e a discussão sobre o risco hidrológico e o cálculo do rombo das hidrelétricas. A consulta pública e a sua importância para a governança do setor.

Noticiado no Jornal O Globo, Caderno Economia, 17 de agosto de 2015.

“O governo federal deverá publicar nos próximos dias uma norma que definirá os parâmetros do cálculo do rombo das hidrelétricas. Amanhã, está na pauta da reunião de diretoria da ANEEL a reabertura de uma consulta pública para colher “informações adicionais” sobre o tema. A reabertura de uma audiência pela ANEEL não é usual e deverá ocorrer por conta da iminência de publicação da nova norma. As autoridades do setor elétrico vinham trabalhando com um número de déficit ao redor de R\$ 10 bilhões, sendo consideradas as perdas das geradoras a partir de 2013. Mas agentes do setor levaram ao governo nas últimas semanas uma série de demandas para que essa elevada. O governo quer que o novo instrumento legal a ser publicado traga amparo para a derrubada das liminares existentes na Justiça que suspendem pagamentos no mercado de energia, elevando a inadimplência no mercado. Embora o setor pressione por uma compensação maior, há aspectos específicos dos contratos que poderiam ser levados em conta para reduzir a magnitude do socorro às grandes geradoras.”

3.1.2.2 Conselhos de gestão de políticas públicas

Além dos instrumentos de participação expressos na Lei nº9.784/99, existem outras formas de se favorecer a interlocução entre a Administração e a sociedade e sua interferência no processo de realização da função administrativa do Estado.

Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas são canais institucionais, plurais, permanentes, autônomos, formados por representantes da sociedade civil e poder público, cuja atribuição é a de propor diretrizes das políticas públicas, fiscalizá-las, controlá-las e deliberar sobre elas, sendo órgãos de gestão pública vinculados à estrutura do Poder Executivo, ao qual cabe garantir a sua permanência.

A partir da Constituição Federal de 1988, no bojo de um processo de descentralização administrativa e de ampliação da participação popular, eles surgem como instâncias deliberativas e de controle social se estabelece um novo padrão de relação entre Estado e sociedade, criando novas formas de contrato social, por meio da ampliação da esfera social pública. Busca-se, dessa forma, uma mudança na gestão das políticas públicas no Brasil.

Os conselhos gestores de políticas públicas constituem uma das principais experiências de democracia participativa no Brasil contemporâneo. Esses conselhos contribuem para o aprofundamento da relação Estado e Sociedade, permitindo que os cidadãos se integrem à gestão administrativa e participem da formulação, planejamento e controle das políticas públicas. Sobre a relação entre a qualidade do processo administrativo e os resultados das políticas públicas, vale destacar Bucci⁴⁷² quando afirma:

(...) Em grande parte, porém, o sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. Essa é a razão pela qual entendo que os administrativistas podem e devem voltar seus olhos para a temática das políticas públicas.

O papel dos conselhos, como instrumento para o controle popular da gestão pública, permite que os cidadãos se integrem à cogestão administrativa, identificando e contribuindo na constituição de políticas públicas que levam em consideração cada realidade representada.

⁴⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas e direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.133, jan./mar. 1997.

Os conselhos possibilitam o monitoramento da gestão pública e funcionam inequivocamente como canais de comunicação viabilizando a transparência da gestão pública.

Os conselhos de políticas públicas são instâncias relativamente recentes. Mas a origem da interação da sociedade e do Estado na gestão das políticas públicas pode ser identificada já em 1981, quando se realizou a primeira experiência compartilhada, por meio do Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária (CONASP), composto por representantes do Estado e da sociedade civil. Mais tarde, durante a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde recomendou-se a criação de um novo conselho – o Conselho Nacional de Saúde, com a função de orientar o desenvolvimento e avaliar o desempenho do Sistema Único de Saúde definindo políticas, orçamentos e ações. Na composição do conselho mantiveram-se os representantes da sociedade e do Estado.⁴⁷³

Atualmente, a maior parte dos programas do governo federal prevê a participação dos cidadãos na execução e controle das políticas públicas por meio de conselhos. Além disso, a liberação de recursos a estados e municípios está vinculada à instituição de conselhos que devem contar com condições necessárias para o seu funcionamento, a exemplo do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), Programa Bolsa Família, Programa Saúde da Família (PSF), Fundo de Educação Básica (Fundeb), dentre outros.

A lei que institui cada conselho define sua composição, atribuições, duração de mandatos, dentre outras especificações. Os conselhos podem desempenhar, conforme o caso, funções de fiscalização, mobilização, deliberação ou função consultiva e, em geral, sua composição é orientada pelo princípio da paridade, de forma a garantir a representação de diferentes segmentos sociais. A organização e o funcionamento de cada conselho gestor de políticas públicas podem ser definidos tanto na lei que o criou como em seu regimento interno. Em geral, os conselhos municipais se organizam em plenárias, comissões, secretarias executivas e audiências públicas.

Os conselhos de políticas públicas têm as seguintes características: (1) criação por iniciativa do Estado; (2) a sua composição deve ser integrada por representantes do Poder Público e da sociedade; (3) tem por finalidade principal servir de instrumento para garantir a participação popular, o controle social e a gestão democrática das políticas e dos serviços públicos, envolvendo o planejamento e o acompanhamento da execução dessas políticas e serviços públicos; (4) as decisões, naquilo que tange ao acatamento ou não do resultado por quem tem a capacidade de execução da decisão, poderão ser de caráter deliberativo ou

⁴⁷³ VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Legislação que disciplina conselhos de políticas públicas**: estudo, Brasília, Câmara dos Deputados, 2005, p.4.

consultivo. As decisões de caráter consultivo não geram direitos subjetivos públicos, são meramente opinativas e indicativas da vontade do conselho. Já as deliberativas, são aquelas decisões de acatamento obrigatório pela autoridade responsável pela execução da decisão, portanto geram direitos públicos subjetivos passíveis de reivindicação judicial por qualquer interessado, não remuneração dos conselheiros, via de regra; (4) raramente os conselheiros exercem essa função com exclusividade, tendo em vista que a maioria dos seus membros tem outras atividades no setor público ou no privado; o Poder Público deve disponibilizar a estrutura necessária para garantir a autonomia funcional dos conselhos, como equipamentos, finanças, informações, assistência técnica e servidores públicos; (5) os representantes do Estado geralmente são técnicos e os representantes da sociedade, na sua maioria, são leigos e oriundos de movimentos sociais; (6) as reuniões devem ser em local de fácil acesso para o público, sendo o horário, data, local e pauta divulgados com antecedência; (7) os representantes da sociedade não devem ocupar funções de livre nomeação e exoneração no Poder Público ao qual o conselho se propõe a formular a política e o controle, por determinado período; (8) as atividades dos conselhos estão sujeitas ao controle institucional e social; (9) as decisões dos conselhos, independente de serem consultivas ou deliberativas, são equivalentes aos atos administrativos. Portanto, estão sujeitas aos mesmos princípios e regras, dentro da hierarquia normativa, em especial as do artigo 37 da Constituição.

Modesto *apud* Borges⁴⁷⁴ reconhece a decisão do conselho como vinculante condicionadora, pois “limitam discricionariedade da autoridade superior, exigindo motivação extensa em pronunciamentos divergentes”. Sendo assim, se a autoridade competente tomar decisão diversa deverá motivá-la, sob pena de nulidade do ato, devendo sempre levar em consideração a preponderância do princípio do interesse público.

A emergência dos conselhos é relevante para a consolidação de uma cultura cidadã, na medida em que viabiliza a participação da sociedade civil na elaboração das políticas públicas, bem como constitui um espaço pedagógico de exercício da participação.

Dessa forma, para a eficácia dos Conselhos de gestão de políticas públicas é necessária a garantia das liberdades fundamentais, incluindo as de opinião, de reunião e de associação, sem as quais não têm a dialética das ideias, que podem chegar à decisão que deve ser apresentada por toda a comunidade. É preciso reconhecer, nessa nova institucionalidade,

⁴⁷⁴BORGES, Ana Paula Dutra. **Processo administrativo e participação popular: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão de políticas públicas.** Disponível em <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito-realidade/article/.../273>. Acesso em 23 de junho de 2015.

não a afirmação de um espaço de oposição entre Estado/sociedade civil, mas de um espaço de participação em que diferentes concepções de mundo são disputadas.

Nesse sentido, faz-se fundamental a *qualidade da participação*. Assim, enquanto espaços de participação da sociedade civil e da sociedade política na elaboração das políticas públicas, os conselhos podem se constituir em instâncias que possibilitem a emergência de um agir coletivo, de uma consciência coletiva, fortalecendo o exercício da cidadania.

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

“Fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições”. Paulo Bonavides

Ruy Espíndola vislumbra nos princípios constitucionais importante papel de mediação entre os valores éticos, políticos e jurídicos⁴⁷⁵ contemplados na Constituição, consolidando-se como verdadeiros critérios de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico.

Nesse sentido, os princípios constitucionais são *multifuncionais*, cumprindo diversos papéis na ordem jurídica: vinculam a prática de vários atos jurídico-públicos: leis, sentenças e atos administrativos; vinculam as ações dos poderes públicos (executivo, legislativo e judiciário, federais, estaduais e municipais) e dos poderes privados. Concretizam-se através do processo legislativo, do processo administrativo e do processo judicial, além, é claro, do processo de interpretação e aplicação privada pelos particulares. Destaca o autor as seguintes funções:

- a) *paramétricos*, servem para aferir o grau de correspondência (validade/invalidade) das leis, sentenças e atos administrativos e privados aos seus comandos normativos, assim podem emprestar fundamento jurídico a pedidos nas ações judiciais operantes do controle direto e do controle indireto de constitucionalidade, ações judiciais anulatórias de atos jurídicos em geral, ações populares, mandados de segurança, ações civis públicas, controle interno da administração pública, etc;
- b) *vetores de sentido interpretativo* predominantes para normas e fatos, para normas constitucionais e demais normas e atos infraconstitucionais, ou seja, impõem que o intérprete, ao lidar com problemas jurídicos concretos, empreste à solução o sentido mais concordante com o mandamento principiológico nas sentenças, ocupam o

⁴⁷⁵ “(...) Esses valores vêm mediados em forma de princípios e regras constitucionais, que são espécies do gênero norma constitucional. Eles são captados pelos três níveis de racionalidade da Constituição (segundo o magistério de GOMES CANOTILHO) – níveis estes componentes do consenso geral da comunidade sobre o que seja razoável em termos de proteção dos direitos humanos: o nível da racionalidade ética; o da racionalidade política; e o da racionalidade jurídica. O primeiro – da racionalidade ética – consagra os principais valores éticos da convivência humana, como a vida, a dignidade da pessoa humana etc., (art. 1º, III, 5ª, caput, da Constituição da República). O segundo nível – o da racionalidade política – nos revela quem pode exercer o poder, como poderá conquistá-lo, como deverá exercê-lo e que fins deverá prosseguir no desencadear de seus instrumentos e formas (art. 14, 37, caput, 3º da CR). O terceiro – da racionalidade jurídica – estabelece os instrumentos de proteção dos direitos e interesses da pessoa humana, assegurando o acesso à jurisdição, através do processo judicial, o acesso aos outros direitos, via processo administrativo, ou a realização de atos negociais, pela preservação da autonomia negocial dos indivíduos (...) Estatui, ainda, quais são os limites de produção, interpretação e aplicação do Direito Positivo.” ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição, Princípios constitucionais**: notas de reflexão no âmbito do direito constitucional brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2003. Disponível em <http://mundo.juridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto265.doc>. Acesso em 14 de julho de 2015.

capítulo da fundamentação, nas petições iniciais, o arrazoado que explicita a causa de pedir;

- c) *supridores de lacunas normativas*, ou melhor, diante de lacunas da ordem jurídica podem emprestar seus comandos ou suas razões para que seja encontrado o melhor critério para a solução de problema carecedor de norma jurídica. E o são de maneira mais impositiva do que os velhos métodos de integração enumerados pela legislação: costumes, analogia, jurisprudência e princípios gerais do Direito (artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil e 127 do Código de Processo Civil).

Nenhuma autoridade constitucional ou legal, poder, órgão ou agentes públicos ou pessoa privada escapa à sua força normativa vinculante. Ainda conforme Espíndola, uma vez que os princípios constitucionais possam ser considerados como normas de hierarquia maior, não há mais como negar o seu caráter jurídico e vinculante, impondo, por esse motivo, a sua observância e concretização pelos três poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e pela própria sociedade. Tornando-se, assim, importante parâmetro para as relações entre o Estado e o cidadão, quando se busca cercá-las de maior transparência, eficiência, segurança e legitimidade.

Concretizar o princípio, seguindo as lições de Canotilho *apud* Espíndola⁴⁷⁶, é fazer com que ele chegue até a norma de decisão. Em outras palavras, é fazer com que o princípio estructure a norma jurídica concreta (dispositivo), passando de normas generalíssimas abstratas (dos textos normativo-constitucionais) a normas concretas de decisão (contextos jurídico-decisionais).

A atividade densificadora é genérica. Não é tarefa apenas do legislador. De fato, como expõe Lima⁴⁷⁷, a densificação de um princípio, conquanto complexa, inicia-se com a leitura isolada do texto que enuncia o princípio, passando, em uma segunda fase, por uma análise sistemática do texto constitucional, e, a partir daí, busca contornos capazes de preencher o significado do princípio. Essas ligações, portanto, podem ser encontradas tanto no próprio texto constitucional, quanto na lei, na doutrina, na jurisprudência etc. Ou seja, a *densificação* do princípio é *plural*. Advém, pois, de qualquer atividade capaz de fornecer subsídios capazes de melhorar a compreensão do significado da norma.

No âmbito das políticas públicas, os princípios constitucionais revelam-se importante contributo para o enfrentamento das questões, que desafiam a gestão pública

⁴⁷⁶ Apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p.65

⁴⁷⁷ LIMA, George Marmelstein. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais**. Revista da OAB -CE. Ano 29. n°5, jan-jun/2001,p.6.

contemporânea.⁴⁷⁸ A sua função integradora dos valores éticos, jurídicos e políticos se revela no momento em que surgem como parâmetro no enfrentamento de questões que envolvem a governança, accountability, e segurança jurídica.

Tanto sob a perspectiva normativa quanto institucional, os **princípios constitucionais** podem contribuir nas discussões e propostas de arranjos institucionais que permitam à gestão pública contemporânea enfrentar o seu grande desafio: qual seja a de equacionar a busca por maior eficiência com as de legitimidade democrática.

Do ponto de vista normativo, destacam-se a sua natureza axiológica e argumentativa, enquanto parâmetro hermenêutico, para a solução de eventuais conflitos entre os direitos fundamentais e justificativa das decisões/escolhas administrativas. Se caracterizando, portanto, por sua adequação às exigências da dogmática jurídica atual – pós-positivista. Sob a perspectiva institucional, a sua condição fundante, enquanto alicerce do Estado Constitucional, constitui importante parâmetro para a definição de novos arranjos institucionais que se voltem para a legitimação e estabilidade institucional das instituições democráticas.

Os princípios constitucionais se densificam à medida que o Poder Público passa a incorporá-los em seu processo decisório.

Entende-se, dessa forma, que os princípios constitucionais, tanto em sua dimensão normativa, quanto institucional, revela-se como importante categoria jurídica na análise de um processo de políticas públicas, permitindo-se, inclusive, antever novas formas de atuação do Direito pós-moderno.

Afinal, não há como negar, que sob a égide do Estado democrático de direito, o *direito se politizou*. Ou melhor, o exercício do *poder se legitimou no direito* – a tal ponto que a dimensão jurídica e política se confundem.

⁴⁷⁸ A compreensão da complexa relação entre as políticas públicas e a cidadania é muito importante, pois como leciona Campos, “embora o Estado não seja condição suficiente para a emergência e consolidação de um determinado padrão de cidadania, somente a esfera pública tem se revelado, historicamente capaz de reduzir os impactos competitivos do mercado”, pois as lógicas que orientam o mercado e a cidadania são, ao mesmo tempo, distintas e conflitantes. CAMPOS, Edval Bernardino Campos. **Política Social e Cidadania**, in: Anais do 3º Congresso de Assistência Social da Amazônia. Belém, 2001, p.13.

Há muito que explorar sobre a relação dos princípios constitucionais e suas contribuições com o processo de políticas públicas, sobretudo quando se busca fortalecer a capacidade estatal em implementá-las. Sob a perspectiva de sua multifuncionalidade, é possível destacar as seguintes contribuições:

Governança, Accountability e Segurança Jurídica

- a) É preciso reconhecer que a lógica e a forma de regulação, presentes hoje nas políticas públicas, mudou, passando a exigir do Direito novas formas de atuação que priorizem o consenso e a cooperação ao invés da imperatividade e da coerção. No momento em que exige uma atuação estatal mais flexível, os princípios constitucionais são a expressão mais indicada da presença do Direito. Num modelo de administração pública concertada, os juízos de ponderação são mais importantes do que conceitos fechados e predefinidos. Sob esse aspecto, vale destacar, que os princípios constitucionais não buscam romper com a concepção formal e a ideia de legalidade, mas sim, complementá-la, atuando onde o braço da lei, por si só, não consegue alcançar.
- b) Os princípios constitucionais permitem uma visão mais integrada entre direito e política no âmbito das políticas públicas, o que se torna fundamental para a sua boa governança;
- c) A natureza axiológica dos princípios constitucionais permite estabelecer critérios de aferição de validade das políticas públicas. A lei formal, por sua vez, não consegue. O modelo de governança em rede (com vários centros de decisão) presente hoje nas políticas públicas depende, para seu bom funcionamento, de um amplo processo argumentativo regido pelos princípios constitucionais. Para um novo Estado, há que se pensar um novo direito. Como bem ressalta Canotilho, ao Estado contemporâneo cabe “*a indeclinável tarefa de inclusão social, politicamente ponderada.*”⁴⁷⁹ Nesse novo contexto, os princípios constitucionais se destacam como normas inspiradoras e fundamentadoras das decisões administrativas.
- d) O processo de implementação de políticas costuma ser complicado e longo, envolvendo a interpretação da intenção legislativa, produção de regulamentos, criação de estruturas e processos administrativos. Dessa forma, frequentemente, se exige que aqueles que implementam as leis façam escolhas sobre políticas. Nesse sentido, os princípios constitucionais representam importante parâmetro tanto para os conflitos envolvendo a relação entre os três Poderes do Estado, quanto para nortear o gestor público em suas escolhas/decisões ao implementar as políticas públicas.
- e) A noção de *juridicidade administrativa*, resultado da incidência dos princípios constitucionais sobre toda atividade estatal, não mais permite conceber a discricionariedade como espaço de livre decisão do administrador, como admitia a clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários. Toda a atividade administrativa é, num certo sentido, vinculada ao Direito. Assim, os princípios

⁴⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *A governança do terceiro capitalismo e a Constituição social*. In: Entre discursos e culturas jurídicas, Coimbra Editora, 2006, p. 149.

constitucionais passam a exercer importante papel no exercício de controle de juridicidade sobre a atividade administrativa.

- f) Os princípios constitucionais contribuem no processo de revisão dos institutos clássicos do Direito Administrativo e de sua dogmática, ramo do Direito responsável por sua regulação e das demais formas de atuação administrativa estatal.
- g) A governança privilegia a ideia de um Estado mais coordenador do que impositivo. A flexibilidade dos princípios constitucionais se coaduna com a proposta de um direito *soft*, que permite a revisão e a readequação permanente ao processo de políticas públicas. No contexto da governança, a partilha de autoridade torna-se uma realidade e a atuação cada vez mais se desenvolve em rede. A concepção de um *soft law* se impõe na medida em que a governança se contrapõe ao conceito clássico de lei e à forma tradicional de exercer o poder caracterizada como governo (*government*).
- g) Em termos de *democratização administrativa*, os princípios constitucionais contribuem como balizadores na configuração dos processos administrativos, dos instrumentos e demais arranjos institucionais voltados para assegurar aos cidadãos as condições para exercer institucionalmente o direito de participar e de influenciar na condução das políticas públicas. A processualidade administrativa, concebida a partir dos princípios constitucionais, torna-se, assim, importante instrumento na configuração de uma nova relação entre Estado e cidadão e de legitimação do agir governamental – o que se coaduna com a perspectiva de democracia substantiva acolhida pelo Estado Constitucional. Destacando-se, nesse sentido, os princípios da transparência, igualdade, verdade material, obrigatoriedade de motivação das decisões e o da participação social na gestão das políticas públicas.

Vale a pena mencionar Lima⁴⁸⁰ quando afirma:

(...) sem os permeios principiológicos a processualidade pode resultar em decisões que, embora legais e consoantes com os cânones processuais normativos, não revelem o verdadeiro sentido de justiça, uma vez que são destituídos de substratos axiológicos.

- h) No âmbito das políticas públicas, os princípios constitucionais expõem a nova forma de atuação do Direito contemporâneo – ao complementar a ideia de legalidade com a de legitimidade – e suas contribuições no momento em que se prestigia o processo decisório governamental e seus requisitos de validade constitucional.
- i) Os princípios constitucionais com sua multifuncionalidade desempenham importante papel na arquitetura institucional de um sistema jurídico e democrático, que se pretenda confiável e justo. Tornando-se, assim, principal elo entre as dimensões jurídicas e política no Estado contemporâneo. Pode-se, dessa forma, afirmar que os princípios constitucionais contribuem para a segurança jurídica no processo de políticas públicas.

⁴⁸⁰ LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. Evolução do Direito Administrativo. In: Administração Pública dialógica. Curitiba, Juruá, 2013, p. 228.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado contemporâneo ingressa no século XXI com uma série de desafios e dilemas relacionados com a crise do século XX, em sua tripla dimensão: *política, econômica e social*. Sob a *dimensão política*, o grande desafio consiste em reconstruir o conceito de soberania estatal (em suas três dimensões: política, econômica e jurídica) e identificar as condições que fortaleçam o Estado em sua missão institucional.

Já sob a *dimensão econômica* o grande desafio consiste em identificar os meios e os mecanismos adequados ao desenvolvimento de um capitalismo sustentável. Surgem, assim, novas concepções sobre desenvolvimento que resgatam o papel central do Estado contemporâneo sob uma nova forma de atuação, mais indutor menos interventivo. Amartya Sen, por exemplo, a partir do conceito de expansão de *reais liberdades ou capacidades* resgata a ideia original de desenvolvimento como promoção de bem-estar. O autor expande a ideia de liberdade e a qualifica como o principal objetivo do desenvolvimento e o principal meio de atingi-lo. Entende-se, dessa forma, que o desenvolvimento não pode ser reduzido à sua dimensão econômica devendo levar em consideração também os aspectos políticos e sociais das nações.

A conciliação entre ativismo burocrático e democracia, no entanto, tende a provocar uma série de questões. Uma vez reconhecida a importância da existência e da competência das burocracias estatais para a realização de políticas desenvolvimentistas, o grande desafio consiste em garantir a inclusão dos atores sociais nos processos decisórios e, ao mesmo tempo, a qualidade e legitimidade das políticas públicas. O tema da *governabilidade* passou a ser foco nos debates acadêmicos e políticos da década de 60. Samuel Huntington vislumbrou eventual crise de governabilidade de forma diferente nos países industrializados e periféricos. Nos primeiros, a governabilidade estaria ameaçada pela sobrecarga de demandas ao Estado; nos segundos, a debilidade institucional seria a grande ameaça.

Nos anos 90 o conceito de governabilidade ressurge na agenda do Banco Mundial e demais instituições multilaterais; dessa vez com o enfoque voltado para a homogeneização das reformas estruturais previstas no Consenso de Washington na forma de uma preocupação mais limitada com o que chamaram de *governance* ou *good governance*. Sob a *dimensão política e social* cresce a preocupação com a relação do Estado contemporâneo com os cidadãos tendo em vista as características da sociedade contemporânea: *complexa, fragmentada e plural*.

Como bem destaca Bobbio, o reduzido rendimento do Estado democrático é previsível, considerando-se a emancipação da sociedade civil e do sistema político que produz. O referido processo de emancipação fez com que a sociedade civil se tornasse cada vez mais “uma inesgotável fonte de demandas dirigidas ao governo, ficando este para bem desenvolver suas funções, obrigado a dar respostas de forma adequada.” Ainda adverte o autor para o fato de que a quantidade e a rapidez dessas demandas, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente. Constata-se, assim, uma crise estrutural do Estado, que se acentua com a ideologia neoliberal ao se contrapor ao modelo do Estado do Bem-Estar, defendendo restrições à participação política como forma de assegurar a governabilidade democrática e a ideia de Estado mínimo.

Eis que surge um período de questionamentos dos paradigmas modernos sobre Estado e democracia, denominado, por alguns autores, de *crise dos paradigmas*, no qual, conciliar a ideia de eficiência com a de legitimidade democrática se apresenta como um dos principais desafios do Estado contemporâneo.

Sob essa perspectiva, *efetividade das leis e dos direitos* constituiria o conceito chave das democracias contemporâneas, sobretudo, das mais recentes. Indaga-se, concomitantemente, se tal ‘inefetividade das leis’ estaria a indicar uma *crise de Estado*. E se a concepção neoliberal (mercantilista), ao defender a redução do papel do Estado e a hegemonia do mercado, não estaria agravando essa crise ou destruindo a base de legitimidade do estado contemporâneo. É preciso, dessa forma, aprofundar nas transformações que levam a essa crise de paradigmas nas diversas ciências e traduzi-las à luz do Direito, sobretudo, quando a ideia de efetividade dos direitos passa a constituir condição de legitimidade do estado contemporâneo.

Estado efetivo é aquele que consegue cumprir com as leis que cria e realiza as políticas que define. *Estado forte é o Estado efetivo*, ou seja, é o Estado que, além de estabelecer com eficácia essa legalidade, não é percebido pela maioria da população como fonte de consagração de interesses particularistas. Considerando-se o sistema legal, como uma expressão das relações de poder presentes na sociedade, O’Donnell destaca a importância de analisá-lo não apenas do ponto de vista formal (criação), mas de sua efetividade (aplicação).

No contexto de um Estado democrático tal efetividade das leis corresponde ao respeito às garantias e liberdades individuais, bem como o acesso aos direitos sociais. Ressaltado por O’ Donnell, a igualdade garantida a todos os cidadãos é fundamental para o exercício dos direitos políticos e para a efetividade das garantias individuais consagradas na tradição liberal.

Numa democracia, entendida não só do ponto de vista formal, mas também de conteúdo, o princípio da legalidade deve assegurar direitos políticos, liberdades civis e mecanismos de *accountability* que venham afirmar a igualdade política de todos os cidadãos e impedir eventuais abusos de poder do Estado. Um sistema legal como base de um regime democrático, segundo O' Donnell, deve apresentar as seguintes condições: proteger os direitos políticos, liberdades e garantias de um regime democrático; assegurar os direitos civis a toda a população e estabelecer uma rede de responsabilidade e *accountability*, que submeta todos os agentes (públicos e privados), incluindo as maiores autoridades estatais ao controle de legalidade de seus atos.

Sob a vigência do paradigma do Estado democrático de Direito o critério de legitimidade do Estado *se desloca da expressão legislativa da soberania popular para a realização das finalidades coletivas*. A lei deixa de ser o parâmetro na classificação dos poderes estatais, vindo a ser substituída pelos programas de ação governamental (*políticas públicas*). O *Estado legislativo* cede espaço para o *Estado das políticas públicas*.

As políticas públicas se tornam, assim, o principal instrumento do Estado contemporâneo, fazendo despontar as seguintes indagações: Como fortalecer a capacidade do Estado em implementar as suas políticas? Quais as condições/requisitos o processo de políticas públicas deve observar para alcançar os resultados pretendidos? Como lidar com as incertezas e os conflitos que circundam o ambiente em que as políticas públicas são gestadas? De que maneira o Direito contemporâneo pode contribuir para esse processo? Cabendo ao Direito contemporâneo, nesse contexto, o desafio de construir um sistema legal voltado para a *estabilidade* das relações jurídicas mas também para *efetividade* dos direitos e a *confiança sistêmica*.

Constata-se, dessa maneira, que os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de direito do século XIX não atendem mais aos desafios impostos ao Estado contemporâneo *a fim de executar políticas públicas efetivas*. Enquanto o direito moderno de “tipo formal” garantia a autonomia dos atores sociais, surge um direito novo, “de tipo material” e de “tipo reflexivo”, que passa a manifestar “concepções regulatórias”, *buscando agir sobre os equilíbrios sociais*. Nesse panorama, verifica-se o aparecimento de um direito “flexível”, “em rede”, apresentado sob a forma de pluralismo na inter-relação entre os novos atores.

Dessa forma passa a se questionar: (a) *o papel do Estado* (menos interventivo mais articulador); (b) *o modelo de democracia representativa* (a busca por uma democracia substantiva); (c) *a forma tradicional de governar* (a governança como uma nova forma de governar).

A fim de contribuir para a solução dos problemas de governança do Estado contemporâneo e os conflitos que caracterizam a sociedade atual, a criação de um modelo de Direito menos rígido, mais flexível (*soft law*) se impõe. Provocando o surgimento de propostas em torno de um direito mais adequado à complexidade e aos difíceis conflitos (*hard cases*) que passam a marcar a sociedade contemporânea.

À medida que a proteção dos direitos fundamentais se amplia a relação entre *direito e política se modifica*, tornando-a mais estreita e, ao mesmo tempo, permeada de tensões e conflitos. Podendo-se dizer que com o avanço da democratização o *Direito se humaniza*.

Sob essa ótica, as leis por si só, não bastam, precisam ser justas. O critério de validade (legal/ilegal) cede espaço para o da conformidade (legítimo/ilegítimo). O Direito pós-moderno não pressupõe mais uma ordem única, em normas estáticas de conteúdo completo e perfeito, ao contrário, acredita-se hoje muito mais na interpretação das normas como a fonte do saber jurídico, haja vista sua incompletude.

Passa a se indagar, nesse caso, sobre os impactos dessas transformações sobre o direito contemporâneo, sua relação e possíveis contribuições para o processo de políticas públicas. A busca pela ideia de legitimidade do sistema legal (que se pretenda democrático) leva o Direito contemporâneo a reconhecer os limites e insuficiências da concepção positivista diante da realidade atual, mediante: (a) a reaproximação do direito com a moralidade (impondo a revisão de um dos postulados da concepção do direito moderno (positivismo jurídico); (b) a constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos; (c) a proposta de um sistema jurídico aberto: composto por regras e princípios – com especial destaque para o papel dos princípios constitucionais.

Sob a perspectiva do sistema jurídico aberto (com regras e princípios) o Direito contemporâneo propicia uma atuação mais consentânea com os valores democráticos, tais como: (a) proteger os direitos fundamentais dos cidadãos; (b) promover a ideia de justiça; (c) resolver conflitos; (d) promover ordem e estabilidade; (e) promover um comportamento social e econômico desejável; (f) representar os interesses e direitos da maioria da população; (g) proteger os direitos da minoria.

Busca-se, dessa forma, conferir um novo sentido ao sistema jurídico contemporâneo, a partir do momento que se passa a prestigiar a ideia de efetividade dos direitos ao lado da tradicional estabilidade. Nessa nova perspectiva, a segurança jurídica carrega a mudança, o movimento, uma vez que deve estar a serviço da efetividade dos direitos fundamentais.

Resumindo, a segurança já não é vista através do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Donde se pode concluir que o conteúdo axiológico do Estado democrático de direito está a revelar que a positividade do direito como garantia da segurança jurídica já não é mais suficiente.

O Estado Democrático de Direito postula uma ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado. Implicando um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas, razão pela qual toda normatização que, por sua natureza, extrapolar aqueles mínimos de certeza e segurança, que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado Democrático de Direito, terá de ser entendida como não consentida pela Carta Magna.

Nesse sentido, a ideia de confiança (como dimensão subjetiva da segurança jurídica) vai além da segurança ditada pela lei; voltando-se, pois, *para a expectativa, legítima, da ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento*. A ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, se passa a vincular a ideia de segurança jurídica à de garantia das expectativas jurídicas dos cidadãos. O descumprimento dos direitos fundamentais (ou simplesmente a sua negação) afronta a dignidade humana, constituindo-se o seu cumprimento ou não, o parâmetro jurídico nas relações entre os cidadãos e entre esses e o Estado.

A segurança jurídica constitui uma garantia à preservação de outros princípios constitucionais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, como a legalidade (na sua expressão material de certeza), a irretroatividade, isonomia, anterioridades, entre tantos outros, mas, principalmente, por ser uma proteção ante os poderes públicos, para que esses concretizem os direitos fundamentais e suas garantias a cada ato de aplicação do direito positivo; bem como, a estabilidade sistêmica e respeito às expectativas de confiança e legitimidade.

As discussões sobre a segurança jurídica no debate contemporâneo remetem a uma preocupação constante sobre como proteger o cidadão, tanto do ponto de vista da **estabilidade e certeza**, quanto de suas **legítimas expectativas**, dos riscos gerados pela **instabilidade institucional do Estado**.

É possível vislumbrar, neste novo contexto, além da relação do direito contemporâneo com o processo de políticas públicas, a convergência entre diversas ciências, de modo a ressaltar a necessidade de uma abordagem interdisciplinar para a compreensão dos problemas, desafios e a busca de soluções que contemplem todo o seu processo.

A gestão pública contemporânea passa a encarar o desafio de se buscar o equilíbrio entre a *capacidade* do Estado em colocar em prática o interesse público e o poder do cidadão de cobrar (*controle*) responsabilidade das autoridades. Sob a perspectiva da *capacidade administrativa* do Estado se destaca a necessidade de se atender aos desafios impostos pelo redesenho nas relações entre Estado, sociedade e mercado. Dentre tais desafios destaca-se a *necessidade cada vez maior de conciliar as ideias de participação e eficiência* nos processos de gestão das políticas.

À medida que o escopo e o alcance das políticas públicas aumentam nas democracias, há uma demanda correspondente dos interesses afetados por maior participação. Todo o seu processo se torna, pois, mais conflituoso colocando em xeque a capacidade institucional do Poder Público em solucionar problemas ou atender às expectativas coletivas.

No âmbito das políticas públicas, por exemplo, *relações em rede (ao invés de relações hierarquizadas)* passam a predominar. *Uma gestão em redes* impõe novos desafios administrativos, novas lógicas de tomada de decisão coletiva, compartilhamento de valores e objetivos e estabelecimento de prioridades e regras de atuação. Novas habilidades passam a ser exigidas dos gestores como a capacidade de articulação com os diversos atores envolvidos.

A concepção formal da gestão pública se revela, pois, insuficiente e falha diante da participação crescente de novos atores sociais no processo de formulação e implementação de políticas públicas. À medida que se aumenta a politização da função administrativa começa a se debater as vicissitudes do modelo tradicional hierárquico e a busca por alternativas mais cooperativas.

Relações interorganizacionais e arranjos institucionais para a coordenação e implementação de políticas passa a ser centro das discussões da gestão pública contemporânea. O principal desafio enfrentado pelos administradores públicos hoje é aprender como trabalhar de maneira mais eficaz em um ambiente político instável de modo a promover forte participação democrática e envolver ampla variedade na descoberta e implementação de soluções que resolvam, ou pelo menos melhorem, problemas públicos

Tornar o Estado contemporâneo mais eficiente e ao mesmo tempo mais democrático (garantindo ampla participação social) se torna um dos grandes *dilemas da gestão pública contemporânea*.

A relação do Poder Público com os diversos atores sociais no processo de políticas públicas se torna, portanto, mais *dialógica e de coordenação*. Dessa forma, o bom êxito das políticas públicas passa a depender, portanto, não só do alcance dos resultados (efetividade) mas também do cumprimento de requisitos processuais (legitimidade).

O termo governança, embora não seja novo, passa a ser utilizado numa concepção mais moderna para indicar uma forma de governar – *steering not rowing* – diferente da tradicional: *não hierárquica* e voltada para a *cooperação* entre os diversos atores. Rhodes a descreve como a função de governar em rede (*networks*). O que a torna, assim, importante contributo para a gestão pública contemporânea no que se refere à reflexão sobre novas práticas administrativas e mecanismos de controle. Afinal, o que caracteriza a governança como modo de governar é a gestão das interdependências ou *gestão relacional* (ou de redes). Essa abordagem relacional e o resgate das redes como estruturas de construção de políticas públicas é a grande novidade proposta pelos teóricos da governança contemporânea.

Uma nova forma de governar impõe uma
nova forma de gerir a res publica

O deslocamento do público para além do Estado, bem como, o enfraquecimento das fronteiras entre o público e o privado contribuíram para aumentar a complexidade das políticas públicas, sobretudo a sua implementação. As políticas públicas, nas últimas décadas, dependem de uma rede de atores sociais, da coordenação de diversas jurisdições (diferentes níveis de governo, distintas agências de um mesmo nível de governo) e da articulação de atores governamentais e não governamentais, assim como de articulações de governos nacionais a entidades supranacionais ou a atores privados transnacionais.

A maneira como o Estado se estrutura e sua articulação com outros entes que compõem as redes nas diversas ações de gestão governamental é essencial para uma gestão eficiente e eficaz das políticas públicas e da prestação dos serviços de responsabilidade estatal. Devendo a governança ser observada em todos os momentos do ciclo de gestão: nas fases de planejamento, implementação, controle e avaliação.

No atual contexto político-institucional brasileiro, são vários os atores e interesses a serem coordenados e processados na execução de uma política: burocracias de diferentes

poderes e níveis de governo, parlamentares de diversos partidos e organizações da sociedade civil (sindicatos de trabalhadores, associações empresariais, movimentos sociais). Em torno de cada política se arranjam organizações (com seus mandatos, recursos, competências e instrumentos legais), *mecanismos de coordenação*, *espaços de negociação* e *decisão entre atores* (do governo, do sistema político e da sociedade), além das obrigações de transparência, prestação de contas e controle.

A governança constitui atributo do estado com dupla dimensão: por um lado, refere-se às condições do aparato administrativo, tais como profissionalização da burocracia estratégica, fortalecimento dos instrumentos gerenciais e melhoria do desempenho; por outro, se volta para a consolidação dos fundamentos democráticos a partir da noção de *accountability*, ou responsabilização.

A busca por uma gestão pública, eficiente e democrática, parece estar no centro das discussões na atualidade. Ao mesmo tempo o antigo paradigma da dicotomia entre *administração e política* desponta como a grande questão a ser encarada pela ciência da Administração Pública. A integração das dimensões políticas e administrativas no mesmo espaço de decisão e ações públicas se apresenta como um dos grandes dilemas da gestão pública contemporânea.

A relação entre políticos e burocratas e os recursos de poder utilizados pela burocracia podem alterar o objetivo visado na formulação e implantação de uma política pública. O burocrata é um ator relevante tornando-se o elo entre os formuladores de política e os cidadãos. À medida que o processo de políticas públicas se torna cada vez mais complexo, o papel da burocracia vai se tornando mais próximo dos cidadãos, e sua politização aumenta.

Afinal “como controlar os burocratas, já que estes também participam da tomada de decisões [...] e como responsabilizá-los em termos políticos, já que também atuam politicamente e não apenas burocraticamente (*input vs output*)?” Quem tem a legitimidade para a persecução do interesse público (legitimidade política ou técnica)?

Neste sentido, a ideia de *accountability* suscita importantes reflexões sobre o grau de autonomia decisória dos governantes e burocratas face às demandas cada vez maiores pela participação social na formulação e implementação das políticas públicas. Tornando-se, assim, um desafio para a gestão pública contemporânea pensar num regime de governança que assegure o *equilíbrio* entre a *capacidade* do Estado em concretizar o interesse público e os *mecanismos de responsabilização* por parte dos cidadãos.

Ou seja, os governos que asseguram a participação dos cidadãos no processo de formulação e implementação de políticas públicas se tornam mais eficientes na medida já que

essas políticas alcançam maior sustentabilidade política e legitimidade. Por sua vez, as estratégias governamentais para uma governança eficiente tornam o Estado mais permeável à influência da sociedade, seja através da participação direta, seja pela representação.

Pode-se assim dizer que assegurar que as ações governamentais promovam o interesse público (fazer o que deve ser feito) a partir do fortalecimento da capacidade de gestão do Estado (governança), boa aplicação dos recursos públicos (eficiência) e a garantia de transparência, participação e responsabilização (democracia) constituem os pilares da gestão pública contemporânea. À Gestão Pública contemporânea cabe, pois, a difícil tarefa de pensar e propor novos arranjos institucionais a conformar novas práticas de gestão e de governo – mais adequadas à estrutura da governança moderna – de forma a conciliar a ideia de democracia com a de eficiência.

O que significa, por um lado, propor a criação de mecanismos institucionais que favoreçam a inclusão da sociedade civil no processo decisório, seu envolvimento na implementação e no controle das políticas públicas, garantindo a democratização, transparência e *accountability* à ação estatal; por outro, propor mudanças em instituições e práticas que garantam eficiência à ação estatal, via agilização de procedimentos, combate à corrupção (e transparência), capacitação da burocracia (face às novas habilidades que lhe são exigidas), incorporação de novas tecnologias, dentre outras medidas.

Compreender o processo das políticas públicas requer aprofundar o olhar nos arranjos institucionais que dão sustentação à sua implementação. Entendendo-se como arranjo institucional, *o conjunto de regras, mecanismos e processos que definem a forma particular como se coordenam atores e interesses na implementação de uma política pública específica*. Afinal, são os arranjos que dotam o Estado de capacidade de execução de seus objetivos. Assim, são as regras, processos e mecanismos instituídos pelos respectivos arranjos de implementação que vão explicar o resultado alcançado por cada política pública.

As políticas públicas a serem implementadas em países em desenvolvimento se diferem das que são praticadas nos países desenvolvidos, dada as maiores dificuldades políticas, técnicas, financeiras e culturais, sobretudo pela dificuldade de articulação entre sociedade e Estado, em grande parte pela falta de organização da primeira e das dificuldades na obtenção de um *feedback* do Estado.

Novos temas emergem para a gestão pública impondo-se a revisão da tradicional estrutura organizativa do Estado, tais como: a criação de mecanismos institucionais de participação da sociedade civil (conselhos, orçamento participativo, audiência pública); parcerias público-privadas; *abordagem integral e articulação intersetorial*; Colaboração

intergovernamental “horizontal”, como os consórcios intermunicipais, por exemplo; gestão em redes.

Governança em políticas públicas se refere, portanto, aos arranjos institucionais que condicionam a forma pela qual as políticas são formuladas, implementadas e avaliadas, em benefício da sociedade. O que significa dizer que a qualidade do processo decisório (legitimidade) torna-se mais importante que a observância e o cumprimento das formalidades.

Nesse aspecto, o valor da governança está justamente em oferecer um modelo de sistema organizativo que permite entender os processos de mudança em governar e, conseqüentemente, elaborar uma nova linguagem e marco referencial sobre a sociedade, o Estado e suas relações. O papel do governo na governança não é mais o de apenas decidir, mas sim de coordenar, integrar e regular. O Estado intervencionista é substituído pelo Estado regulador.

Uma boa governança significa para a gestão pública atual o desafio de encarar antigas realidades sob uma ótica diferente. No que se refere à capacidade de gestão, por exemplo, os problemas de coordenação ganham destaque, e com eles, a necessidade de se conceber mecanismos que favoreçam uma atuação mais flexível, dialógica e colaborativa, contrapondo-se, assim, à ideia de rigidez, hierarquia e de supremacia típicos do modelo burocrático. Os mecanismos de controle, por sua vez, buscam assegurar a eficiência e efetividade dos resultados além do respeito aos valores democráticos.

Como mencionado anteriormente, uma abordagem interdisciplinar é fundamental para se entender a natureza e a dimensão das questões que hoje afetam o êxito das políticas públicas. As questões em termos de governança do processo de políticas públicas, por exemplo, traduzem a busca pelo fortalecimento da capacidade de gestão do Estado como forma de resgatar sua legitimidade política (questão de *natureza política*). As propostas de novos modelos de gestão sob o paradigma pós-burocrático (*natureza administrativa*) buscam equacionar a necessidade de contornar os problemas de natureza fiscal (eficiência) com a preservação dos valores democráticos.

Uma concepção mais ampla sobre democracia se apresenta e passa a desafiar os tradicionais paradigmas que serviram como alicerces à ação estatal. Nesse contexto, a democracia impõe-se como postulada do constitucionalismo contemporâneo, ultrapassando o conceito de legalidade, para alcançar o da legitimidade, passando-se a atribuir às constituições efetivamente *a função de constituir* ao invés de *declarar* direitos (*natureza jurídica*).

O Direito contemporâneo com a sua proposta de um modelo *flexível* (*sistema jurídico aberto*) – de natureza mais substancial do que formal – se revela mais adequado à

realidade complexa que afeta a governança do processo de políticas públicas atualmente, com destaque para os princípios constitucionais.

Na presente tese foram acolhidas as seguintes premissas: (1^a) no contexto do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional) Direito e Política se interpenetram; (2^a) a relação de maior proximidade do direito com a política repercute diretamente sobre o processo de gestão das políticas públicas, uma vez que torna a sua implementação bem sucedida uma questão jurídica (constitucional); (3^a) a relação entre Poder Público e sociedade se modifica, tornando-se mais consensual e dialógica, cabendo ao direito contemporâneo contribuir para a configuração institucional de uma administração pública dialógica; (4^a) os princípios constitucionais se destacam como a principal contribuição do direito pós-moderno ao processo de políticas públicas, tanto na perspectiva normativa quanto na institucional.

Os princípios constitucionais desempenham importante papel de mediação entre os valores éticos, jurídicos e políticos. Tornando-se, assim, principal *elo entre as dimensões jurídica e política no Estado contemporâneo*. Com sua *multifuncionalidade* contribuem para o processo de políticas públicas tanto na dimensão normativa quanto institucional.

Na dimensão normativa destaca-se como parâmetro no processo de aplicação do direito (interpretação), na solução de conflitos e como critério de aferição de legitimidade das decisões públicas. Com relação à dimensão *institucional*, torna-se importante parâmetro para a definição de novos arranjos institucionais que se voltem para a legitimação e estabilidade institucional das instituições democráticas. Tanto para os conflitos envolvendo a relação entre os três poderes do Estado, quanto para nortear o gestor público em suas escolhas/decisões ao implementar as políticas públicas.

A contribuição dos princípios constitucionais, sob a dimensão institucional, se torna evidente no momento em que se busca modelo de relação dialógico e de cooperação na relação entre os poderes, em que o processo de deliberação assegure o respeito aos fundamentos constitucionais e aos valores da razão pública.

Sob essa perspectiva, a atuação das instituições, pautada pelos valores constitucionais, passa a ser vista como fonte de equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo na atualidade. Logo, a integração estável das instituições no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, de modo que o diálogo permanente permita a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado, em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis

por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, a partir da ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida, tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os poderes constituídos.

No tocante ao universo das políticas públicas, se revelam importantes parâmetros para as complexas questões de *governança e accountability* que o Estado contemporâneo enfrenta. Por exemplo, o modelo de *governança em rede* (com vários centros de decisão), presente hoje nas políticas públicas, depende, para seu bom funcionamento, de um amplo processo argumentativo regido pelos princípios constitucionais que, com sua natureza axiológica e flexível, contribuem para a definição de critérios de aferição de validade das políticas públicas, além de permitir a revisão e a readequação permanente de todo o seu processo.

A concepção de um *soft law* se impõe uma vez que a governança se contrapõe ao conceito clássico de lei e à forma tradicional de exercer o poder caracterizado como governo (*government*).

Em termos de democratização administrativa, os princípios constitucionais contribuem como balizadores na configuração dos processos administrativos, dos instrumentos e demais arranjos institucionais voltados para assegurar aos cidadãos as condições para exercer institucionalmente o direito de participar e de influenciar na condução das políticas públicas (*accountability*). Tornam-se, também, importantes instrumentos de controle de juridicidade sobre a atividade administrativa, no momento em que não mais se concebe a *discrecionabilidade* como espaço de livre decisão do administrador, mas igualmente permeável aos comandos normativos disseminados pelos princípios constitucionais.

No âmbito das políticas públicas, os princípios constitucionais, com sua multifuncionalidade, revelam-se fonte de legitimidade da atuação estatal no momento em que implementa as suas políticas. Fortalecendo, assim, as capacidades estatais tanto administrativas quanto políticas indispensáveis a uma boa governança.

Nesse sentido, é pertinente afirmar que os princípios constitucionais – considerados tanto na dimensão normativa quanto na institucional – contribuem para a segurança jurídica do processo de políticas públicas no estado contemporâneo.

Os princípios constitucionais e suas contribuições ao processo de políticas públicas estão a revelar uma nova forma de conceber e pensar o Direito e seu significado na vida contemporânea. Sem dúvida, há muito que explorar neste tema. Bastando apenas, talvez, a ousadia de assumir um pensamento diferente sobre antigas verdades.

REFERÊNCIAS

ABERBACH, A. J.; PUTNAM, R.D.; ROCKMAN B. A. **Bureaucrats and politicians in western democracies**. Cambridge: Mass., Harvard University Press, 1981

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008b, p. 29

ALMEIDA, Maíra e RANGEL, Henrique. **Os efeitos sistêmicos na teoria institucional**. Disponível em: <<https://www.publicadireito.com.br/artigos/> : 19 jul. 2015.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. 2004.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes. Reflexões sobre a norma jurídica na pós-modernidade. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.15, n. 97, fev. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11163>. Acesso em: 13 maio 2015.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio; LOUREIRO, Maria Rita; TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: ABRUCIO, Fernando; LOUREIRO, Maria Rita; PACHECO, Regina Silvia (Org.). **Burocracia e política no Brasil: desafio para a ordem democrática no Século XXI**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota e MOREIRA, José David Cavalcanti. **Delimitação histórica do princípio da segurança jurídica na história nas Constituições brasileiras e suas dimensões**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/...quivos/anais/fortaleza/3529.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

ARAÚJO, Joaquim Felipe Ferraz Esteves de. **Avaliação da gestão pública: administração Pública Pós Burocrática**. Disponível em: <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/8309/3/ArtigoUNED.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2015.

ARAÚJO, Valter Shuequener de. **Princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ARNAUD, André – Jean. Crítica à razão jurídica. In: _____. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização, crítica da razão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005. v.2

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. **Caos e governabilidade no moderno sistema mundial**. Rio de Janeiro: UFRJ - Contraponto, 2001.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. **Direito das políticas públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2015.

ASSIS, Wilson Rocha. **A normatividade dos princípios e a pós-modernidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8212/a-normatividade-dos-principios-e-a-pos-modernidade>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. O Direito pós-moderno. **Revista USP**, São Paulo, n.42, jul/ago. 1999.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO; ROCKEFELLER CENTER FOR LATIN AMERICA STUDIES; HARVARD UNIVERSITY. **A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina 2006**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BAPTISTA, Patricia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./fev./ mar. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BARROS, Paulo de Carvalho. **Princípios e sobreprincípios na interpretação do direito**. Disponível em: <www.ibet.com.br/download/Principios%20PBC.pdf> Acesso em: 3 abr. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Fundamentos teóricos e jusfilosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 6, p.1-33, set. 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <<[https:// www.migalhas.com.br](https://www.migalhas.com.br)>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**: revista eletrônica do Conselho Federal da OAB. Disponível em: < www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf >. Acesso em: 16 maio 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista do Direito Estado*, n. 9, mar./abr./maio 2007.

_____. A constitucionalização do direito e suas repercussões sobre o direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos e NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARZELAY, M. Instituições centrais de auditoria e auditoria de desempenho: uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. In: SEMINÁRIO O CONROLE EXTERNO E A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA VISÃO COMPARATIVA, Brasília, 2002. [Anais] Brasília: TCU, 2002. v.1 p. 25-72

BATISTA, Onofre J. O Estado democrático de direito pós-providência brasileiro em busca da eficiência pública e de uma administração pública mais democrática. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 98, p. 119–158, jul./dez., 2008. Disponível em: <[http://www. pos.direito.ufmg.br/ rbepdocs /098119158 .pdf](http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/098119158.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Reflexive modernization**: politics, tradition and aesthetics in the modern social order. Stanford: Stanford University Press, 1999.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENTO, L. V. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **A constituição econômica e o desenvolvimento**: uma releitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo, Malheiros, 2005.

_____. As possibilidades de uma teoria do Estado. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/ Conceito Editorial, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia política**. 3. ed. 2. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.

BINENBJOM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista de Direito do Estado**, Salvador, n. 13, mar./abr./maio, 2008.

BLOCK, Fred. **Reinventing social democracy for the 21st century**. Disponível em: <<https://www.detroitdsa.com/socialdemocracy.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função**: novos estudos de tória do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani,. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

_____. **Positivismo jurídico**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José, RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 5, nº 17, p. 288-309, out/dez de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, Ana Paula Dutra. **Processo administrativo e participação popular**: consulta pública, audiência pública e conselhos de gestão de políticas públicas. Disponível em: <https://www.fucamp.edu.br/editora/index.php/direito_realidade/article/.../273>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BOVERO, MICHELANGELO. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. Curitiba, 2007... *Dissertação* (Apresentada, no Curso de Pós-graduação em Direito da *Universidade Federal do Paraná*, Políticas Públicas: *Horizontes e Perspectivas do Estado*.)

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

_____. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e da administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRONZO, Carla. Intersetorialidade, autonomia e território em programas municipais de enfrentamento da pobreza: experiências de Belo Horizonte e São Paulo. **Planejamento e Políticas Públicas**, Brasília, n. 35, p. 119-160, jul./dez. 2010.

_____. **Governança e accountability**: algumas notas introdutórias. Belo Horizonte: Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2004. (Textos para discussão n. 13)

BRUGUÉ, Quim; VALLÈS, Josep Maria. New-style councils, new-style councillors: from local government to local governance. **Governance, An International Review, Routledge**, v. 18, n. 2, p. 197-226, 2005.

BRYNER, Gary C. Organizações públicas e políticas públicas. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. **Administração pública**: coletânea, Brasília: ENAP, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/mariadallari.htm> Acesso em: 03 jun. 2015.

CALSAMGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa**: cuadernos de filosofia del derecho, Alicante, v. 21, n. 1, p.209-220, 1998.

CAMPOS, Edval Bernardino Campos. Política social e cidadania. In: CONGRESSO DE ASSISTENCIA SOCIAL DA AMAZONIAM,3. 2001. **Anais...** Belém, 2001.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A Governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Entre Discursos e Culturas Jurídicas**. Coimbra: Universidade de Coimbra. 2006. p. 145-154.

CARBONELL, Miguel. La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo In: _____ (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. **Notícia do Direito Brasileiro**, Brasília, n. 6, jul./dez. p.233-250, 1998

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASALI, Guilherme Machado. **Sobre o conceito de segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/...bh/guilherme_machado_casali.pdf>. Acesso em: 9 maio 2014.

CASSESE, Sabino. **La crisis del Estado**. Trad. Pascual Caiella e Juan González Moras. Buenos Aires: Lexis-Nexis e Abeledo-Perrot, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio**. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____.Hacia el Estado Red? Globalización económica e instituciones políticas en la era de la información. In: SEMINÁRIO SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO,1998. [**Anais**]. São Paulo, MARE, mimeo, 1998.

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade**. Trad. Guy Renaud, 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. **A segurança jurídica e a tipicidade tributária**, Salvador: JusPodium, 2007.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **O princípio da segurança jurídica. Jus Navigandi**, Teresina, v.8, n.18, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4318>>. Acesso em: 14 out. 2014.

CHACUR, Demetrius Ferreira. **Globalização, crise do estado e a necessidade do reexame da soberania e da legalidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b6e710870acb098e>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

CHAVES, Pablo Holmes. Direito e sistema. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.6, n. 51, 1º out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2169>>. Acesso em: 24 maio 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno (L'Etat post-moderne)**. Prefácio de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. La juridicisation des precepts manageriaux. **Revue Politiques et Management Public**, Paris, v. 11, n. 4, dec. 1993.

CHRISPIANO, Álvaro. Binóculo ou luneta: Os conceitos de política pública e ideologia e seus impactos na educação. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, Porto Alegre, v. 21, n. 1/2, p.61-90, jan./dez. 2005.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (org.), **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, neoconstitucionalismo e tributação. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 95, 2005.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CORDEIRO, Manoel Ilson. Pós-modernidade e crise do estado moderno: o ocaso do constitucionalismo liberal. **Revista Nucleus**, Ituverava, v.6, n.2, out. 2009.

COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 36, 2002.

COSTA, Frederico Lustosa. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da Nova República. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n.4, p. 71-82, jul./ago 1998.

COSTA, Lúcia Cortes da. **Os impasses do Estado capitalista: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil**. Ponta Grossa: UEPG; São Paulo: Cortez, 2006.

COSTA, Judith Martins. O princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista do Centro de Estudos Jurídicos**, Brasília, n. 27, p.110-120, out/dez 2004.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política Pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Unesp, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania, Estado, globalização e crise. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.7, n. 15, p. 7-24, dez. 2002,

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**, Brasília: UNB, 2005.

DALLARI, A. A. Desvio de poder na anulação de ato administrativo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, v.7, p. 1-14.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. **Dirigismo constitucional sobre as políticas públicas**. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015.

DAVID, Kaline Ferreira. **A dimensão política da administração pública sob a ótica de um direito administrativo constitucionalizado**. Salvador, 2007 Dissertação (Apresentada a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia).

DENHARDT, R. B e DENHARDT, J. V. **The new public service: serving, not steering**. New York: Armonk, 2003.

DIAS, Maria da Graça dos Santos e MENDES, Marisa Schmitt Siqueira. A relação entre política jurídica e a nova hermenêutica jurídica. **Revista Lex Humana**, Petropolis, n. 2, 2010

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas: revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, v. 2, n.2, p. 106, jan/jun. 2012.

DINIZ, Eli (Org.). **Globalização, Estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

_____. Crise, governabilidade e reforma do Estado: em busca de um novo paradigma. In: GERSCHMAN, S.; VIANNA, MLW. (Org.) **A miragem da pós-modernidade: democracia e políticas sociais no contexto da globalização**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1997.

DIXON, Rosalind. **Weak-form judicial review and the American excepcionalism**. Chicago: Law School Public Law and Legal Theory, 2011. (Working Papers Series, n. 348).

DOBROWOSKI, Sílvio. **A constituição no mundo globalizado**, Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

DRAIBE, Sonia. Estado de bem estar, desenvolvimento econômico e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto, ARRECHE, Marta, MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011. p. 27-63.

DURAN, Patrice. Piloter l' action publique, avec ou sans le droit? **Revue Politiques et Management**, Paris, vol. 11, n.4, dec 1993.

ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. **Para entender pós-modernidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

ESPINDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. **Resenha Eleitoral** - Nova Série, v. 10, n. 1 jan./jun. 2003

_____. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v.I, n. 11, out. 2000.

_____. **Democracia, Constituição, Princípios constitucionais**: notas de reflexão no âmbito do direito constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, 2003. Disponível em: <<http://mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto265.doc>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do *Welfare State* na nova ordem mundial. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 35, p.73-111, 1995.

ESTEVE, Josep M^a Pascual. In: **Governança democrática**: construção coletiva do desenvolvimento das cidades. Trad: João Carlos Vitor Garcia. Juiz de Fora: Ed. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2009.

EVANS, Peter. Constructing the 21st Century Developmental State: potentialities and pitfalls. In: EDIGHEJI, O. (Ed.). **Constructing a Democratic Developmental State in South Africa**: potentials and challenges. Cape Town: HSRC, 2010.

_____. **Autonomia e parceria**: estados e transformação industrial. Rio de Janeiro, 2004.

_____. O Estado como problema e solução. **Revista Lua Nova**, 28-29, abril de 1993.

_____. *The capability enhancing developmental state*: concepts and national trajectories, march 2011. CEDE, Centro de Estudos sobre Desigualdade e Desenvolvimento, UFF, 2011(Discussion Paper n° 63)

EWALD, François. Risk in contemporary society. Trad. J. Dautrey & C. Stifler. **Connecticut Insurance Law Journal**, v. 6, 2000.

EVANS, Peter, RUESCHEMEYER, Dietrich, SCHOPOL, Theda. *Bringing the state back in*. Cambridge University Press, 1999.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Administração Pública e Políticas Públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 45, n.3, p.813-36, maio/jun, 2011,

_____. Temas emergentes em gestão e políticas pública: tendências gerais. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, v. 11, n. 48, jan./jun. 2006.

FARIA, José Eduardo. **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Sociologia**: direito e conjuntura, São Paulo, Saraiva, 2010.

FARONI, Fabrício, RANGEL, Henrique, BOLONHA, Carlos. **Modelos de Decisão e Análise Institucional**. Disponível em: <<https://www.julgar.pt/...Modelos-de-Decisao-Analise-Institucional.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.48, n. 189, jan./mar. 2011.

FERRARI, Regina Maria M. Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, n. 19, set./out./nov., 2009.

FERRAZ, David Correia e RODRIGUES, Miguel Nuno. **Política e administração: da legitimidade democrática à concepção e operacionalização técnica das políticas públicas**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DO CLAD SOBRE A REFORMA DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SANTO DOMINGO, 15, Santo Domingo. [Anais] 2010

FERREIRA, Victor Cláudio Paradela. Administração pública gerencial. In: _____. **Administração Pública contemporânea**: política, democracia e gestão. Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad**: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho de los derechos. Madrid: Trotta, 2009

FIORI, José Luís. **A governabilidade democrática na nova ordem econômica**. Disponível em: <<https://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

FLEURY, Sonia. Redes de políticas: novos desafios para a gestão pública. **Revista Administração em Diálogo**, São Paulo, n. 7, 2005.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública e o direito administrativo brasileiro do século XXI**. Rio de Janeiro, 2008. (Direito Administrativo em Debate). Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **A Interpretação sistemática do direito**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GAETANI, F. As políticas de gestão pública e os desafios da coordenação. In: OLIVEIRA, F. B. **Política de gestão pública integrada**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

GARCIA, Emerson. **Princípio da separação dos poderes: os órgãos urisdicionais e a concreção dos direitos sociais**. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/t_library/get_file?uuid=4882374>. Acesso em: 22 de julho de 2015.

GOMES, Daniela Vasconcelos. A Questão da (in) segurança jurídica na sociedade contemporânea. **Revista Desenvolvimento em Questão**, v. 8, n. 15, p.153-164, jan./jun., 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao>>.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto C. Rocha. **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais e políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2014. p.21

GONÇALVES, Kildare Carvalho. **Direito constitucional**. 14 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

GORDILLO, Augustin. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GHILIARDI, Dóris. Crise do estado contemporâneo e globalização econômica. **Revista em Tempo**, Marília, v.12, p. 447- 464, 2013

GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. **Modern Law Review**, v. 62, n. 1, jan. 1999.

GONZALÉZ, Thiago Holanda. **A busca pelo desenvolvimento nacional e os obstáculos à soberania econômica: uma análise da ordem econômica constitucional de 1988 face à globalização**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/Manaus/arquivos/Fortaleza/3345>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

GRILLO, Vera Lúcia de Araújo. Sobre uma noção para a função social do estado contemporâneo. **Sequência**, Florianópolis, v.6, n.10, p. 28-38,1985

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Estado de direito e o judiciário na pós-modernidade. **Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 11/12, n. 1-2, p. 17, jan./dez. 1993.

GURGEL, Cláudio. Gestão democrática – Fundamentos e Instrumentos. **Revista Gestão Pública**, Belém, v. 1, n. 2, jun.2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Mendes, Sergio Antonio Fabris. [s.l.: s.n.] 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001.

HILL, Michael. **The public policy process**. 6. ed. New York: Pearson, 2011.

HODGSON, Geoffrey M. **Conceptualizing Capitalism**: institutions, evolution, future. University of Chicago Press, 2015.

HOOD, Christopher. The "new public management" in the 1980s: variations on a theme. **Accounting, Organizations and Society**, New York, v. 20, n. 2/3, p. 93-109, 1995.

HORN, Murray J., **The political economy of public administration**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

HUMBERT, Georges Louis Hage. O direito e o fenômeno político. **Revista Jus Nvigandi**, Teresina, v.15, n. 2390, jan.2010. Disponível em: <<[http:// jus.com.br/artigos/1497](http://jus.com.br/artigos/1497)>>. Acesso em: 28 maio 2015.

IANNI, Otavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JACOBI, Pedro; PINHO, José Antônio. **Inovação no campo da gestão pública local**: novos desafios, novos patamares. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

JAMESON, Frederic. **Pós-modernismo**: a lógica cultural do capitalismo tardio. São Paulo: Ática, 2002.

JAPIASSÙ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JOSEPH H. LAUDER INSTITUTE OF MANAGEMENT & INTERNATIONAL STUDIES and THE PENN LAUDER CENTER FOR INTERNATIONAL BUSINESS EDUCATION AND RESEARCH. **The future of the state**. University of Pennsylvania, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KERSTENETZKY, Célia Lessa; KERSTENETZKY, Jacques. **O Estado (de Bem-estar social) como ator do desenvolvimento: uma história das ideias**. p.2-35 (Textos para discussão 105). Disponível em: < <http://www.proac.uff.br/cede/serie-cede-de-textos-para-discussao>>.

KETLL, D. F. **The global public management revolution**. Washington: Brookings Institutions Press, 2000.

KLIKSBEG, Bernardo. **Repensando o estado para o desenvolvimento social: superando dogmas e convencionalismos**. Trad. Joaquim Osório Pires da Silva. São Paulo: Cortez Ed. 1998. (Coleção Questões da nossa época, v. 64) 92 p. Disponível em: << <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001314/131428POR.pdf>>> Acesso em: 25 out. 2015

KNIGHT, Jack. **The Rule of Law and Institutional Analysis**. Disponível em: <<https://www.uhbs-groe.org/user/image/knight.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

KOERNER, Andrei. **Direito e regulação: uma apresentação do debate teórico no Réseau Européen Droit et Societé**. In: ENCONTRO DA ANPOCS, 18, São Paulo, 2004. Seminário o Republicanismo e as Questões de Identidade da Comunidade e das Políticas Públicas. São Paulo: ANPOCS, 2004. (Paper)

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções científicas**, 8. ed. rev. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LAEGREID, Per and CHRISTENSEN, Tom. Democracy and administrative policy: Contrasting elements of NPM and post-NPM. EGPA ANNUAL CONFERENCE 'The Public Service: Public Service Delivery in the Information Age', Study Group VI, 2009 Malta: Governance of Public Sector Organizations, Malta, 2009. Paper

LARENTZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: Editora LTr., 2005.

LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais; considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LIMA, George Marmelstein. A Força normativa dos princípios constitucionais. **Revista da OAB –CE**, Fortaleza, v. 29. n°5, jan/jun, 2001.

LIMA, Raimundo Marcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba, Juruá, 2013.

LOBATO, Valter de Souza. **Estado democrático de direito; segurança jurídica, a correta forma de interpretação dos benefícios fiscais e a concretização dos direitos sociais**. Disponível em: <<https://www.sachacalmon.com.br/wp-content/.../Artigo-Valter-Livro-Sacha-final.pdf>> Acesso em: 09 jul. 2014.

LOPES, Julio Aurélio Vianna. **A invasão do direito**: a expansão jurídica sobre o Estado, mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1995. Coleccção Studia Juridica, 13, 1995

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica.. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. V.1

LYOTARD, François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

LYN, Laurence E. Jr. Gestão Pública. In: PETERS, Guy e PIERRE, Jon. **Administração pública**: coletânea. Brasília: ENAP, 2010.

MAGALHÃES, Alex Ferreira. Cidade, direito e democracia: A questão da ‘Agency’ e do ‘Rule of Law’ no cenário urbano. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 03, n. 01, p. 42-69.

MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.07.

MARQUES, Cláudia Lima. A Crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. **Revista Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, DF, v. 189, 1998.

MARQUES, João Batista. A gestão pública moderna e a credibilidade das políticas públicas. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, v.40 n. 158, p.223Brasília, pág. 223.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n.1, p.4, fev./mar./abr., 2005..

MATTOS, Aroldo Gomes de. Segurança jurídica tributária. **Revista Dialética Tributária**, São Paulo, n.75, 2001.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. **O Estado de risco e a burocratização do espaço democrático**. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br /institucional/ dir_gerais /dgcon/pdf/ artigos/ teoria_est/estado_risco_democratico.pdf>> Acesso em: 19 set. 2014.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor / CPGD-UFSC, 1994.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

.

MENDONÇA, Eduardo. **A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo**. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/ artigos/ Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT , 2008.

_____. Segurança jurídica e confiança legítima. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, p.227-231, jan./jul. 2008

_____; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MERTON, Robert K. **Social theory and social structure**; toward the codification of theory and research. Glencoe: Free Press, 1949.

MIGUEL, L. F. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação Política. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.25, p.25-38, nov, 2005.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p.86-94, out./dez. 2004.

MORAND, Charles. **Le droit neomoderno des politiques publiques**. Paris: LGDJ, 1999 (Col. "*Droit et Société*" v. 26).

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Eduardo. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Marcos (Coord.). **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, José Manuel ; ALVES, André Azevedo. Gestão pública: entre a visão clássica da administração pública e o novo paradigma da governação pública. **Revista Enfoques**, v. 7, n. 11, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Audiências públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 11-23, out/dez,1997.

MORIN, Edgar. **O Método 1. a natureza da natureza**. Trad. Ilana Heinberg. 2 ed. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. **Revista de Administração de Empresa**, São Paulo, n v. 53, n. 1 jan/fev. 2013.

MOUFFLE, Chantal. Penser lá démocratie moderne avec et contre Carl Schmidt. **Revue Française de Science Politique**, vol. 42, n.1, 1992.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. **Segurança jurídica e certeza do direito; realidade ou utopia num Estado democrático de direito?** Disponível em: <<https://www.jurid.com.br>>> Acesso em: 23 set. 2014.

NÓBREGA, J.F. **Introdução ao Direito**. 8.ed. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra, Coimbra, 2004.

O'DONELL, Guillermo. **Why the rule of law matters**. **Journal of Democracy**, v. 15, n.4, p. 32-46, oct., 2004.

_____. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 51, p.41-60, 1998,

_____. Acerca del estado, la democratización y algunos problemas conceptuales: una perspectiva latinoamericana con referencias a países poscomunistas. **Desarrollo Económico**, v.33, n.130, p.1-32, 1993,

_____. Estado, democratización y ciudadanía. **Revista Nueva Sociedad**, n. 128, p.62-87, nov.- dic. 1993.

OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. **Verba Juris**, v, 6, n. 6, jan./dez. 2007.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **Filosofia da política jurídica**: propostas epistemológicas para a criação da política do direito, Itajaí, UNIVALI, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Administração Pública Democrática e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/manaus/arquivos/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2014.

OLIVEIRA, Virgílio César da Silva. **Modelos de administração pública**. In: ADMINISTRAÇÃO pública contemporânea: política, democracia e gestão. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

_____. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **La ética en el servicio público**. Madri: Ed. MAP/INAP 1997.

_____. **Trust in government** – Ehtics measures in OECD countries, France, 2000.

OST, François. La régulation: des horloges et de nuages. In: OST, François ; JADOT, Benoi.(Dir.) **Elaborer La loi aujourd’hui mission impossible?** Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.

PASOLD, César Luiz. **Função social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/ SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **Revista de Administração de Empresas**, Rio de Janeiro, v.45, n.1, 2005.

PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3a. ed. Madrid: Civitas, 1999

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001. Publicación Alicante.

_____. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris/UFSC, 1994.

PÉREZ, Pascual Marím. **La política del derecho**. Barcelona: Bosh, 1963.

PETERS, Guy. **The politics of bureaucracy: an introduction to comparative public administration**, Chapter 6. New York, Routledge, 6.ed., 2010.

_____. **Bureaucracy and democracy**. Paper presented at the SOG/IPSA Conference New Public Management and the Quality of Government, Gothenburg, Nov. 13.-15, 2008.

_____. The changing nature of public administration: from easy to hard questions. **Public Policy and Administration Research Journal**, n.5, 2003.

PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v.41, n. 2,jul.\dec., 1998.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Sinopses Jurídicas, v.17 -)

PIRES, Nara Suzana Stainr. **As transformações do Estado Contemporâneo: uma abordagem sobre os direitos fundamentais e a efetividade das demandas dos cidadãos**. In: Disponível em: <http://piresadv.com.br/media/espaco_do_aluno/As_transformacoes_do_Estado_Contemporaneo.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2014.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta, 2007.

POLLITT, Christopher. **Managerialism and the public services**. Oxford: Basil Blackwell, 1990.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23.

_____. **Teoria tridimensional do direito** - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hughes. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo, Saraiva, 2007.

ROCHA, Arlindo Carvalho. *Accountability* na administração pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 14, n.2, mai/ago 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, , 1999.

ROCHA, Jean Paul Veiga da. **A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático** da regulação financeira.(Tese de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Trad. Joel Pimentel de Ulhoa. Brasília: UNB, 1997.

ROSAVALLON, Pierre. **Lá légitimité démocratique.la impartialité, réflexivité, proximité**. Paris: Seuil, 2008.

RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

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 em: <<https://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 4 set. 2014.

SANO, Hironobu. **Nova gestão pública o caso das organizações sociais paulistas**. São Paulo: FGV/EAESP, 2003, 113 p. Dissertação (Apresentada ao Curso de Pós-graduação na FGV/EAESP, Área de Concentração: Governo e Sociedade Civil no Contexto Local).

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da governação neoliberal: O Fórum Social Mundial como política e legalidade cosmopolita subalterna. : **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n.72, p. 7-44 out. 2005

_____. (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **A crítica da razão indolente; contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez 2000.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. 16. ed. Porto: B.Sousa Santos e Edições Afrontamento, 2010, p.42.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 77.

SANTOS, Hermínio. Políticas públicas, Estado e sociedade. **Revista de Ciências Sociais**, v. 5. n. 1, jan.-jun. 2005.

SANTOS, Maria Helena de Castro, (1997). Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-constituente. **Dados**: revista de ciências sociais, São Paulo, v. 40,n.3, p. 335-376, 1997

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: _____; FERRARESI, Elizabete. **Políticas públicas** (coletânea). Brasília: ENAP, 1996. v.2.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____ (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional e contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHEDLER, Andréas. Conceptualizing accountability In. Andreas Schedler, Larry Diamond, Marc F. Plattner (Eds.) **The self-Restraining State. Power and Accountability in new democracies**. Boulder and London, Lynne Rienner Publishers.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHUMACHER, Aluisio Almeida. **Comunicação e democracia**: fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa. 2000. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Política) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n.2, mar/abr, 2009,

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das letras, 2010.

SHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6,n.1, p. 213-252, jan-jun 2010.

SICCA, Gerson dos Santos. Vinculação, liberdade do administrador e racionalidade jurídica: elementos para o reforço da legitimação da atividade administrativa. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n. 86, abr. 2008.

SILVA, Alexandre Garrido; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: entre o *judicial self-restraint* e o *judicial activism*. In: MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). **Epistemologia e metodologia do direito**. Campinas: Millenium, 2011

SILVA, Almiro do Couto. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

SILVA, Celso Fraga da. Accountability e o controle social. In: CONGRESSO NACIONAL DE ADMNISTRAÇÃO PÚBLICA, 8. [Anais] 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, Malheiros, São Paulo, 2008.

SILVA, PLÁCIDO da. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. Ed. Universitária, 1998.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas públicas e administração pública. **Revista Sequência**, n. 64, p. 59, jul. 2012.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. **Elementos para uma cultura jurídica moderna**. In: host.uniroma3.it/.../ELEMENTOS_PARA_UMA_CULTURA_JURIDICA. Acesso em: 25/05.2015.

SOUZA, Carlos Alberto. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Teoria da Constituição e filosofia constitucional. In: _____; _____ **Direito Constitucional**; - teoria, história e métodos de trabalho. 2.ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, Jose Luiz de Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**, 8ª ed.. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STEWART, Frances. **Do we need a new great transformation?** is one likely? United Nations University (UNU) 2006 (Research Paper, UNU-WIDER, No. 2006/36.)

STOKER, Gerry. Governance as theory: five propositions. **International Social Science Journal**, v. 50, p. 155, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, , 1992.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: what Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and institutions**. *Chicago Public Law and Legal Theory Working*, 2002 (Research Paper Series, n. 28)

TASSINARI, Clarissa e NETO, Elias Jacob Menezes. **Constitucionalismo democrático, ativismo judicial e crise do estado: os limites de ação como condição para a legitimidade do poder judiciário na construção da democracia**. Disponível em: <<https://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=02a4f95155ad3032>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

TENÓRIO, Fernando Guilherme; SARAVIA, Enrique . Escorços sobre gestão pública e gestão social. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (org.). **Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____; _____. Gestão social: uma perspectiva conceitual In: TEM razão a Administração? Ensaio de teoria organizacional e gestão social. Ijuí (RS), Editora UNIJUÍ, 2002

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A crise da Modernidade e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.42, n.165, jan./mar. 2005,

TORRES, Ana Paula Repolês. A relação entre constitucionalismo e democracia: revisões periódicas e abertura interpretativa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 18 – jul./dez. p. 183-203, 2011, p.

TORRES, Ricardo Lobo. A segurança jurídica e os limites constitucionais ao poder de tributar. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.4, out./nov./dez., 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **A segurança jurídica do sistema de tributação**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-12/consultor-tributario-seguranca-juridica-sistema-tributacao>> Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Legislação que disciplina conselhos de políticas públicas: estudo**, Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993

ZAMARIAN, Livia Pitelli e JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. O fornecimento de segurança jurídica pela constituição através da prestação jurisdicional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 19, p.341-363, jan./jun. 2012.

ZETTEL, Bernardo e ALMEIDA, Maíra. **O debate sobre legitimidade constitucional na teoria do direito alemão à luz da teoria institucional**. Disponível em: <<https://www.publicadireito.com.br/artigo>>. Acesso em: 19 jul. 2015.