

**CONSTITUIÇÃO E EXPERIÊNCIA ENTRE PROMESSA E
GOVERNABILIDADE: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
PÚBLICO ATRAVÉS DO FOCO EM POLÍTICAS PÚBLICAS NOS 30 ANOS
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Saulo de Oliveira Pinto Coelho¹

Ricardo Martins Spindola Diniz²

Resumo: O presente trabalho busca compreender o Direito brasileiro, especialmente o direito público, a luz dos seus 30 anos de experiência sob a égide da Constituição Federal de 1988. Para fazê-lo, busca tematizar em que termos se estrutura ou acontece a experiência da Constituição, na indecidibilidade entre governabilidade e promessa. A historicidade da Constituição Federal de 1988, isto é, como emergiram as condições da sua inteligibilidade ora corrente no âmbito da comunidade jurídica brasileira, passa a ser compreendida a luz dessa estrutura. Concomitantemente, essa tematização oferece o caminho para se pensar o esforço de renovação que parece inerente à dimensão de promessa do Constitucionalismo, em sua incessante negociação e compromisso para com os imperativos de governabilidade. Esforço ou tarefa, por sua vez, que ajuda a expressar o sentido que o estudo, pesquisa e prática das políticas públicas assumem hoje no contexto do direito público brasileiro.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Direito Público; Constitucionalização; Renovação; Administração Pública

**CONSTITUTION AND EXPERIENCE BETWEEN PROMISE AND
GOVERNABILITY: THE CONSTITUTIONALIZATION OF PUBLIC LAW
THROUGH PUBLIC POLICIES IN THE 30 YEARS OF THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988**

Abstract: The present work seeks to understand Brazilian law, especially public law, in the light of its 30 years of experience under the aegis of the Federal Constitution of 1988. To do so, it seeks to thematize in what terms the structure of the Constitution happens historically, in the undecidability between governability and promise. The historicity of the Federal Constitution of 1988, meaning the coming to be of the conditions of its intelligibility now current within the scope of the Brazilian juridical community, can be understood through the grasping of this structure. Concomitantly, this thematization offers the way to think about the renewal effort that seems inherent in the dimension of promise of Constitutionalism, in its ceaseless negotiation and commitment to the imperatives of governability. This effort or task, in turn, helps to express the sense that the study, research and practice of public policies assume today in the context of Brazilian public law.

¹ Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da UFG. Vice-diretor da Faculdade de Direito da UFG. Professor Associado da Universidade Federal de Goiás – Brasil.

² Doutorando do Departamento de Filosofia e Teoria do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

Key-words: Public Policies; Public Law; Constitutionalization; Renovation; Public Administration.

1 INTRODUÇÃO: O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA

O presente trabalho busca compreender o Direito brasileiro, especialmente o direito público, a luz dos seus 30 anos de experiência sob a égide da Constituição Federal de 1988. Para fazê-lo, busca tematizar em que termos se estrutura ou acontece a experiência da Constituição, na indecibilidade entre governabilidade e promessa. A historicidade da Constituição Federal de 1988, isto é, como emergiram as condições da sua inteligibilidade ora corrente no âmbito da comunidade jurídica brasileira, passa a ser compreendida a luz dessa estrutura. Concomitantemente, essa tematização oferece o caminho para se pensar o esforço de renovação que parece inerente à dimensão de promessa do Constitucionalismo, em sua incessante negociação e compromisso para com os imperativos de governabilidade. Esforço ou tarefa, por sua vez, que ajuda a expressar o sentido que o estudo, pesquisa e prática das políticas públicas assumem hoje no contexto do direito público brasileiro.

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros. (COELHO, 2010, p. 98-115)

A partir desses autores, mas indo também além deles, é possível dizer que a experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*. (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de

categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica (como uma sua parte que não se restringe tão somente à formulação científica, abrangendo também a práxis e vivência social e política espontâneas). A ciência do Direito é uma parte da experiência jurídica; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performativamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra - ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que se resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

Como discutido abaixo, esse duplo movimento tem sido promovido no campo do direito público através de sua preocupação para com as políticas públicas e seu papel na constitucionalização da Administração Pública brasileira.

Assim, pode-se pensar o constitucionalismo e criticar o constitucionalismo brasileiro, apontando-se que ele o deveria ser uma experiência jurídico-social, enquanto

no Brasil se vive um estado de separação entre constitucionalismo como ciência, teoria constitucional, e constitucionalismo como vivência político-jurídica concreta.

2 O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO DOS ÚLTIMOS 30 ANOS

Desde a sua elaboração, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil teve o *passado-presente*³ – que aparecia, em alguma medida, como a origem da sua *verdade* – questionado e disputado. Circunstâncias as quais foram resumidas por José Eduardo Faria, (1989, p. 77) passados apenas um ano da promulgação da Constituição Cidadã, nas dificuldades que se apresentavam à sua interpretação, impossibilitada, para o autor, “em termos de identificação do sentido lógico de suas normas,” e sim “sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos” que transcenderiam a formalidade do seu texto, remetendo-se justamente aos jogos da sua história, à sua historicidade. Passado do qual o texto constitucional não deixava de representar uma reificação, (FERRAZ JR, 1989, p.9-10) e, concomitantemente, como que a sua preservação, na medida em que configurou as gramáticas dos eventos que a antecederam, - e que só poderiam se traduzir, diante de sua pluralidade e conflituosidade, em normas indeterminadas (FARIA, 1989, p. 66, 76) – vinculando o futuro à linguagem desse momento.

³ Por passado-presente quer-se indicar a relação temporal entre um texto constitucional e o evento ao qual ele se vincula e que, de fato, inaugurou um novo registro de positividade. Que textos constitucionais sejam textos que, diferentemente de outros textos legais, se ligam de maneira essencial ao seu advento é algo volta e meia destacado na dogmática jurídica. Trata-se de uma interpretação que busca compreender fenomenológica e temporalmente aquilo que dogmática e teoricamente vai enquadrado logicamente, por exemplo, quando se postula a relação entre poder constituinte e poder constituído. A construção dessa compreensão se faz, sobretudo, na esteira das interpretações avançadas por Arendt em *Sobre a Revolução*, e das leituras avançadas em torno do último Husserl, de Origem da geometria, em especial aquela de Jacques Derrida (ARENDR, 1990: 212-213; DERRIDA, 1989: 117; LINDAHL, 2013: 144, 201, 216). O fato dos debates constituintes aparecem prontos-à-mão nos esforços de interpretar certos dispositivos constitucionais em conjunturas nas quais o cânone da autonomia do objeto tem aceitação inquestionável é prova de tanto – bem como demonstra seus rastros hermenêuticos. Essa ligação tem o efeito, aqui se argumenta, de resumir ou sumarizar o passado que a antecede. Esse passado aparece, então, como o prelúdio que transmite o texto constitucional em seu sentido. No caso brasileiro, esse passado resumido ou abreviado continua até hoje sendo objeto de disputa política e jurídica, especialmente no tocante a relação entre o Estado de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988 e a Ditadura Militar – se essa inauguração seria uma ruptura com esse passado, ou a sua consumação. Entretanto, essa sumarização pode ser e normalmente é mais ampla – na medida em que a realidade anterior a um texto constitucional pode ser interpretada em termos próximos àqueles que foram lançados, por exemplo, para dar conta da relação entre Revolução e Antigo Regime. Assim, pode-se compreender o texto constitucional como o ponto de partida para a afirmação do público e do comum contra os particularismos e privilégios. No Brasil, as compreensões de Lenio Streck e Luiz Roberto Barroso seriam exemplos dessa estratégia.

Entretanto, qualquer momento concreto da experiência constitucional brasileira é, invariavelmente, sempre no modo dessa tensão entre passado-presente, e aí estaria o jogo, retendo consigo uma profundidade e ambiguidade da qual se pode desviar, ou, decisivamente, enfrentar as possibilidades trazidas como efeito nas ranhuras e tensões advindas da sobreposição das camadas de sentido, retomando-as às margens da realidade efetiva. Assim, não seria impossível arriscar uma formalização indicativa da experiência constitucional dos últimos trinta anos (ressaltadas a posição, visão, e concepção prévias que aparecem sem se fazer presentes) a partir dessa dicotomia, de um confronto entre diferentes modalidades de ser, entre o esquecimento no habitual e atual, e a possibilidade de se inscrever o estranho naquilo que é comum, distanciando aquilo que vai mais próximo e que, justamente por isso, passa despercebido se comparado ao cotidiano daquilo que aparece pronto à mão. A tensão entre promessa (o que está listado no texto, mas não se faz presente na realidade) e governabilidade (o que muitas vezes é o que determina e vincula a realidade constitucional, embora por vezes em detrimento da promessa) é a chave que se nos aparece como a explicar o fenômeno constitucional atual.

Entre uma e outra, ou na contraposição de uma com a outra reside, talvez, a diferença entre o programa constitucional – ou mesmo o “paradigma constitucional” – e uma decisão constitucional. Não parece exagerado dizer que se buscou articular, inicialmente, o sentimento ou o projeto de mudança, o “sentimento da força normativa da Constituição,” talvez, com recurso ao conceito de paradigma – referenciando-se, bem ou mal, o sentido muito peculiar que respondeu a essa palavra Thomas Kuhn. Nomes-fundadores da linguagem constitucional atual escreviam no seu acontecer e nos dias e anos imediatamente posteriores ao acontecimento sobre a necessidade, ou mesmo a inexorabilidade, de uma “mudança de paradigma.”

É de todo curioso que o conceito de paradigma tenha sido articulado para advogar a apreensão da situação hermenêutico-jurídica da passagem do regime ditatorial à novíssima república como um momento de crise, quando, invariavelmente, aquilo que o conceito designa de mais profícuo, isto é, o paradigma como artefato excludente que estaria ao centro da constituição e do isolamento das comunidades científicas, traga consigo duas particulares e concomitantes consequências dessa totalidade conjuntural: na mesma medida em que crises são inevitáveis, e que é na atualização de um paradigma que se aproxima a sua ruptura, elas também o são imprevisíveis paradigmaticamente. O apagar dos traços da interrupção, do arbítrio, da decisão, e,

portanto, da historicidade, é o que um paradigma enquanto *tecnologia* faz por excelência, abrindo, com isso e por sua vez, a possibilidade de se falar e viver o progresso sem rupturas – e sem decisões, e sim programas de pesquisa.

Uma decisão, por definição, não pode se prever como acertada, como boa, havendo consigo sempre risco e sacrifício, que não é nada senão essa abertura de um espaço de experiência – o que poderia ser indicado, talvez, pelo nome de “liberdade,” não enquanto propriedade, ou mesmo condição de possibilidade, mas como êxtase, como o fora-de-si da existência – que interrompe o futuro-limite do horizonte de expectativas. E, por conseguinte, uma decisão pela mudança de paradigma é uma contradição em termos – e é difícil decidir se essa contradição seria uma “tensão essencial,” na esperança de que o conceito e a crítica do modo paradigmático da prática científica possa conviver com suas conquistas, ou, aquilo que deve ser esquecido como o custo a se pagar pelo progresso das ciências. Paradigmas não mudam por si – quando mudam, sucedem-se apagando a mudança e renovando retrospectivamente uma continuidade sempre já prospectiva –, e nem deixam ruínas. Mudanças de paradigma não são superações dialéticas (*Aufhebung*), estando mais próximos de negações absolutas. Entretanto, negações absolutas contêm em si o “mal infinito” de que falava Hegel. Não conseguem realmente efetuar uma superação, dado que não assumem dialeticamente (não fazem a memória) aquilo que negaram. Negações absolutas são paradoxais porque tem sua origem absoluta naquilo que negaram na mesma medida em que se esquecem daquilo que negaram (contentando-se com a descrição imediata daquilo que negaram, e não buscando a memória viva, permanentemente crítica, daquilo que negaram e da sua própria existência frente aquilo que foi negado). O constitucionalismo precisa ser pensado e vivenciado como experiência, e como uma experiência de memória e *práxis*, teoricamente auto descrita, mas permanentemente conectada à realidade. Necessita, assim, de ser pensado e vivenciado como memória, permanentemente crítica e regenerativa do movimento passado-presente que deveria orientar uma conexão mais intensa, clara e estruturada, entre projeto e decisões constitucionais. Mas, não sucede ser assim a experiência patológica do constitucionalismo brasileiro.

2.1 CONSTITUIÇÃO ENTRE PROMESSA E GOVERNABILIDADE

O direito é, em alguma medida, tecnologia. Ou, talvez, melhor seria dizê-lo: a imperatividade do direito moderno é tecnológica, no movimento linear em que se reduz

positividade e normatividade à positivação e se transforma a pessoa de direito em ponto de imputação. Esse movimento poderia ser lido, por exemplo e também, no enquadramento efetuado pela categoria de poder constituinte. E, de todo modo, poderia ser aproximado, de um lado, como que a explicar o porquê da decisão quanto ao começo do processo constituinte – se em 1964, no comentário de Moreira Alves aos constituintes para quem, na figura de presidente do Supremo Tribunal Federal explicitava o sentido jurídico da constituinte; (KOERNER; FREITAS, 2013, p. 148 e ss.) se nos últimos anos do regime – poder ser suspensa, suspensão que permitira a transformação da primeira posição em um pressuposto jurídico-metodológico, o pressuposto da “tradição república,” de interpretação normativa do texto constitucional atualizado programaticamente, mas raramente anunciado, até os dias de hoje no contexto daquela jurisdição. Muito embora sejam outros os seus membros, outras as narrativas, e mesmo que se defenda, como já o fez Luís Roberto Barroso, que a história constitucional brasileira comece com a Constituição Federal de 1988, (BARROSO; BARCELLOS, 2010,p. 271-273) a ruptura entre projeto constitucional democrático e social, de um lado, e a prática de tomada de decisões que suspendem esse projeto, de outro, parece ser algo reiterado, ainda que agora de maneira sutil (e não mais explicitamente, como nos anos 1960) em nossos dias.

Talvez, portanto, a superficialidade de 30 anos de história de progresso – com o professado esgotamento da tarefa de uma série de ações constitucionais, voltadas para a constitucionalização do direito posto, em vias de finalização, ainda que a decisão pelo que se entende por constitucionalização nunca se possa dar por finalizada, senão pelo programa do neoconstitucionalismo. Se se indica uma proximidade escandalosa talvez entre um e outro posicionamentos, se o faz para indicar o que um tratamento dos modos de ser da comunidade jurídica informado pelo conceito de paradigma deveria ter que enfrentar – nada mais que a impropriedade da história, que resiste a quaisquer apropriações imediatas, suspendendo-as justamente.

De outro, tal interpretação revelaria também seus limites, porque todo texto é mais que a sua encarnação na atualização da identidade por exclusão de uma comunidade. Em outras palavras, o direito também seria experiência – muito embora essa contraposição, entre experiência e tecnologia deva ser interpretada como estritamente ontológica, não se podendo falar, portanto, em uma experiência originária desvirtuada por um modo de ser tecnológico, e da necessidade de sua purificação, porque a apropriação mesma dessa origem depende suplementarmente da tecnologia, e,

por conseguinte, da possibilidade de sua repetição. Entretanto, a conquista da possibilidade de outra interpretação se faz tão somente no enfrentamento desse limite – e pensar a experiência dos 30 anos da Constituição na sua historicidade talvez seja o esforço de se decidir por essa posição, ainda que nem sempre com o cuidado exigido, muito prontamente esquecido na articulação de uma série de clichês que se amontam também nesses 30 anos.

Especificamente quanto à forma constitucional, a articulação que ora se imagina em resposta às palavras conquistadas em oposição, experiência e tecnologia, poderia ser lida na distinção de sentidos atribuídos ao texto constitucional, ora como fundamento de crítica da violência, ora como instrumento de governo – que não poderiam deixar de indicar duas dimensões das constituições modernas, uma normativa, outra funcional. Efetivamente, se se volta para aquilo que vai interpretado retrospectivamente como o princípio da forma constitucional, o caso *Marbury v. Madison* lido a contrapelo apareceria mais como a abertura e conquista de outro espaço de disputa pelo controle governamental, (BALKIN; LEVINSON, 2003, p. 262; TUSHNET, 2004, p. 538-543) do que a garantia de que essas disputas não desvirtuariam a decisão advinda do fazer-se presente do povo naqueles momentos constitucionais de alta política, (ACKERMAN, 1984: 1022-1023) na medida em que se encontraria na jurisdição constitucional um fórum de princípio que garantiria a continuidade da identidade comunitária. A não ser que se conceda, por exemplo, que *Lochner v. State of New York*, caso decidido dois anos após o centenário da decisão que teria concretizado a forma constitucional, (PINTO, 2004, p.190) em que se declarou a inconstitucionalidade de uma lei trabalhista que limitava, fundada em um exercício curioso de poder de política, o número de horas diárias trabalháveis por padeiros, seja um bom exemplo a iluminar a história institucional daquele tribunal – bem como o papel da jurisdição constitucional. Segundo a corte, a lei teria violado o devido processo legal ao arbitrariamente limitar o direito de contratar. Trata-se de caso que cristaliza uma cadeia casuística das primeiras décadas do séc. XIX em que a Suprema Corte se interpreta como uma corte de defesa da ordem econômica e social indisputável por princípio frente à política. (SCHMITT, 2015: 81; BERCOVICI, 2013, p. 127-129)

Se se volta para o Supremo Tribunal Federal e para a sua atuação nos últimos 30 anos, dificilmente a corte não aparecerá também, e talvez mesmo centralmente, como uma jurisdição de governabilidade. (BENVINDO, 2010, p.99-100) Aquém da atualização jurisdicional do texto constitucional, residiria “a promessa de um

constitucionalismo revolucionário,” para se valer da expressão de Johan van der Walt. (2005, p. 42-43) Essa promessa, todavia, não seria uma ideia regulativa, nem mesmo um sentido originário desvirtuado, e sim a manifestação de negociações para com o imperativo da governabilidade com vistas a decidir pela menor violência a cada caso, sem deixar que o seu silêncio a permita se confundir pela razão de uma otimização. Um lapso jurídico, (NANCY, 2003, p. 169) portanto, que anunciaria um excesso, nada mais que o ato de resistência às forças de privatização do espaço público.

Talvez seja a falta de guarda perante esse silêncio que dá azo à vontade de totalidade do constitucionalismo como resposta à crise do Direito, reduzindo sua normatividade à política da Constituição, (CASTANHEIRA NEVES, 2008, p. 51-56) – ou a justiça à justificação – então entendida, explícita ou implicitamente, como instrumento de governo. Uma guarda que exigiria um esforço de pensamento no limite indecível entre esses dois lados da forma constitucional. Procura-se destacar, no que se segue, como o voltar-se dos estudos no campo do direito público para as políticas públicas ressoa diretamente com essa tarefa, uma sua tradução que se lança a resolver a tensão entre governabilidade e promessa.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E A RENOVAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO

A discussão e a pesquisa sobre políticas públicas no Brasil, embora de interesse recente para os juristas, com a literatura especializada identificando os anos 1990 como o momento em que o tema “ganha presença no universo do direito no Brasil”, (BUCCI, 2013, p. 9) tem uma história mais longa, estando intrinsecamente ligada às temáticas da Administração Pública e do desenvolvimento, a preparar, de certo modo, a maneira pela qual essas realidades se transcrevem para o texto constitucional, o qual informa de maneira central, por sua vez, a relação que contextualiza as contribuições para esse volume, isto é, a relação entre Direito, Constituição e Políticas Públicas. Atentar-se a essa história como esforço de apresentação parece, portanto, ser algo justificável.

Segundo Bernardo Sordi, (2011,p.25) o poder administrativo e aquilo que eventualmente passou-se a designar por *administration publique* tem suas raízes no Antigo Regime, especificamente no seu paulatino aumento de complexidade, direcionando-o para outras estruturas que não aquelas organizadas em torno de categorias estritamente jurisdicionais. Essas novas formas de governabilidade, com seus respectivos módulos normativos, serão não inventados e sim catalisados pela Revolução de 1789, ao se apossar dessa gramática incipiente para reorganizar o Estado e

conceitualizar e descrever o poder público. (2011, p. 26) Do final do séc. XVIII em diante, essas transformações se consolidarão na noção de direito administrativo, com a conceituação de uma “legalidade administrativa,” concomitantemente a articulação da Administração Pública como um poder e a sua fundamentação *qua* limitação na legalidade, normativamente embasada na concepção de lei daquele período e da correlativa interpretação de direitos individuais, assumindo o posto de pilares pretensamente insubstituíveis da articulação do fundamento de vinculação e integração normativas da vida em comum na Europa continental. (2011, p. 30-31)

Desenvolvimento distinto se verificou no contexto anglo-americano, com o aparecimento de uma esfera administrativa distinta do legislativo e do judiciário encontrando, ao menos no começo e durante o séc. XVIII, uma série de obstáculos, dentre eles e principalmente, no nível organizacional, a importância do governo local, em detrimento de soluções centralizadoras, e, em um nível intelectual, a persistência de um ideal não-burocrático de autogoverno, a impedir tendências de burocratização por vias jurídicas do serviço público. (2011, p. 33) Essas tendências deixariam suas marcas na cultura jurídica, muito embora, ainda segundo Sordi, (2011, p. 34) no final do séc. XIX as demandas por regulação e serviços públicos, exigidas por uma sociedade cada vez mais complexa, teriam convergido na necessidade de um “direito administrativo digno desse nome.”

Essa interpretação pode ser complementada por uma análise não da Administração Pública como realidade governamental, ou como prática, e sim como disciplina, onde se faz sentir de maneira particularmente marcante o contraste delineado por Sordi. Nas palavras de Marta Ferreira Santos Farah, (2011, p.815) ao contrário da Europa Continental, a Administração Pública enquanto disciplina, entendida assim na sua formação para a prática, isto é, na formação da crescente burocracia governamental, seguiu especificamente nos Estados Unidos uma tradição “científica.” Amparada na distinção forte entre administração e política, (OSZLAK, 1982, p. 18-21) a administração pública “era vista, assim, como uma ciência ‘livre de valores’, cuja missão era contribuir para que a administração governamental ‘funcionasse’ de forma eficiente e econômica.” (FARAH, 2011, p.815) Esse esvaziamento da dimensão política, por sua vez, engendraria o campo à busca de princípios gerais para qualquer administração, vingando em uma dicotomia entre uma ciência aproximada da ciência política, e focada na atuação do governo, e outra “na consolidação da vertente da ciência administrativa.” (FARAH, 2011, p. 816)

Destacar o desenvolvimento norte-americano se justifica em razão de sua importância e influência na concepção e categorização no contexto brasileiro. Conforme investigado por Farah, (2011, p.823) o nascimento da Administração Pública como disciplina no Brasil se dá a partir dos anos 1930, com um objetivo semelhante: o treinamento de servidores para a administração pública moderna.

Diante de uma prática da administração pública interpretada como “fortemente caracterizada pelo patrimonialismo e pelo clientelismo”, o esforço de consolidação de uma administração pública moderna, ao qual contribuiria o seu estudo científico, se apresentaria como um confronto para com essa “gramática política,” caracterizada, sobretudo, como a “apropriação do público pelo privado.” Institucionalmente, um marco inicial desse movimento seria a criação do Departamento de Administração do Setor Público (DASP) em 1938, caracterizada por uma compreensão da administração pública orientada pelo princípio da eficiência e por uma “perspectiva de racionalização e a ideia de neutralidade dos princípios da administração”, uma e outra articuladas pela intensa leitura de autores norte-americanos. (2011, p. 824) Influência que se veria oficializada em 1959 pela assinatura de um convênio entre Brasil e Estados Unidos da América de modo a viabilizar a formação de profissionais do primeiro nas instituições do segundo, e a vinda de profissionais do segundo para lecionar em instituições do primeiro. (2011, p. 825)

Essa proximidade ajuda a explicar a concomitância da incorporação do estudo de políticas públicas pela ciência da Administração Pública em ambos os países. (2011, p.827) Há, contudo, particularidades que, especialmente no tocante ao caso brasileiro, evidentemente, analisadas, ajudam na apropriação da historicidade da virada do direito para a problemática das políticas públicas.

De 1950 em diante, mais intensamente entre o final da década de 1960 e início da década de 1970, a discussão da Administração Pública paulatinamente se viu implementada pela análise de políticas públicas, o que, nos Estados Unidos, se catalisará com a formação de escolas especializadas aglutinadas em um “movimento” que visava e acabaria por reorientar a “educação profissional para o serviço público em torno do tema da análise das políticas públicas.” (2011, p.819) No Brasil se teria algo parecido na implementação da temática, muito embora esse processo tenha se dado aqui com a incorporação da orientação para o desenvolvimento. (2011, p. 826) Em outras palavras, a formação do servidor público na análise de políticas públicas seria um

requisito para o desenvolvimento, compreensão que entrará em declínio após “o apogeu da reforma administrativa nos anos 1960” e se encerrará nos anos 1970. (2011, p. 828)

Posteriormente, a partir da década de 1980, “o planejamento e a política nacional de desenvolvimento” seriam “totalmente abandonados pelo Estado”, segundo Gilberto Bercovici, (2005, p.60) na medida em que as preocupações para com a transformação da realidade socioeconômica brasileira rescindiriam diante da manutenção do *status quo* engendrado pela Ditadura Militar, e interpretado, de certo modo, como a finalização do processo de modernização. (2005, p. 29-30)

A reabertura desse debate e dessas preocupações estaria vinculada ao acontecimento da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional carregaria a situação hermenêutica necessária para a retomada na totalidade conjuntural do direito de uma concepção de desenvolvimento, contraposta à noção de modernização, como “condição necessária para a realização do bem-estar social” a ser realizada, inclusive como seu fundamento de legitimidade, pelo Estado, em atuação ampla e intensa visando a modificação das estruturas socioeconômicas e, assim, a integração social e política da totalidade da população. (2005, p. 51-52)

3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO ATRAVÉS DO DEBATE SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nesse esforço de retomada, a Administração Pública e o direito administrativo apareceriam centrais, como instância e linguagem de atualização e concretização do direito constitucional. A concepção dessa tarefa, contudo, e talvez aí esteja o nexos vital do início da abordagem jurídica das políticas públicas, se chocaria com a compreensão dominante do direito administrativo, e a articulação de sua superação se construiria exatamente por uma reflexão do sentido dessa categoria assumidamente estranha à tradição jurídica. Em outras palavras, pensar juridicamente as políticas públicas assumiu imediatamente o sentido de constitucionalização do direito administrativo e da Administração Pública, e mediatamente a busca pelo desenvolvimento e transformação da realidade brasileira a partir da efetivação de direitos fundamentais.

A linguagem do direito administrativo e a organização normativa da Administração Pública brasileira pressuporiam uma concepção ultrapassada de lei – a explicar em parte porque, durante o governo Kubistchek, as transformações circunstanciais da realidade da Administração Pública se deram às margens dos textos legais, sem articular qualquer alteração nas suas duas dimensões jurídicas ora indicadas.

(BERCOVICI, 2005, p. 73) A conjuntura jurídica pressuporia, portanto, uma noção de “lei-norma,” quando o Estado se manobrar e praticaria a partir de uma compreensão da lei como decisão, estruturada de maneira finalística e com vistas à organização de dinâmicas de realização de objetivos. (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 585-611) Especificamente quanto ao direito administrativo, ter-se-ia segundo Eros Grau, uma sua autocompreensão centrada em um “conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa”, quando o necessário seria um seu entendimento como “regulação da ação do Estado, voltada à satisfação do social.” (GRAU, 2002, p.262) Posto desse modo, passa-se a entender também porque a abertura do conhecimento jurídico-administrativo à complexidade das políticas públicas implicaria na sua setorialização e fragmentação e em que medida o pensamento do Estado seria uma resposta de unidade, conforme propõe Bercovici. (2005, p. 63) Em outras palavras, uma atualização diante da experiência jurídica que se pressupõe a presente reflexão, o pensar da Constituição serviria de fundamento e guia à reestruturação do campo do direito público com um enfoque na análise de políticas públicas.

Reestruturação que implicaria, especificamente, na superação da concepção tradicional de direito administrativo por outra mais adequada à realidade constitucional advinda – uma primeira para a defesa do indivíduo, a segunda para a organização do Estado. (GRAU, 2002, p. 261-263) Enquanto a primeira concepção permitiria a tradução dessas regras através das categorias de normas e atos, a segunda, centrada na noção de políticas públicas, acarretaria, segundo Comparato, (1998, p. 44) por sua vez, em sua distinção nítida dos elementos tradicionais da realidade jurídica. Para o autor, esses módulos normativos tradicionais seriam englobados em uma atividade, a atividade da política pública, a partir da qual e no contexto do Estado Social, “a lei perde a sua majestade de expressão por excelência da soberania popular,” assumindo o papel de “mero instrumento de governo” dado que inserida “no quadro de políticas governamentais” e tendo por função “não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes”, mas a solução de questões de conjuntura, o direcionamento, por meio de incentivos e desincentivos, no âmbito empresarial, e a regulação de procedimentos no campo administrativo. (1998, p. 45)

As políticas públicas seriam, portanto, na definição hoje generalizadamente aceita de Maria Paula Bucci Diniz, “um programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados visando coordenar os

meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (2006, p.39) Definição que explícita ou implicitamente acaba por se comunicar com todos os textos aqui reunidos, dado que, segundo Diogo R. Coutinho, (2013, p. 4, 24) tratar-se-ia de conceito e realidade, de realidade efetiva, que contestaria diretamente a formação jurídica tradicional ao mesmo tempo que indicaria uma solução para a cinquentenária crise do ensino jurídico. Para o autor, a proximidade prática – tanto institucional quanto normativa – das políticas públicas para com os juristas exigiria, e acabaria por promover, o encurtamento da distância acadêmica, na medida em que a análise dessa realidade necessitaria uma abertura para a interdisciplinaridade e o abandono do conceitualismo característico de certa dogmática jurídica em direção da experiência e da *práxis*.

4 CONCLUSÃO

Desde a sua elaboração, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil teve o passado-presente – que aparecia, em alguma medida, como a origem da sua verdade – questionado e disputado. Circunstâncias as quais se resume nas dificuldades que se apresentavam à sua interpretação, impossibilitada, para o autor, “em termos de identificação do sentido lógico de suas normas,” e sim “sempre (re)construída a partir de critérios extrajurídicos” que transcenderiam a formalidade do seu texto, remetendo-se justamente aos jogos da sua história, à sua historicidade. Passado do qual o texto constitucional não deixava de representar uma reificação, e, concomitantemente, como que a sua preservação, na medida em que configurou as gramáticas dos eventos que a antecederam, - e que só poderiam se traduzir, diante de sua pluralidade e conflituosidade, em normas indeterminadas – vinculando o futuro à linguagem desse momento.

A partir da década de 1980, “o planejamento e a política nacional de desenvolvimento” seriam “totalmente abandonados pelo Estado”, na medida em que as preocupações para com a transformação da realidade socioeconômica brasileira rescindiriam diante da manutenção do *status quo* engendrado pela Ditadura Militar, e interpretado, de certo modo, como a finalização do processo de modernização. A reabertura desse debate e dessas preocupações estaria vinculada ao acontecimento da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional carregaria a situação hermenêutica necessária para a retomada na totalidade conjuntural do direito de uma concepção de

desenvolvimento, contraposta à noção de modernização, como “condição necessária para a realização do bem-estar social” a ser realizada, inclusive como seu fundamento de legitimidade, pelo Estado, em atuação ampla e intensa visando a modificação das estruturas socioeconômicas e, assim, a integração social e política da totalidade da poluição.

Nesse esforço de retomada, a Administração Pública e o direito administrativo apareceriam centrais, como instância e linguagem de atualização e concretização do direito constitucional. A concepção dessa tarefa, contudo, e talvez aí esteja o nexo vital do início da abordagem jurídica das políticas públicas, se chocaria com a compreensão dominante do direito administrativo, e a articulação de sua superação se construiria exatamente por uma reflexão do sentido dessa categoria assumidamente estranha à tradição jurídica. Em outras palavras, pensar juridicamente as políticas públicas assumiu imediatamente o sentido de constitucionalização do direito administrativo e da Administração Pública, e imediatamente a busca pelo desenvolvimento e transformação da realidade brasileira a partir da efetivação de direitos fundamentais. Assim, pensar o direito público como direito das políticas públicas é dar continuação ao seu papel de efetivo elemento de tensão da dicotomia promessa constitucional e governabilidade. No direito administrativo não constitucionalizado, a governabilidade é, a fim e a fundo, o elemento principal das tomadas de decisão, deixando o lícito/ilícito um papel de ‘código débil’. Com as políticas públicas enquanto enfoque principal do direito público é possível pensar em uma transformação do elemento ‘promessa constitucional’, assumido então como o eixo central das tomadas de decisão, com o binômio ‘constitucional/inconstitucional’ como um código forte a orientá-las, bem como a governabilidade delas mesmas.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. Storrs Lectures: Discovering the Constitution. **The Yale Law Journal**, v. 93, p. 1013-1072, 1984.

ARENDT, Hannah. **On Revolution**. Nova York: Penguin Books, 1990.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Stanford. What are the facts of Marbury v. Madison? **Constitutional Commentary**, v. 20, p. 255-281, 2003.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *In*:

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. (org) **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism**. Berlim: Springer-Verlag, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. **Lua Nova**, v. 89, p. 107-134, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org) **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006

CASTANHEIRA NEVES, António. **A instituição dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CASTANHEIRA NEVES, António. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do future. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org) **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito. **Quaestio Iuris**, v. 10, n. 3, p. 1178-1735, 2017.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 1, p. 98-115, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 138, p. 39-48, 1998.

COUTINHO, Diogo. O Direito nas Políticas Públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA; Carlos Aurélio Pimenta de. (org) **Política Pública como Campo Disciplinar**. São Paulo: UNESP, 2013.

DERRIDA, Jacques. **Edmund Husserl's Origin of Geometry**: an introduction. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Administração pública e políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 45, n. 3, p. 813-836, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil Pós-Constituinte**. São Paulo: Graal, 1989.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. O Legado da Revolução. **Síntese Nova Fase**, v. 47, p. 5-11, 1989.

GRAU, Eros. O Estado, a liberdade e o direito administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 97, p. 255-256, 2002.

HUSSERL, Edmund. The Origin of Geometry. Trad. de David Carr. *In*: DERRIDA, Jacques. **Edmund Husserl's Origin of Geometry: an introduction**. Trad. de John P. Leavey Jr. Lincoln: University of Nebraska Press, 1989.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. **Lua Nova**, v. 88, p. 141-184, 2013.

LINDAHL, Hans. **Fault Lines of Globalization: legal order and the politics of a - legality**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

NANCY, Jean-Luc. Lapsus judicii. Trad. de Simon Sparks. *In*: NANCY, Jean-Luc. **A finite thinking**. Stanford: Stanford University Press, 2003.

OSZLAK, Oscar. Políticas Públicas e Regimes Políticos: Reflexões a Partir de Algumas Experiências Latino-Americanas. **Revista de Administração Pública**, v. 16, n. 1, p. 17-60, 1982.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araujo. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito**. 2004. 417 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

SCHMITT, Carl. The guardian of the constitution. Trad. de Lars Vinx. *In*: VINX, Lars. (org.) **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 79-173.

SORDI, Bernardo. Révolution, Rechtsstaat, and the Rule of Law: historical reflections on the emergence of administrative law in Europe. *In*: ACKERMAN, Susan Rose; LINDSETH, Peter L. (org.) **Comparative Administrative Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, v. 37, p. 523-553, 2004.

WALT, Johan van der. **Law and Sacrifice**. Nova Iorque: Birbeck Law Press, 2005.