

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA - MESTRADO**

THATHYANA WEINFURTER ASSAD

**DA LIBERDADE DE AÇÃO DO AGENTE PÚBLICO À LUZ DOS CONCEITOS DE
LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN**

CURITIBA

2011

THATHYANA WEINFURTER ASSAD

**DA LIBERDADE DE AÇÃO DO AGENTE PÚBLICO À LUZ DOS CONCEITOS DE
LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia - Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Augusto Ramos

CURITIBA

2011

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

A844d Assad, Thathyana Weinfurter
2011 Da liberdade de ação do agente público à luz dos conceitos de liberdade de
Isaiah Berlin / Thathyana Weinfurter Assad ; orientador, Cesar Augusto Ramos.
- 2011.
106 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba,
2011.
Bibliografia: f. 99-106.

1. Filosofia. 2. Liberdade. 3. Legalidade. 4. Servidores Públicos. 5. Berlin,
Isaiah – Sir. I. Ramos, Cesar Augusto. II – Pontifícia Universidade Católica do
Paraná. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. III. Título.

CDD 20. ed. 100



Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Centro de Teologia e Ciências Humanas

ATA Nº. 082/PPGF – DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Aos vinte e nove dias do mês de agosto de dois mil e onze, às catorze horas na sala de defesa de dissertações do Centro de Teologia e Ciências Humanas desta Universidade realizou-se a sessão pública de defesa da dissertação da mestrand **Thathyana Weinfurter Assad** intitulada: DA LIBERDADE DE AÇÃO DO AGENTE PÚBLICO À LUZ DOS CONCEITOS DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN. A Banca Examinadora foi composta pelos professores: Dr. Cesar Augusto Ramos, Dr. Horacio Luján Martínez e Dr. André Peixoto de Souza. Após a instalação dos trabalhos pelo presidente da banca, professor Cesar Augusto Ramos, a candidata fez uma exposição sumária da dissertação, em seguida procedeu-se à arguição pelos membros da banca e à defesa da candidata. Encerrada essa fase, os examinadores, em reunião reservada, apresentaram suas avaliações, tendo considerado a candidata aprovada em sua defesa de dissertação conforme as notas e o conceito registrados abaixo. Após a proclamação dos resultados, o presidente da banca conferiu a candidata o título de Mestre em Filosofia. Encerrados os trabalhos às 15 h 25 min. lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

MEMBROS DA BANCA	ASSINATURA	NOTA
Prof. Dr. Cesar Augusto Ramos		9.5
Prof. Dr. Horacio Luján Martínez		9.0
Prof. Dr. André Peixoto de Souza		10.0

MÉDIA FINAL	9.5	CONCEITO	A
-------------	-----	----------	---

CIENTE

Prof. Dr. Ericson Sávio Palabretti
Coordenador do Programa de Pós-Graduação
em Filosofia - *Stricto Sensu*

A Jesus Cristo, o mesmo ontem, hoje e eternamente (Hb, 13:8).

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido, Marcelo, bênção de Deus em minha vida, por todo amor, apoio e compreensão.

Aos meus pais, Wasfi e Selma, por terem possibilitado meus estudos e pelo amor incondicional. Pelos valores transmitidos, que hoje integram meu caráter. Pela dedicação e sinceridade com que me ensinaram a enfrentar as vicissitudes da vida.

A minha avó, Maria, exemplo dos exemplos de garra e superação.

Ao orientador, Prof. Dr. Cesar Augusto Ramos, com quem muito aprendi durante o curso, pela dedicação e paciência com que direcionou o trabalho.

A Carolina Lopes Pinheiro, por sua leal amizade, por ter acompanhado a produção deste trabalho e ajudado nas horas de angústia, pelas honestas palavras nos momentos mais difíceis.

A todos os professores do Programa de Pós-graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pelos ensinamentos transmitidos.

A Antonia Poletini, sempre atenciosa e prestativa.

“Se a liberdade de escolher a própria escola, os próprios empregados e o lugar onde vai se morar é simplesmente algo que todos queremos, tal como o ar-condicionado ou lagostas, então não temos o direito de nos apegar a essas liberdades em face do que aceitamos como os direitos dos outros a uma igual quota de respeito e recursos. No entanto, se pudermos dizer não simplesmente que desejamos essas liberdades, mas também que temos direito a elas, teremos pelo menos estabelecido uma base para exigir um compromisso.” (DWORKIN, 2010, p. 411)

RESUMO

No presente trabalho, pretende-se, a partir dos dois sentidos de liberdade formulados por Isaiah Berlin, em *Dois Conceitos de Liberdade*, quais sejam, o positivo e o negativo, explicitar o reflexo dessa concepção dual na questão jurídica da liberdade do agente público, especialmente no que tange a atos de competência discricionária (quando a lei deixa opções de atuação). Para I. Berlin, filósofo político que escreveu os ensaios sobre a liberdade, destacando-se em importância após isso, a liberdade ou é negativa (pela ausência de impedimentos e/ou constrangimentos), ou positiva (pela autonomia da vontade do sujeito). A partir dessa premissa filosófica, far-se-á o estudo acerca de seu possível encaixe, ou não, à liberdade que tem o agente público no seu atuar na Administração Pública, ou seja, se pode ela ser conceituada como negativa ou positiva, ou, ainda, se nenhuma das duas satisfaz. Para isso, adentrar-se-á, primeiramente, ao conceito de agente público e ao princípio jurídico da legalidade, exposto de forma diferente nas esferas constitucional, penal e administrativa. Isso porque, conforme se verá, enquanto o princípio geral da legalidade (inserto na Constituição e também no Código Penal) determina que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o princípio da legalidade especificamente aplicável no âmbito administrativo preconiza que o agente público somente pode agir se a lei assim o permitir. Assim, sua liberdade está limitada à legalidade, levando-se em conta a supremacia do interesse público. Se, então, a liberdade em sua concepção positiva, conforme explicita I. Berlin, corresponde à autonomia da vontade do indivíduo, o ser senhor de si próprio, e o sentido negativo, por sua vez, é o da não interferência, a questão que se coloca é a de saber se seria possível estabelecer o estatuto de liberdade do agente público como um dos dois sentidos postos por I. Berlin.

Palavras-chave: liberdade; positiva; negativa; legalidade; Berlin.

ABSTRACT

In this study, it is intended, from the two senses of freedom formulated by Isaiah Berlin in *Two Concepts of Liberty*, namely, positive and negative, explain the reflection of this dual conception of freedom in the legal question of the public official, especially with respect to discretionary acts (when the law leaves the performance options). For I. Berlin, political philosopher who wrote essays on freedom, especially in importance after that, the freedom is or negative (the absence of impediments and / or constraints), or positive (for the autonomy of the will of the subject). From this philosophical premise, far will be the study about their potential fit or not to free agent who has the public on its work in public administration, ie, if it can be conceptualized as negative or positive, or even if none of the two meets. For this, it will enter first, the concept of public official and the legal principle of legality, exposed differently in the spheres constitutional, criminal and administrative. This is because, as we shall see, while the general principle of legality (also inserted in the Constitution and in the Penal Code) provides that no one is obliged to do or stop doing something except by virtue of law, the legality principle is specifically applicable in the administrative recommends that the public agent can only act if the law permits. Thus, their freedom is limited to the legality, taking into account the supremacy of public interest. If, then, freedom in its positive view, as explicitly I. Berlin, corresponds to the autonomy of the will of the individual, be master of himself, and the negative sense, in turn, is the non-interference, the question that arises is whether it would be possible to establish the status of freedom of the public official as one of two directions posts by I. Berlin.

Key-words: liberty; positive; negative; legality; Berlin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 OS AGENTES PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
1.1 OS AGENTES PÚBLICOS.....	15
1.2 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA LEGALIDADE.....	17
1.2.1 A legalidade constitucional.....	18
1.2.2 A legalidade penal.....	21
1.2.3 A legalidade administrativa.....	24
1.2.3.1 <i>A supremacia e a indisponibilidade do interesse público e a legalidade administrativa.....</i>	<i>38</i>
1.2.3.2 <i>A legalidade em atos de competência vinculada.....</i>	<i>41</i>
1.2.3.3 <i>A legalidade em atos de competência discricionária.....</i>	<i>43</i>
2 A DUALIDADE DAS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN.....	49
2.1 O CONCEITO NEGATIVO DE LIBERDADE.....	51
2.2 O CONCEITO POSITIVO DE LIBERDADE.....	62
2.3 CRÍTICAS E CONFRONTOS À TEORIA DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN	73
3 A LIBERDADE DO AGENTE PÚBLICO.....	88
3.1 A LIBERDADE DO AGENTE PÚBLICO E AS CONCEPÇÕES DE ISAIAH BERLIN.....	88
3.1.1 Liberdade negativa?.....	90
3.1.2 Liberdade positiva?.....	91
CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	99

INTRODUÇÃO

A noção de liberdade, na história da filosofia política, foi abordada sob diversos aspectos e, dentre eles, encontra-se a dualidade da concepção posta por Isaiah Berlin. Filósofo liberal do século XX, dedicou-se muito ao estudo da natureza da liberdade, tendo escrito o importante *Dois Conceitos de Liberdade*¹, em cujo ensaio apresentou duas concepções de liberdade – negativa e positiva – que se tornaram relevantes na discussão sobre o tema.

Logicamente, muitos outros filósofos pensaram a liberdade e sobre ela escreveram, influenciando de alguma forma Isaiah Berlin em sua bifurcada distinção. Porém, considerando a importância que seu ensaio estabeleceu na filosofia política, é que se escolheu referido autor para o estudo que o presente trabalho pretende apresentar. Após seu ensaio, os estudos sobre a liberdade passam, de alguma forma, a referir ou confrontar, direta ou indiretamente, Isaiah Berlin, em razão do relevo que seu trabalho passou a ter.

Questão clássica no campo filosófico, a discussão acerca da liberdade ganha também especial relevo na esfera jurídica. Isso porque, afora as implicações de tal noção no campo constitucional e penal, no âmbito do direito administrativo discute-se acerca da existência ou não de liberdade de atuação do agente público, especialmente no tocante a atos administrativos de competência discricionária. Nesses, a lei deixa margem de ação ao agente, ou seja, ele pode optar por uma dentre diversas soluções possíveis para o caso, levando em consideração a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, que regem o tema. A questão que se coloca aqui diz respeito ao estatuto da liberdade do agente, e se é possível enquadrar essa eventual liberdade em uma das concepções de Isaiah Berlin.

Pois bem, para adentrar à análise em foco, o presente trabalho, no primeiro capítulo, definirá agente público, partindo-se, então, para a conceituação do princípio jurídico da legalidade. Nesse diapasão e numa perspectiva constitucional, será

¹ Nome traduzido de *Two Concepts of Liberty*, referente à Conferência Inaugural de I. Berlin como Professor da disciplina de Teoria Social e Política na Universidade de Oxford, proferida em 31 de outubro de 1958, publicada originalmente pela Clarence Press (Oxford) ainda em 1958, e reimpressa, em versão revista, em “Quatro Ensaio Sobre a Liberdade” (*Four Essays on Liberty*).

explicado, primeiramente, o princípio geral de liberdade (e de legalidade), inserto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ou seja, o cidadão somente será compelido a agir, nesse Estado de Direito Constitucional, se houver norma coercitiva para tanto e, da mesma forma, apenas será obrigado a se omitir se a lei assim determinar. Tal raciocínio aplica-se, com bastante ênfase, também na esfera penal, em que o indivíduo somente comete o delito se este é anteriormente previsto por lei, na medida em que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, o que garante a segurança jurídica, pois se sabe, ao agir, o que é certo ou não perante o ordenamento jurídico, de forma clara e de modo a evitar perseguições de qualquer ordem.

Ato contínuo, será enfatizado o conceito do princípio da legalidade no campo administrativo, no qual a questão é mais complexa, pois além de tratar da liberdade sob o enfoque do cidadão perante o Estado, há que se lidar com a liberdade que possui o agente público quando pratica atos administrativos. Quanto ao primeiro enfoque, ver-se-á que se aplica, em termos, o princípio geral inserto na Constituição da República de 1988, com os matizes inerentes ao relacionamento do cidadão com o Estado, que é diferente do tratamento dado às relações existentes somente entre particulares, na vida privada. Porém, no que concerne ao segundo aspecto, altera-se a análise. O agente público, como administrador, somente pode fazer algo se houver uma “lei” que autorize o seu comportamento. Apenas assim os atos que ele pratica serão considerados válidos.

Para a melhor compreensão da aplicação da legalidade administrativa, será detalhada a noção advinda dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público para, então, abarcar a definição de atos administrativos de competência vinculada e, em especial, discricionária. Os primeiros são os que não deixam, em tese, margem de escolha ao agente público. Se determinada situação ocorre na realidade, deverá ele agir conforme a lei assim apregoou, sem poder, a princípio, fazer qualquer ingerência na escolha da solução que determinará o resultado. Já quanto aos atos de cunho discricionário, o agente público tem uma margem de atuação, eis que pode determinar, dentre as escolhas possíveis perante

o direito, a que melhor aplica-se ao caso concreto, observando a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

Assim, compreendidos os conceitos de agente público, de legalidade administrativa e de atos de cunho vinculado e discricionário, pretende-se analisar, na esfera da filosofia política, se a liberdade do agente público, no âmbito de sua discricionariedade administrativa, amolda-se a uma das concepções de Isaiah Berlin (positiva e negativa). Para isso, far-se-á, no segundo capítulo, uma explicação acerca dessas noções de liberdade, assim como de aspectos dessa concepção dual que podem ser observados em alguns filósofos que o antecederam.

Isso porque, na história da filosofia política, o tema da liberdade apresentou-se sob diversos enfoques. Apenas um deles (objeto do presente trabalho) é o trazido por Isaiah Berlin, na discussão por ele inaugurada sobre o sentido negativo e positivo de liberdade. A liberdade negativa, para ele, é compreendida como a ausência de impedimentos, de obstáculos externos. Ou seja, a liberdade, neste sentido, foca-se na análise da ação livre, sem levar em consideração a vontade do sujeito que age. Tal concepção de liberdade remonta ao pensamento de Thomas Hobbes, conforme se explicará. A liberdade positiva, por sua vez, foca-se na vontade livre, e não mais na ação livre. Ou seja, importa analisar a autonomia da vontade do sujeito que age, e não a ausência de impedimentos e/ou constrangimentos postos à ação. É a liberdade do ser senhor de si próprio, do ideal de autogoverno e autodeterminação da vontade. Tal concepção recua, consoante se apontará, ao pensamento de Jean-Jacques Rousseau.

Contudo, será abordado no decorrer do estudo que a divisão dual da liberdade não é nova em Isaiah Berlin, pois Benjamin Constant, por exemplo, distinguiu a liberdade antiga, de participação nos assuntos de interesse coletivo, da liberdade moderna, de escolha de cunho individual sobre os assuntos de interesse privado.

A dissertação trará, ainda, importantes críticas sofridas no que tange à dualidade da noção de liberdade na filosofia política, como, por exemplo, a de Gerald MacCallum, o qual propôs uma relação triádica de liberdade. Para ele, as concepções compiladas por Isaiah Berlin são insuficientes para demonstrar todo e qualquer tipo de liberdade, pois alguns elementos sempre devem ser levados em

consideração, o que, para ele, não ocorre no ensaio berliniano. Ainda, confrontos desta teoria com a de John Rawls serão trazidas à baila neste tópico, pois, conforme se verá, apesar da diferente abordagem feita por John Rawls, a sua concepção de liberdade permanece, tanto quanto a de Isaiah Berlin, vinculada ao princípio liberal do pluralismo.

Partindo-se, então, da apresentação introdutória acerca de agente público, do princípio da legalidade administrativa e da explicação sobre atos de competência vinculada e discricionária, com a explicitação do princípio da legalidade nas esferas constitucional, penal e administrativa (especialmente nesta), e após feita a análise das concepções de liberdade de Isaiah Berlin, far-se-á o estudo acerca da possibilidade ou não de tais concepções servirem efetivamente para demonstrar todo e qualquer tipo de liberdade, especialmente no tocante à liberdade do agente público quando age em seu campo discricionário de ação.

Assim, no terceiro capítulo, estudar-se-á o princípio jurídico da legalidade relacionado à dualidade das concepções de liberdade. Por exemplo, a partir do texto esculpido na Constituição da República de 1988, em que se encontra o princípio geral de liberdade, já referido, pode-se compreender, pelo significado da expressão, que ela reflete a concepção negativa de liberdade. Isso porque, conforme se verá, a lei é o limite para o sujeito, somente ela podendo obrigá-lo ou desobrigá-lo a agir ou deixar de agir. É a legalidade, pois, que reflete a liberdade da ausência de impedimentos e/ou constrangimentos. Assim como na área constitucional, analisar-se-á que o princípio da legalidade utilizado no direito penal também remonta ao conceito negativo posto por Isaiah Berlin, pois somente lei tipifica a conduta criminosa, sendo que, na ausência dela, não há crime, e o sujeito é considerado livre. Ao contrário, havendo lei sancionadora da ação ou omissão do sujeito, ao incidir sua conduta na descrição da norma legal, o indivíduo comete o crime e deixa, neste âmbito, de ser livre, diante do impedimento e/ou constrangimento existente na legislação.

De outra parte, na esfera administrativa, ver-se-á que o princípio da legalidade é lido de forma diversa, mais específica, pois o agente público somente pode fazer aquilo que a lei determina, levando-se em consideração a supremacia e a

indisponibilidade do interesse público. Assim, na ausência de lei o sujeito não tem autorização para agir.

O terceiro capítulo abordará acerca da possibilidade ou não de se amoldar a liberdade do agente público, na sua atuação dentro da Administração Pública, observando-se se esse estatuto de liberdade pode ser enquadrado a uma das concepções berlinianas.

Dessa forma, o trabalho abordará uma questão de importância jurídica atual (liberdade do agente público em atos de competência discricionária), mas na perspectiva das concepções de liberdade da filosofia política, especificamente as compiladas por Isaiah Berlin. O que se pretende é verificar a possibilidade de se compreender a liberdade do agente público na linha da dicotomia berliniana, bem como se esse conceito dual seria suficiente ou insuficiente para determinar, efetivamente, todo tipo de liberdade.

1 OS AGENTES PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Nesse capítulo será definido, primeiramente, o conceito de agente público foco do presente trabalho, na medida em que referida terminologia é utilizada de diferentes formas na doutrina jurídica. A partir dessa delimitação, será explicado o princípio jurídico da legalidade, nos âmbitos constitucional, penal e administrativo, com ênfase neste último, para, então, explicitar a aplicação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público na atividade administrativa e, ainda, definir os atos de competência vinculada e os de atribuição discricionária, com o escopo de delimitar a liberdade de atuação do agente público especialmente em sua esfera de discricionariedade administrativa.

1.1 OS AGENTES PÚBLICOS

Conforme definição preconizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 510), “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta.” Ainda, Marçal Justen Filho (2009, p. 704) complementa, conceituando que “agente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado.”

A partir desses conceitos, tem-se, primeiramente, que não se pode inserir como agente público a pessoa jurídica, mas tão somente a física. Ademais, apesar de ser humano (pessoa física) o sujeito que presta os serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta², quando ele age, manifesta uma vontade estatal. Esta, por ser abstrata, precisa da atuação de pessoas físicas para sua concretização, na medida em que se trata de uma abstração falar em vontade do

² “Compõem a Administração Indireta, no direito positivo brasileiro, as **autarquias**, as **fundações** instituídas pelo Poder Público, as **sociedades de economia mista**, as **empresas públicas** e os **consórcios públicos**. Tecnicamente falando, dever-se-iam incluir as **empresas concessionárias** e **permissionárias de serviços públicos**, constituídas ou não com participação acionária do Estado.” (DI PIETRO, 2009, p. 421).

Estado (como pessoa jurídica)³. Dessa forma, o agente público, além de ser uma pessoa física que presta serviços ao Estado, é considerado como sendo concretização de sua vontade, atuando, por isso, como órgão estatal na Administração Pública⁴. Desempenha ele uma função pública, devendo nortear suas escolhas de modo a satisfazer da melhor forma as necessidades dos cidadãos administrados, e podendo inclusive responder por eventuais escolhas incompatíveis com a função que exerce.

Dentre os agentes públicos, que se identificam com um conceito geral, há quatro categorias: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares que estão em colaboração com o poder público. Assim, agente público é o gênero do qual os demais são espécies⁵.

Quanto aos agentes políticos, muito embora haja controvérsia em sua definição, especialmente no que se refere aos membros que poderiam ou não ser considerados como tal⁶, são eles os “titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder.” (MELLO, 2004, p. 229). Sob esse viés, apenas são tidos como agentes políticos “o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e vereadores.” (MELLO, 2004, p. 229). Caracteriza-se essa categoria pelo vínculo político que possuem com o Estado, e não profissional, submetendo-se não a um contrato, mas à Constituição e às leis. Nas palavras de Marçal Justen Filho (2009, p. 717), “o agente político é titular da competência constitucional para formular decisões políticas.”

³ “Questão que expressa a teoria do órgão no direito administrativo, pela qual “a vontade estatal é formada e manifestada por meio da atuação de pessoas físicas.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 704).

⁴ Para conceituar, desde já, frise-se que “A Administração Pública não é **apenas** um conjunto de pessoas. Ela tem natureza institucional, o que significa um conjunto de pessoas atuando de modo organizado, permanente e contínuo, segundo regras específicas e comprometidas com a promoção de valores fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 706).

⁵ Na definição adotada neste trabalho, pois as denominações variam na doutrina jurídica. Hely Lopes Meirelles (2009, p. 417), por exemplo, chama de servidores públicos em sentido amplo o que aqui se adotou chamar de agentes públicos.

⁶ Pois há doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles (2009, p. 418), que consideram também como agentes políticos os membros da magistratura, do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, entre outros. Todavia, adota-se nesta dissertação a definição apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, com o que concorda Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 511) e Marçal Justen Filho (2009, p. 718).

Os servidores públicos, por sua vez, são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.” (DI PIETRO, 2009, p. 512). Há, dentro dessa categoria, tanto os servidores estatutários, quanto os empregados públicos e os servidores temporários.

Os militares, terceira categoria de agente público apresentada, “abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (...) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.” (DI PIETRO, 2009, p. 515-516).

Por fim, os particulares em colaboração com o poder público são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.” (DI PIETRO, 2009, p. 516).

O presente trabalho abordará, quando se referir aos agentes públicos, especialmente a questão da liberdade no que se refere aos agentes políticos e aos servidores públicos. Para que se possa compreender esse estatuto da liberdade, mister explicar, então, o princípio da legalidade em direito administrativo, inclusive as funções vinculadas e discricionárias exercidas pelos agentes públicos, levando-se em conta, em seu atuar, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que também será salientado.

1.2 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA LEGALIDADE

Especificada a noção de agente público sob enfoque, insta adentrar ao estudo do princípio jurídico da legalidade para se determinar, então, qual a margem de liberdade que possui o administrador ao efetuar escolhas no Estado, especialmente no que tange aos atos de competência discricionária. Para isso, primeiramente, há que se referir ao princípio da legalidade instituído pelo texto constitucional, tanto como grau comparativo quanto pela importância advinda de seu

conceito, na medida em que a Constituição é matriz para interpretação do restante do ordenamento jurídico. Tal princípio será abordado também na esfera penal, de forma a ficar bastante evidenciada a diferença para com a legalidade administrativa. Adentrando-se ao estudo desta última, far-se-á uma delimitação histórica da questão, para a melhor compreensão do tema na atualidade, assim como serão explicitados os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, de grande importância quando se fala em liberdade do agente público. Por fim, os atos administrativos de competências vinculada e discricionária serão mencionados para refletir melhor o estatuto da liberdade do agente público.

1.2.1 A legalidade constitucional

O artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Brasileira de 1988, proclama o princípio matriz da legalidade, doravante chamado de princípio geral de liberdade, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”⁷. Observe-se que este é tanto um princípio de legalidade, quanto norma que expressa a liberdade do cidadão, pois ao mesmo tempo em que determina que somente lei tem o poder de impor obrigações, permite, fora desse ambiente legal, uma total liberdade do sujeito. Justamente em razão dessa identidade é que uma norma que reflete, num primeiro momento, apenas uma regra de legalidade, é denominada princípio geral de liberdade.

Com tal princípio, a lei passa a ser a medida de segurança no sistema jurídico pátrio, constituindo uma barreira à arbitrariedade, pois não pode haver impedimentos e/ou constrangimentos senão dela advindos, o que constitui uma

⁷ Tal prescrição legal é tratada como princípio, e não como regra, pela importância hierárquica do tema. No entanto, saliente-se a observação feita por Marçal Justen Filho (2009, p. 124) neste particular: “(...) esse enfoque esquece que a natureza do princípio impõe incerteza e indeterminação ao conteúdo da norma, permitindo uma relevante margem de autonomia ao seu aplicador. Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações **não** constantes em lei. Essa observação não se destina a negar à legalidade a condição de princípio. Existe o princípio da legalidade, consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos por meio de lei. Mas o art. 5º, II, da CF/88 também consagra uma **regra da legalidade**. Trata-se de estabelecer a **vedação** à criação de direitos e obrigações por meio diverso da lei.”

garantia ao cidadão frente aos eventuais abusos cometidos por parte de sujeitos que agem em nome do Estado e, também, por parte de cidadãos na relação com seus pares.

Esse princípio da legalidade inserto no texto constitucional reflete a regra liberal de liberdade e é característica essencial do Estado Democrático de Direito. A Constituição estabelece em seu texto o processo legislativo que deve ser observado na criação da norma, a qual é elaborada legitimamente por sujeitos escolhidos pelos próprios cidadãos. Deve haver o respeito à lei tanto por parte do Estado como dos cidadãos e, ao mesmo tempo, a esses somente podem ser impostas obrigações (de fazer ou não fazer) por meio legal.

A Constituição, como norma soberana⁸, prescreve o princípio da legalidade como geral, que deve ser seguido pelo restante do sistema jurídico. “Significa a garantia da legalidade que apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigação ao indivíduo.” (TAVARES, 2009, p. 633). Somente aquilo que lei dispõe pode ser cobrado do cidadão (caso a lei imponha obrigação) e na ausência de imposições ou de proibições, o sujeito é livre para fazer o que quiser.

A importância do texto constitucional é tamanha que qualquer disposição normativa, que não aquela que se exprime por lei, e que gera obrigação ou abstenção do indivíduo, não pode ser considerada válida no ordenamento jurídico, na medida em que a própria Constituição já deixou claro que somente por meio de lei isso é possível. Ou seja, a leitura e a interpretação de determinada norma devem partir da regra constitucional, sob pena de ser considerada como inconstitucional e inválida⁹. Inclusive, se alguém obrigar outrem a se portar ou a agir sem que haja lei determinante desse comportamento, pode incorrer, caso o faça com o uso de violência ou grave ameaça, em crime de constrangimento ilegal¹⁰.

⁸ Conforme lecionado por Hans Kelsen (1998, p. 247): “(...) a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado”.

⁹ Nas palavras de José Afonso da Silva (2009, p. 46): “(...) todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”

¹⁰ Delito tipificado no artigo 146, do Código Penal Brasileiro: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, **a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda**. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.” (g.n.).

Pelo princípio da legalidade exposto na Constituição extrai-se que “(...) todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário. A extensão dessa liberdade fica, ainda, na dependência do que se entende por lei.” (SILVA, 2009, p. 235). Ou seja, o conteúdo do princípio está ligado ao que se pode compreender por lei.

Lei, nesse contexto, não pode ser interpretada como qualquer norma emanada pelo Poder Público, sob pena de se esvaziar por inteiro o sentido da norma constitucional em foco, mas deve ser aquela legitimamente formada pelo Poder Legislativo, harmonizando-se com o ordenamento jurídico, em que se explicita os elementos essenciais do que se deve ou não fazer¹¹. No dispositivo referente ao princípio geral de liberdade, de fazer ou deixar de fazer segundo o que dispõe a norma legal, há que se notar duas dimensões importantes: tanto a liberdade de se poder agir, quanto o limite dessa liberdade estabelecido em lei. Conforme explica José Afonso da Silva (2009, p. 236):

O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma muito clara e explícita, que consubstancia o *princípio da legalidade*, que, por ser *uma garantia individual*, merecerá consideração aprofundada mais adiante. Outra, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental, de *liberdade de ação*, que estamos estudando. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade base para as demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade e legalidade*. Dele se extrai a ideia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção) provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*.

Interpreta-se o princípio geral da liberdade¹² de maneira a salientar que, no Estado Democrático de Direito, a liberdade é regra, sendo a proibição uma exceção,

¹¹ “Isso quer dizer que os elementos essenciais da providência impositiva não que constar da lei.” (SILVA, 2009, p. 421).

¹² O qual se funda no princípio da legitimidade, na medida em que “(...) o princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama a Constituição (art. 1º). Fora disso, teremos possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.” (SILVA, 2009, p. 425).

que deve, por isso mesmo, ser disposta em lei. Na dúvida se a lei proíbe ou não determinada conduta, prevalece a liberdade, tal qual ocorre na ausência de lei, adotando-se, para isso, a relação que se extrai entre liberdade e restrição, que é a de regra - exceção. Assim, na dúvida aplica-se a regra, e não a exceção.

Isso porque referido princípio “visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo” (MORAES, 2009, p. 41) e, conseqüentemente, “com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.” (MORAES, 2009, p. 41).

A matriz do ordenamento jurídico, pois, “assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei”. (MORAES, 2009, p. 41/42). E justamente tal prerrogativa é que garante a necessária segurança em seu atuar e sua eventual defesa em caso de descumprimento de tão importante preceito.

O princípio geral da liberdade da carta constitucional serve de base, por exemplo, para a aplicação da legalidade na área criminal, o que se passa a referir por seu grande relevo em guisa de comparação tanto ao presente tópico (pela adequação em seu sentido), quanto ao ulterior, da legalidade administrativa.

1.2.2 A legalidade penal

Na esfera penal, com muita ênfase aparece o princípio da legalidade, eis que é o campo responsável pela punição de agentes delituosos que violaram o sistema normativo. Por ele, autoriza-se a aplicação de penas privativas de liberdade, grave sanção imposta, haja vista a supressão de um direito fundamental, e por isso a lei é de observância obrigatória. O aprisionamento é autorizado legalmente em virtude da transgressão da norma, para manter o sistema de controle social por meio do exercício do poder.

Dessa forma, preconiza o artigo 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição da República de 1988 que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹³ e que “a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Tais disposições são limites impostos ao Estado e, ao mesmo tempo, garantia ao indivíduo de que não será punido por um fato que cometeu anteriormente à definição em lei e, ainda, que os efeitos de uma lei mais benéfica posterior atingirão sua conduta praticada sob a égide de uma mais gravosa. Ou seja: a criação de normas incriminatórias afigura-se matéria reservada exclusivamente à lei e esta disposição inserida na Constituição é considerada cláusula pétrea, que não pode ser suprimida nem sequer por emenda ao texto constitucional.

Do princípio da legalidade penal, conhecido como *nullum crimen, nulla poena sine lege*¹⁴, são extraídos quatro importantes desdobramentos: não há crime, nem pena sem lei a) anterior, b) escrita, c) estrita e d) certa. O primeiro significa que não se pode editar leis posteriores com efeito retroativo que criem delitos e cominem ou agravem sanções. A lei deve ser, portanto, anterior ao fato praticado. O segundo desdobramento traz a proibição do uso de costumes para justificar ou agravar a punibilidade, sendo esta tarefa exclusiva da lei (escrita). O direito consuetudinário (dos costumes) apenas será fonte do direito penal para beneficiar o cidadão, e nunca prejudicar sua situação. Ademais disso, a lei deve ser estrita, isto é, veda-se o uso da analogia para fundamentar ou piorar a punição do sujeito (proibição do uso da analogia *in malam partem*). Por fim, a lei deve ser certa¹⁵, taxativa, não se admitindo normas de caráter indeterminado. Deve ser ela de fácil compreensão, com termos acessíveis a todos e sem deixar espaço a dúvidas em sua interpretação, justamente para evitar eventuais arbítrios praticados contra o indivíduo¹⁶.

¹³ Texto também constante no artigo 1º, do Código Penal: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

¹⁴ “Não há crime, nem pena sem lei”.

¹⁵ Nas palavras de Francisco de Assis Toledo (2008, p. 29): “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica.”

¹⁶ Para Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 43), “a Lei n. 10.792/2003, ao criar o regime disciplinar diferenciado de cumprimento de pena, viola flagrantemente o *princípio da legalidade penal*, criando, disfarçadamente, uma sanção penal cruel e desumana sem tipo penal definido correspondente. A tipicidade legal exige que a norma contenha a descrição hipotética de comportamento proibido com

Em direito penal, com bastante força, tal princípio aparece como o talvez mais importante. Desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma do Código Penal de 1940, em sua parte geral, ocorrida em 1984, o princípio da legalidade é expressamente previsto. Característica marcante do Estado de Direito, tem a função de retirar do soberano o poder absoluto sobre a vida do cidadão, protegendo este contra a arbitrariedade e a imprevisibilidade por parte dos governantes. Conforme salientado por Nilo Batista (2007, p. 65):

O princípio da legalidade, também conhecido por 'princípio da reserva legal' e divulgado pela fórmula 'nullum crimen nulla poena sine lege', surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, em nosso campo, o mais importante estágio do movimento então ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal. Por um lado resposta pendular aos abusos do absolutismo e, por outro, afirmação da nova ordem, o princípio da legalidade a um só tempo garantia o indivíduo perante o poder estatal e demarcava este mesmo poder como o espaço exclusivo da coerção penal. Sua significação e alcance políticos transcendem o condicionamento histórico que o produziu, e o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Nessa esfera, o sujeito é livre na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos, pois se não houver lei penal incriminatória da conduta, não pode ser ele punido, nem processado¹⁷ pelo fato que cometeu. Isso garante a segurança jurídica¹⁸ de todos os membros da sociedade, pois proíbe a criação de normas para o fato específico, no escopo de perseguir indivíduos. Por tal princípio, veda-se também a existência de Tribunais de Exceção¹⁹, formados posteriormente aos fatos

alguma precisão, como forma de impedir o poder indiscriminado de atribuir a alguém uma punição legal sem uma correspondente infração penal. É intolerável que o legislador ordinário possa criar tipos tão vagos e imprecisos como 'alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal' ou 'recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação' (art. 52, §§ 1º e 2º), sem declinar que 'tipo de conduta' poderia criar o referido 'alto risco' ou caracterizar 'suspeitas fundadas', como sugere aquele diploma legal."

¹⁷ Pois o fato de responder a um processo já é, muitas vezes, mais gravoso que a própria pena aplicada.

¹⁸ Nas palavras do jurista Rogério Greco (2010, p. 91), tem-se que "Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob ameaça de sanção."

¹⁹ Como ocorreu com o Tribunal de Nuremberg, criado especificamente pelos aliados no decorrer da 2ª Guerra Mundial, para julgar os líderes nazistas acusados por crimes de guerra.

e com o intuito claro de punir cidadãos por condutas que antes não eram consideradas crimes pelo ordenamento jurídico.

Tendo em vista o campo de liberdade do indivíduo, observado na ausência das proibições legais, faz-se necessário, na esfera penal, especificar de forma clara e precisa o comportamento proibido. Assim, cabe ao Poder Legislativo, ao criar as leis, redigir tipos penais desta forma, sob pena de este princípio perder completamente sua efetividade, pois ao preconizar leis abertas, estaria dando espaço à interpretação errônea de sua real vontade. Ao abrir tal espaço para o intérprete da norma, o perigo para o cidadão aumenta de maneira significativa, pois quando pratica uma conduta, não sabe se ela se amolda ou não ao tipo penal, isto é, deixa de saber se seu comportamento é lícito ou ilícito, gerando o sentimento de insegurança jurídica e dando azo a perseguições de toda ordem.

O princípio da legalidade em matéria criminal, além de ter que observar os quatro critérios já mencionados (lei anterior, escrita, estrita e certa), deve ser verificado sob dois enfoques: o da legalidade formal e o da material. Não basta que a lei seja criada conforme o processo legislativo descrito na Constituição da República de 1988 (legalidade formal ou mera legalidade), mas deve também o ser materialmente (legalidade material ou estrita legalidade), seguindo as prescrições de direitos fundamentais da Lei Maior. “Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos.” (GRECO, 2010, p. 91).

1.2.3 A legalidade administrativa

Enquanto o princípio da legalidade, nas esferas constitucional e penal, reflete o princípio geral de liberdade, a legalidade administrativa possui dois enfoques a serem considerados. Ao examinar a atividade do cidadão perante o Estado, aplica-se, em termos, este princípio geral da liberdade, pois o indivíduo somente é proibido a fazer ou deixar de fazer, de agir ou deixar de agir segundo o

seu arbítrio e de acordo com a sua liberdade, conforme estipulações atribuídas por lei, configurando, como se verá, a liberdade negativa na terminologia de Isaiah Berlin, e também não é possível obrigá-lo a agir quando a lei não disponha sobre tal constrangimento. Nesse contexto, aplica-se o princípio geral da liberdade, consoante explicação de Marçal Justen Filho (2009, p. 129/130):

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito será abrangido na esfera da autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido. Portanto, a omissão de disciplina por parte do direito interpreta-se como legitimação da autonomia privada.

Contudo, sob o aspecto da atividade do Estado (agente público) em relação ao cidadão, não basta haver uma lacuna legislativa (ausência de disposição legal) para que o administrador pratique seus atos. Pelo contrário, apenas pode existir atividade administrativa se a lei o permite, e não quando ela nada dispõe. Na ausência da norma, não há permissão, mas proibição de agir, sob pena de o agente público estar ferindo o princípio da legalidade a que se subordina, conforme se passa a explicar.

A Administração, conforme atualmente concebida, apenas se estruturou com o advento do Estado de Direito (separação e limitação de exercício de poder, proclamação de direitos fundamentais). Nem sempre, pois, houve a ideia de submissão da Administração (agente público) à lei, como o é atualmente, e o resgate das antigas concepções (de Estado) é importante para a análise da discricionariedade administrativa em relação ao princípio da legalidade.

O Estado moderno pode ser dividido em duas etapas: a do Estado de Polícia e a do Estado de Direito²⁰. Na primeira, caracterizada pelas monarquias absolutas, a decisão do príncipe era soberana, caracterizando um direito de administrar sem limites e sem que os súditos pudessem a ele se opor judicialmente. O poder público

²⁰ “Ao Estado de Polícia sucede o Estado de Direito, que se caracteriza pelo fato de submeter-se ao direito, encontrando-se acima de governantes e governados. Esse novo Estado representou profunda revolução, apontando um Estado que cria, declara e submete-se ao direito.” (PEGORARO, 2010, p. 23).

estava acima dos direitos dos indivíduos e o príncipe era considerado o representante de Deus, podendo tudo fazer. A Administração Pública, neste período, apenas estava vinculada à decisão proveniente do monarca, constituindo a arbitrariedade administrativa.

Com o escopo de enfrentar o poder sem limites do príncipe, elaborou-se a “teoria do fisco”, pela qual se bifurcou a personalidade jurídica do Estado: o patrimônio público não seria mais nem do monarca nem do Estado, mas do fisco. Este tinha personalidade jurídica de direito privado, ao passo que o Estado, de direito público (e neste sentido submetido aos mandamentos do rei). Desta forma, ramificou-se também os regimes jurídicos, pois às relações do fisco com o cidadão aplicava-se o direito civil (privado), enquanto o monarca interferia na vida privada do indivíduo, com seu direito de polícia (*jus politiae*). Desses dois regimes, apenas o de direito civil estava submetido ao controle judicial, enquanto o de polícia continuava sem qualquer interferência dos Tribunais.

A outra etapa do Estado moderno, que é a do Estado de Direito²¹, calcou-se nos princípios da legalidade, da igualdade e da separação e limitação do exercício do poder, e não mais no pretexto de tudo se fazer pelo Estado e pela nação. A defesa dos direitos individuais foi incumbência atribuída ao direito, e garantias como essas foram consagradas em Constituições.

Neste contexto, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamou a liberdade vinculada ao princípio da legalidade. Em seu artigo 1º, dispôs que “**Os homens nascem e são livres e iguais em direitos**. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.” (g.n.). Desta forma, primeiramente reconheceu a igualdade vinculada à liberdade que possui o homem. Ato contínuo, em seu artigo 2º preconizou que “O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a **liberdade**, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” (g.n.). Ou seja, garantida, novamente, a liberdade, frisando a finalidade de preservação de direitos

²¹ Sobre o tema, Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 70) salienta que: “A formação do Estado de Direito, contudo, não é fruto de um pensamento solto e luminoso de um intelectual, mas da elaboração histórica das ideias e das instituições e, principalmente, da demonstração que se foi fazendo no curso dos séculos da imprescindibilidade de se dotar o Poder do Estado de limites racionalmente postos e expostos, a fim de assegurar-se a segurança jurídica e política dos indivíduos.”

que o homem possui. Estipulou que a liberdade, assim como os outros direitos ali mencionados, seria direito imprescritível do homem e, além disso, natural (o homem já deveria nascer livre).

O artigo 3º, por sua vez, determinou que “O princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.” Assim, a nação seria soberana para proclamar a autoridade de alguém. O artigo 4º, conceituando mais especificamente a questão da liberdade, disciplinou que **“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem:** assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. **Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.”** (g.n.). Especialmente neste tópico, a Declaração assegurou a liberdade, vinculando-a ao princípio da legalidade. Isto é, poder-se-ia praticar, numa sociedade, todos os atos que estivessem sob os limites legais.

O artigo 5º, de igual importância para este estudo, dispôs que **“A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”** (g.n.). Complemento de relevo ao artigo anterior, tal disposição salientou que a lei deveria limitar-se a estipular suas proibições em ações possivelmente danosas ao próximo. E, ainda, frisou que somente impedimentos e/ou constrangimentos advindos de lei poderiam determinar o comportamento proibido ou não. Tal norma assegurou a liberdade liberal, presente, conforme se viu, na Constituição brasileira, em outros termos.

O artigo 6º trouxe que **“A Lei é a expressão da vontade geral.** Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.” (g.n.). Tal referência expressou que a lei é reflexo da vontade geral de um povo, relacionando, ainda, a igualdade entre os membros de uma

sociedade, os quais somente poderiam ser diferenciados por virtudes e talentos. Afora esse aspecto, não poderia a lei distinguir os indivíduos a partir de outras premissas, sob pena de se ferir a própria vontade geral. Em outras palavras, tal disposição pode ser vista também na Constituição brasileira, quando determina que todos são iguais perante a lei.

O artigo 7º da Declaração prelecionou que “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela Lei e de acordo com as formas por esta prescritas. (...)” Relaciona-se essa disposição com a legalidade penal acima explicada, pois nessa esfera a lei é que expressa o comportamento proibido e somente em seus termos alguém pode ser processado e punido. Complemento disso pode ser encontrado no artigo 8º, o qual proclamou que “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e **ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.**” (g.n.). Como consequência dessa legalidade, tem-se a presunção da inocência (também prevista na Constituição brasileira). Se somente lei determina comportamento proibido e se apenas por ela alguém pode ser processado e ao final punido, de nada adiantaria se fosse admitido presumir, antes de um devido processo legal, a culpa de um indivíduo. Por isso, disciplinou o artigo 9º que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.”

Afirmando novamente a liberdade, o artigo 10 garantiu que “Ninguém pode ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, contando que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei.” Veja-se que também aqui há a relação da liberdade com a legalidade, pois a lei garante a ordem pública, sendo que a liberdade do cidadão não pode ultrapassá-la. Tal relação também é vislumbrada no artigo 11, haja vista que “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; **todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.**” Desta forma, a lei é, conforme já anteriormente frisado, limite para a liberdade, o que também pode ser evidenciado no artigo 17, da Declaração, ao dispor que “**Como a**

propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.” (G.n.).

Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Constituição francesa de 1791, por sua vez, consagrou o princípio da legalidade, ao determinar que “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência.” Tem-se, então, que a lei passou a estar no topo, não sendo possível nenhum monarca ou autoridade qualquer ser mais importante do que ela. As atitudes do rei passaram a ser consideradas válidas somente se realizadas em conformidade com a lei, tida como superior. E, ainda, os súditos apenas teriam a obrigação de obediência se a norma emanada pelo monarca estivesse em consonância com as disposições legais.

Com isso, a vontade do príncipe deixou de ser a suprema, e o poder legítimo passou a decorrer da lei, que corresponderia ao reflexo da vontade geral do povo, mais importante que qualquer outra vontade. Advindo a separação do exercício do poder (pois o poder, em si, é uno e indivisível²²), o Legislativo, e somente ele, passou a emanar as normas a serem respeitadas pelo Executivo e pelo Judiciário. Essa questão da divisão do exercício do poder tem grande relevância, considerando que “(...) quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial.” (DALLARI, 2011, p. 215). Tamanha é sua importância que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarou, em seu artigo 16, que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” No entanto, frise-se que críticas a esta partição existe na doutrina, em razão da necessidade cada vez maior de atuação por parte do Estado²³.

²² “Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão* de poderes, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância.” (DALLARI, 2011, p. 214/215).

²³ A exemplo da observação trazida por Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 219): “Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir,

Juntamente com o princípio da legalidade caminhou o da igualdade, na medida em que a lei não poderia ser discriminatória, ou seja, deveria dispensar o mesmo tratamento a todos que estivessem numa mesma situação. O dever seria o de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na proporção de suas diferenças (isonomia de tratamento).

Demais disso, a existência de um órgão independente para julgar os conflitos, seja entre o Estado e o particular, ou entre a Federação e os Estados, ou outro litígio que porventura apareça, fez-se nesse momento presente para garantir o controle judicial de atos emanados pelo poder público (princípio da justicialidade). De nada adiantaria reconhecer a liberdade dos cidadãos, garantir a legalidade e a igualdade, se não houvesse um órgão que pudesse controlar todos esses princípios.

Nesse contexto, o direito administrativo apareceu como ramo jurídico autônomo, diferenciando-se em diversos aspectos do direito privado, a exemplo das prerrogativas e deveres não aplicáveis ao indivíduo em particular, mas inerentes à Administração Pública, submissa, em todos os atos que pratica, à lei²⁴. Ao cidadão, tanto nas suas relações com seus pares como para com o Estado, passou-se a aplicar o princípio geral da liberdade, sendo livre na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos. Já o Estado, enquanto Administração Pública, na pessoa do agente público, deveria emanar atos somente em obediência à norma legal estatuída, em prol do interesse público.

Desde o surgimento do direito administrativo, tanto existia a preocupação com o poder público e sua autoridade, quanto com as liberdades do cidadão. No entanto, justamente em razão da vigência do Estado liberal, a ênfase dada às liberdades públicas era maior, ante a limitação do autoritarismo e o pequeno campo

ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes."

²⁴ Saliente-se, neste particular, que a Administração Pública não se torna submissa à lei em razão da criação do direito administrativo como um ramo autônomo, até porque, como frisa Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 16), "basta constatar que a Inglaterra (e nos países que adotaram o mesmo regime jurídico) a submissão do Estado à lei deu-se de forma diferente, porque se baseou no princípio do 'rule of law' (império da lei) e que significa o reconhecimento da identidade de regimes jurídicos para a Administração Pública e para o particular; a lei a que se submete o Estado é a *lei comum* (*common law*), que rege também as relações entre particulares."

de atuação dado à Administração, o qual “restringia-se a atividades essenciais, como a defesa contra o inimigo externo, a segurança interna e a justiça.” (DI PIETRO, 1991, p. 18). Prevalencia a não interferência do Estado na vida do cidadão, podendo o poder público intervir somente naquelas situações contidas no seu pequeno âmbito de atuação. Limitava-se, com isso, o poder de polícia (que passou a ter caráter excepcional, apenas servindo para garantir a ordem pública), característica predominante no anterior Estado de Polícia.

Considerando, pois, a preocupação primeira com as liberdades públicas, foi o direito administrativo construído sobre premissas do constitucionalismo, como a separação do exercício do poder e a legalidade, que tinham por escopo garantir ao cidadão sua liberdade diante do Estado. Distinguia-se, com isso, visivelmente o que era serviço público e o que consistia em atividade privada, pois o primeiro era prestado pela Administração Pública, com o fim de satisfazer as necessidades públicas e regia-se por normas de direito público.

Pois bem, neste Estado liberal de direito, o princípio da legalidade tinha uma conotação diferente da atual²⁵, pois naquele Estado, a questão da submissão da Administração à lei juntava-se à regra de discricionariedade administrativa (advinda do Estado de Polícia), pela qual o Estado tinha uma parcela de sua atividade que não se sujeitava a qualquer controle judicial. Ou seja: embora a Administração Pública (por seu agente) devesse obediência à lei e isso fosse matéria passível de apreciação pelo Poder Judiciário, ainda havia a discricionariedade, entendida de forma diferente com o desenvolvimento do direito administrativo, que era um campo de atuação do poder público isento de controle judiciário. O administrador podia, nesta esfera de atribuição, agir sem se preocupar com consequências posteriores decorrentes da decisão de um juiz acerca de seus atos. Desse modo começou a se desenvolver a concepção da discricionariedade administrativa, que se explicará mais adiante.

A legalidade administrativa, compreendida como o atuar do agente público apenas quando a lei permite, teve este conceito desenvolvido com o decorrer do tempo, pois nesse início do Estado de direito liberal, podia o poder público fazer o

²⁵ Pois naquele tempo, a Administração Pública podia fazer o que a lei não proibisse. Com o desenvolvimento deste conceito, o Estado somente teria legitimidade para agir quando a lei expressamente determinasse, em prol do interesse público.

que a lei não proibisse, e não somente o que ela determinava, sendo que a discricionariedade do administrador teria lugar onde a lei não tivesse regulado. Neste campo, poderia ele agir livremente, ante a ausência de disposição legal, entendendo-se a discricionariedade como âmbito de liberdade do agente público, isento de controle judicial posterior, sendo chamado, inclusive, de “poder” discricionário, que se opunha à esfera do agir vinculado da Administração, herdando-se, assim, parte da característica inerente ao Estado de Polícia.

Em razão da não interferência do Estado na vida particular do cidadão, excetuando-se apenas casos em que a necessidade de garantir a ordem pública exigia, resultados não muito agradáveis apareceram no ambiente econômico e na esfera social, como a miséria, a pobreza, as enfermidades (mazelas neste momento acentuadas, mas antes também existentes). Com isso, reações surgiram contra o Estado liberal de direito, pois tais consequências somente aumentariam caso o Estado não interviesse em situações relevantes social e economicamente. Desta forma, em meados do século XIX, constatou-se que os princípios de garantia à liberdade e igualdade não eram suficientes, e o Estado Social de Direito²⁶ firma então suas bases.

A principal preocupação deste modelo de Estado era tentar diminuir as desigualdades sociais e econômicas com intervenções voltadas para este objetivo. A liberdade que no Estado liberal de Direito aparecia como principal foco, nesse estágio passou a dar lugar à igualdade (que também tinha seu foco antes, mas não com tanta ênfase como no Estado Social). Passou-se a intervir para, neste momento com mais atenção, dar aos iguais igualmente e aos desiguais desigualmente, na medida de suas diferenças.

Assim, o individualismo do Estado liberal, pelo qual as normas somente eram emanadas para garantia de direitos individuais, a fim de proteger o cidadão do arbítrio do poder público, deu lugar à preocupação precípua com o interesse público (que passou a estar acima do interesse particular), com a consequente produção legislativa muito mais acelerada (em razão de o Estado ter adentrado mais à esfera privada, em seus mais variados setores).

²⁶ Também conhecido como “Estado do Bem-Estar”, “Estado Providência”, “Estado do Desenvolvimento” ou simplesmente “Estado Social”.

Desta forma, considerando estas novas atribuições do Estado (como Estado do Desenvolvimento), o Poder Executivo passou a ter competência para proclamar normas, antes unicamente do Poder Legislativo. O princípio da separação do exercício do poder, conseqüentemente, ficou abalado, pois não se exigia mais o processo legislativo demorado para emanar normas, o que poderia ser feito por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos pelo próprio Poder Executivo, o qual deixou de ser mero executor de normas expedidas pelo Legislativo. Para a esfera administrativa, o efeito desse abalo restou bastante evidente, em razão da grande quantidade de normas que passou a ser produzida pelo Poder Executivo, em alguns casos, inclusive, “legislando” por decretos.

Da mesma maneira que o Estado Liberal de Direito teve suas consequências nefastas, aspectos do mesmo gênero podem ser observados também no Estado Social de Direito, a exemplo do enfraquecimento do Poder Legislativo em detrimento do Executivo, do caráter que passou a ter a lei, feita inúmeras vezes para atender a casos individuais, gerando a instabilidade do próprio direito, da perda de força do controle judicial, na medida em que o Poder Judiciário, ao analisar a norma promulgada, apenas verificava seus aspectos formais, e não seu conteúdo.

Neste contexto, o direito administrativo, no Estado Social de Direito, tomou lugar mais acentuado, haja vista a quantidade de atribuições concedida ao poder público especialmente em sua relação com particulares, na prestação de serviços públicos. A Administração Pública passou a ter privilégios que o indivíduo não possuía, atribuindo-se à propriedade privada uma função social²⁷, normas consideradas de ordem pública passaram a ter força em contratos feitos entre particulares, afetando a liberdade sem limites para contratar, o Estado criou entidades públicas e privadas para desempenhar as tarefas a si originalmente atribuídas da prestação de serviços públicos. Resgatou-se, ainda, o poder de

²⁷ Ideia que não existia no direito privado (civil) do século XVIII, tempo em que a propriedade era direito absoluto. Se o particular tinha grandes quantidades de terra, sem qualquer utilidade, o Estado nada podia fazer, pois até então vigia a não interferência na vida do cidadão, para se garantir suas liberdades e protegê-lo dos arbítrios do poder público. No entanto, tal concepção é relativizada justamente em razão das recorrentes e grandes desigualdades sociais e econômicas que surgiram a partir daquela noção. No Estado Social, portanto, a propriedade, embora privada, deveria passar a exercer sua função social, com o escopo de reduzir os contrastes antes existentes.

polícia²⁸ com mais afinco, atingindo setores antes resguardados, como a relação entre particulares.

Em virtude dessa ampliação de tarefas sob incumbência da Administração Pública, houve um aumento do aparato estatal, com pilares na burocracia, dando-se ênfase às prerrogativas do poder público em detrimento dos direitos individuais, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal de Direito.

No que tange especificamente ao princípio da legalidade administrativa, neste diapasão histórico, também uma mudança significativa tomou lugar: a discricionariedade que a Administração tinha no Estado Liberal de Direito, podendo fazer aquilo tudo o que a lei não proibisse, alterou seu conceito, passando o agente público a poder fazer somente aquilo o que a lei permitisse. A discricionariedade, antes considerada um poder político do agente público, passou a ser concebida como um poder jurídico, pois dentro de seu âmbito o administrador público também estaria adstrito à lei.

Num primeiro momento, tal característica poderia ser considerada positiva, diante da submissão mais completa da Administração à lei. Contudo, há que se ter em mente a alteração do próprio conceito de lei sofrido sob a égide do Estado Social, conforme bem salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 28):

Na realidade, o Estado Social de Direito (ou Estado Legal), sob determinado aspecto, representa um avanço, porque coloca toda a atividade da Administração Pública sob a égide da lei. Mas, vista a questão sob o aspecto da evolução sofrida pela própria ideia de lei, houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de que passou a promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da ideia de justiça.

²⁸ Nos termos utilizados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 25), “o poder de polícia também experimentou notável ampliação, em dois sentidos: de um lado, passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações entre particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem *econômica* e *social*, com medidas relativas às relações de emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantos outros. De outro lado, passou a impor obrigações de fazer, como o cultivo da terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer.”

Assim, algumas consequências advindas do Estado Social foram negativas, a exemplo da acima mencionada e considerando, ainda, que o Poder Judiciário, despreparado para julgar questões envolvendo direito administrativo, acabava por não conseguir delinear o campo de discricionariedade administrativa, o que resultou no chamamento recorrente do mérito administrativo, no qual o Poder Judiciário não poderia adentrar, deixando que a discricionariedade se tornasse, muitas vezes, espaço para a arbitrariedade do poder público.

Diante desses resultados, percebendo a insuficiência do Estado Social de Direito²⁹, clamou-se pela inserção de mecanismos diferentes, como a participação popular no controle do poder público e como a vinculação da noção de justiça com a lei, para esta não o ser apenas no aspecto formal. Tais características vieram a fundamentar o chamado Estado Democrático de Direito, o qual “se funda no princípio da soberania popular ao impor a participação efetiva e operante do povo na administração pública, objetivando assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana.” (PEGORARO, 2010, p. 27). Essa concepção de Estado foi adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual declara, já em seu primeiro artigo, que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

Dessa disposição é possível extrair que os atos do Estado têm relação de submissão com a lei e com o direito, garantindo-se, pela tripartição do exercício do

²⁹ “O *Welfare State*, como um Estado moderno, caracteriza-se por apresentar normas de encorajamento, que nada mais são do que normas de organização, vindo por tolerar mais atos discordantes, além de se preocupar mais em favorecer as ações vantajosas do que em desfavorecer as ações nocivas. Esse Estado Assistencial abandona a visão do Direito protetivo repressivo, passando a ser enxergado como ordem de função promocional. Entretanto, com o término da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social acabou por ver-se superado na medida em que não chegou a realizar tudo o que apregoava.” (PEGORARO, 2010, p. 27).

poder, o controle da atividade estatal pelo Judiciário. No entanto, no Estado Democrático de Direito, diferentemente dos anteriores, a lei possui tanto sentido formal quanto material, pois além da necessidade de ser proclamada pelo Poder Legislativo (com ressalvas trazidas pelo próprio texto constitucional), deve visar levar em conta os princípios fundamentais estatuídos pela Constituição. No campo administrativo, a chamada Lei Maior expressamente consagra a legalidade³⁰ como princípio norteador da atividade do Estado.

Constitui-se tal princípio um verdadeiro limite de toda a atividade administrativa, e “surge como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.” (DI PIETRO, 1991, p. 40). Em razão disso, o atuar do poder público deve seguir a lei³¹, justamente para evitar arbítrios e abusos do Estado.

Nas palavras de Marçal Justen Filho (2009, p. 129/130):

Quando se consideram as relações regidas pelo direito público, a situação se altera. Assim se põe porque o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado ou a algum atributo do governante. Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade, a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.

Mais ainda, no âmbito publicístico presume-se que tudo o que, em virtude de lei, for autorizado será reputado como obrigatório. Ou seja, não há cabimento em imaginar que o direito atribuiria poderes para alguém que escolhesse entre fazer ou não fazer – ressalvadas as hipóteses em que essa for a vontade normativa.

A legalidade administrativa, pois, “(...) exige a fiel subsunção da ação administrativa à lei, sendo defeso à Administração Pública agir *praeter legem* ou *contra legem*, podendo atuar apenas *secundum legem*.” (ZANCANER, 2008, p. 25).

³⁰ “Art. 37. 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.” (g.n.).

³¹ “Já em relação à administração, ela só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos ‘trilhos da lei’, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*’. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto!” (LENZA, 2009, p. 684).

Ou seja, somente pode atuar conforme a lei, e não contra ela nem em sua ausência (lacuna legislativa).

Todavia, dentro do regramento imposto à Administração Pública, considerando a quantidade de atos praticados por esta e a impossibilidade de o legislador conseguir especificar todas as situações que porventura apareçam ao agente público, há casos em que a atuação administrativa é vinculada, e outros em que é discricionária. Na primeira, a lei não deixa qualquer opção à Administração, que deve agir exatamente como a norma determina; na segunda, no entanto, o administrador pode agir dentro de algumas opções juridicamente válidas existentes, podendo “escolher”³² uma delas no caso concreto.

Os significados das expressões “vinculação” e “discricionariedade” na atuação administrativa, especialmente desta última, serão abordados mais detalhadamente, em decorrência da importância de tais conceitos para a compreensão da aplicação ou não das concepções de I. Berlin sobre a liberdade no que diz respeito à legalidade administrativa.

O que se deve lembrar, contudo, antes de adentrar ao estudo dessa diferença, é que o princípio da legalidade tem uma conotação diversa quando se trata da liberdade de agir destinada ao agente público do que quando se lida com a liberdade dos indivíduos na sua relação com seus pares, consoante já mencionado. Ou seja, o sujeito, enquanto ser social, pode fazer tudo o que não lhe seja proibido, já o agente público, em seu atuar, somente pode agir se permitido por lei. Conforme bem salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 36):

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo.

³² Coloca-se a expressão entre aspas, juntamente em razão da discussão que se fará a seguir, acerca desta margem de suposta “liberdade” de agir do agente público, em seu referido “poder” discricionário.

Assim, a Administração Pública (na pessoa de seu agente) somente pode agir se houver norma legal autorizadora, isso porque ela “(...) não tem vontade própria, autônoma e desvinculada da lei, constituindo a norma requisito indispensável para que os órgãos e entidades administrativas, por meio de seus agentes, possam praticar qualquer ato com consequências jurídicas.” (BARCHET, 2011, p. 38). Partindo-se desse pressuposto, há que se observar, de antemão, que um importante princípio que se deve levar em consideração no direito público é o da supremacia do interesse público sobre o privado, que deve ser norteador do agir do agente público, bem como o da indisponibilidade desse interesse.

Portanto, dentro do estudo da legalidade administrativa, insta ressaltar a importância dessa supremacia, definindo o que se pode entender por tal princípio, para, então, explicar os conceitos de vinculação e discricionariedade. Assim será possível, após a explicitação das concepções de liberdade de I. Berlin, estudar a possibilidade ou não de aplicação destas à liberdade de ação do agente público, foco do presente trabalho.

Juntamente com a supremacia, está a indisponibilidade do interesse público, noções que, antes da diferenciação acerca da atividade administrativa vinculada e discricionária, devem ser delimitadas, para servirem de pressuposto ao entendimento dessas. Por isso, passa-se, a seguir, a analisar o conteúdo de referidas noções, analisando-as juntamente com a legalidade administrativa.

1.2.3.1 A supremacia e a indisponibilidade do interesse público e a legalidade administrativa

Um princípio de grande relevo e que deve ser levado em consideração quando do estudo da legalidade administrativa é o da supremacia do interesse público sobre o privado. “Esse princípio, também chamado de princípio da **finalidade pública**, está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o

legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.” (DI PIETRO, 2009, p. 64).

Ou seja, o agente público deve pautar sua atuação na medida desse interesse, que está acima do individual. A finalidade pública deve ser buscada em seus atos (o que ganha especial conotação quando se trata de atividade discricionária, conforme se estudará a seguir). Desta forma, se a lei determina que o agente público deve agir de determinada forma, isso se interpreta como comando legal. E, quando a lei dá opções de atuação, deve levar em conta a melhor solução para a satisfação do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 66) exemplifica:

Se a lei dá à Administração Pública os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**, que torna o ato ilegal.

Marçal Justen Filho (2009, p. 56) define que “a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público.” No entanto, referido autor apresenta objeções à aplicação cega disso, pois, para ele, “o interesse público não pode ser contraposto para eliminar um direito subjetivo atribuído a um particular” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 57) e, ainda, refere que “a doutrina costuma invocar o ‘interesse público’, mas sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 59). Conclui referido jurista no sentido de que “a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2009, p. 70).

Afora tais objeções, tem-se, como entendimento majoritário por ora, que o interesse público é supremo em relação ao privado. Demais disso, é ele também considerado como indisponível. Três perspectivas podem ser extraídas desta indisponibilidade, consoante expõe Gustavo Barchet (2011, p. 56/57):

Numa primeira, o princípio é a justificativa para todas as sujeições administrativas, as limitações e restrições impostas pelo ordenamento à Administração com o intuito de evitar que ela atue de forma lesiva aos interesses públicos ou de modo ofensivo aos direitos fundamentais dos administrados. Sempre que estivermos perante uma regra que limita a conduta da Administração, comparativamente aos particulares, estaremos perante uma sujeição administrativa, a qual tem seu fundamento no princípio da indisponibilidade do interesse público. (...)

Em prosseguimento, num segundo sentido, o princípio em comento é o fundamento do que se denomina poder-dever de agir, aspecto dúplice dos poderes administrativos ou caráter instrumental dos poderes administrativos. (...)

Uma terceira interpretação do princípio é o impedimento imposto à Administração de transferir aos particulares os direitos relacionados aos interesses públicos que a lei lhe encarregou de defender.

Assim, o interesse público é indisponível, ou seja, a Administração não pode dispor, declinar dele, caracterizando-se seus poderes também como deveres. E, ainda, toda restrição lhe imposta por lei deve ser interpretada como sujeição administrativa.

Colocados estes pontos essenciais, cabe ressaltar, ademais, que o ato administrativo, praticado pelo agente público, pode tanto ser vinculado quanto discricionário. A noção dessa diferença é de relevância porque, após compreendida, é possível entender que mesmo em atos cuja margem de ação do administrador seja maior (quando atua no âmbito de sua discricionariedade), não se pode falar que tem total liberdade de agir, pois todo ato discricionário é, de algum modo, também vinculado à lei. O chamado “poder” discricionário, como se verá, não se trata, pois, de um poder, mas sim de um poder-dever com submissão à lei, em prol do denominado interesse público, muito embora haja, mesmo assim, uma margem de liberdade de ação do administrador.

Passa-se, primeiramente, à explicação do significado de atos de atribuição vinculada, para após definir os de competência discricionária, no âmbito da Administração Pública.

1.2.3.2 A legalidade em atos de competência vinculada

No que se refere à atividade administrativa vinculada, verifica-se que das inúmeras situações que aparecem na Administração Pública para serem resolvidas pelo agente público, algumas são reguladas pela lei, que é anterior aos fatos. A norma, nesses casos, determina exatamente qual a conduta que o administrador deve tomar ao se deparar com a situação descrita legalmente. Não há qualquer margem de liberdade em sua atuação, nem opções dentre as quais poderia escolher um resultado diferente. “O ato vinculado se caracteriza pela vontade condicionada da Administração, obrigada a manifestar-se desde que preencham certas condições que a lei fixa.” (PEGORARO, 2010, p. 56).

Percebe-se que, nesses casos, não há liberdade de atuação, na medida em que o ato vinculado “(...) confere ao administrador um único comportamento possível diante de um caso concreto. O agente não tem nenhuma liberdade. A lei manda praticar num determinado sentido, desde que surjam os requisitos por ela previamente estabelecidos.” (PEGORARO, 2010, p. 56).

Exemplos desse agir vinculado podem ser citados, como a promoção na carreira militar³³, a nomeação de candidatos aprovados até o limite de vagas previstas no edital³⁴, dentre outros (como a aposentadoria compulsória por idade).

³³ Consoante decisão recentemente emanada pelo Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. PROMOÇÃO. SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR. LEI N. 6652/79. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO. 1. Determina o art. 60, § 2º, da Lei n. 6652/79 que “a promoção de Policial-Militar feita em ressarcimento de preterição será efetuada segundo os princípios de antiguidade ou merecimento, recebendo ele o número que lhe competir na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido, na época devida, pelo princípio em que ora é feita sua promoção”. 2. **A promoção na carreira militar é ato administrativo vinculado.** Não obstante a abertura de vagas para a promoção de militar federal seja um ato administrativo discricionário, a partir do momento em que o edital é publicado, o administrador fica vinculado a todos os termos ali consignados. 3. Restando comprovado que o impetrante foi preterido em sua promoção originária, fato inconteste nos autos, as demais promoções por tempo de serviço deverão ser efetuadas automaticamente em efeito cascata, aplicando a ficção jurídica de que o impetrante foi promovido como se tivesse participado do concurso de promoção por

Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 37):

A lei, todavia, em certos casos regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente, com rigor e objetividade absoluta, os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter, uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Neste lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado.

Nesses casos, pois, não pode o administrador agir de forma contrária ao disposto na lei, pois toda sua atividade já está regulada anteriormente aos fatos. São situações que a lei conseguiu prever, não havendo qualquer razão para agir de maneira diversa à ali exposta, sob pena de se dar espaço a arbitrariedades e à insegurança jurídica.

Na atividade vinculada, não há que se falar, via de regra, em liberdade ou margem de ação para o administrador. Nesta ramificação da legalidade administrativa, o agir administrativo totalmente vinculado retira qualquer discussão, a princípio, acerca da liberdade dos atos do agente público. A Administração, pelo agente público, somente pode agir conforme disposição legal.

antiguidade. Recurso ordinário provido.” (RMS 33.656/RR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 14/04/2011). G.n.

³⁴ Conforme decisão também prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO ADQUIRIDO. 1. Aduz o recorrente a impossibilidade jurídica do pedido feito pelo recorrido, em sede de mandado de segurança, de nomeação a cargo de auxiliar operacional de saúde, em razão da inércia da Administração em promover a investidura da impetrante. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de ser dado ao Judiciário analisar nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas. 3. Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu que a ora recorrida tem direito adquirido à nomeação, eis que foi aprovada dentro do número de vagas previsto no edital do certame. 4. **A jurisprudência desta Corte Superior tem se firmado no sentido de reconhecer que, quando a Administração Pública demonstra a necessidade de preenchimento dos cargos no número de vagas dispostas no edital de abertura do concurso, a mera expectativa de direito dos candidatos aprovados - antes condicionada à conveniência e à oportunidade da Administração (Súmula n. 15 do STF) - dá lugar ao direito líquido e certo à nomeação dos candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas oferecidas.** 5. Ademais, ressalta-se que a necessidade de prover certo número de cargos exposta no edital torna a nomeação ato administrativo vinculado, de modo que **é ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital.** 6. Recurso especial não provido. (REsp 1232930/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 28/04/2011). G.n.

Apenas haverá que se referir à liberdade do agente público em atos de atribuição vinculada quando a norma for de tal forma aviltante ao ordenamento jurídico que sua execução tornaria o próprio ato irracional, conforme adverte Juarez Freitas (2009, p. 11):

De fato e de direito, a vinculação cega, fruto tardio e irrealista da racionalidade monológica, nada serve ao acatamento dos princípios constitucionais, tampouco ao cumprimento das finalidades maiores previstas no citado art. 3º da Constituição brasileira. Na realidade, o agente público tem, sim, o magno dever de rejeitar a ordem manifestamente contrária às diretrizes axiológicas superiores do ordenamento, algo que supõe liberdade e juízo de valor. É imperativo, pois, assimilar que não se deve interditar a sindicabilidade nesse plano, eis que os valores integram a Carta Fundamental. A escolha axiológica dos resultados pode apresentar-se rarefeita. Nula, jamais.

Tal crítica é de grande importância na análise do que se pode entender por vinculação. No entanto, via de regra, os atos de cunho vinculado não comportam maiores elucubrações por parte do agente público, pelo que, para o presente estudo, os atos de competência discricionária têm lugar mais palpável e adequado. Isso porque, diferentemente do que ocorre com os atos vinculados, os de competência discricionária caminham no sentido oposto, ou seja, neles há a possibilidade de se falar em liberdade de atuação do agente público, mesmo que condicionada à supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme se passa a demonstrar.

1.2.3.3 A legalidade em atos de competência discricionária

Noutro vértice, como se declarou, no que se refere à discricionariedade administrativa, a discussão recebe ênfase, especialmente quanto à margem de ação colocada à disposição para os administradores públicos. Considerando que há situações não passíveis de previsibilidade pelo legislador, ao emanar a norma, em razão da grande quantidade de atos de competência administrativa, existem casos

em que a lei não descreve de forma exata qual atitude deve ter o agente público ao se deparar com a situação concreta³⁵. Tem ele, portanto, uma margem de liberdade ao agir, para o fim de escolher qual das soluções é a mais adequada ao caso que se lhe apresenta, em prol do interesse público. É a chamada discricionariedade administrativa³⁶.

Importante ressaltar que a discricionariedade administrativa não aparece na ausência de lei. É ela, sim, um poder-dever que surge ao administrador quando a própria norma regula a matéria de forma a dispor sobre um assunto com mais de uma solução possível a ser dada, na prática. Sem norma legal, conforme anteriormente salientado, não há base jurídica para a atuação do poder público.

Discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade administrativa³⁷. Se a Administração pratica atos contra a lei, ou além da lei (sem que haja disposição legal), o ato que emanou será nulo, pois isso constitui arbítrio, vedado pelo ordenamento jurídico. A discricionariedade, ao contrário, é a margem de possibilidades na atuação do agente público, que deve analisar a conveniência, a oportunidade e o conteúdo do ato.

A conveniência é o juízo que o administrador exerce para verificar se existe ou não interesse público para que aquele ato seja produzido, sem que outros interesses também públicos sejam preteridos com isso. Se decidir pela conveniência, o agente público produz o ato; do contrário, não.

Já a oportunidade, outro ponto a ser analisado pelo administrador, refere-se ao melhor momento para a produção daquele ato conveniente. Pode ocorrer de um ato ser conveniente, mas não oportuno para um determinado momento. Então, o

³⁵ “(...) é de fácil percepção que a norma de Direito dificilmente estabelecerá com este rigor, com esta precisão, todas as situações de fato objetivamente identificável e qual a conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável perante aquela situação de fato. Surgem os atos discricionários.” (PEGORARO, 2010, p. 57).

³⁶ Na explicação do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 38): “(...) fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

³⁷ “A discricionariedade deve ter limites, os quais são expressos através da proporcionalidade, boa-fé, lealdade, igualdade e pelo princípio da eficiência. Desta maneira, a motivação passa a ter papel relevante na verificação da razoabilidade e congruência lógica entre o ato emanado e seu motivo, além da boa-fé da Administração, haja vista que o fundamento da discricionariedade está na variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar e para os quais a lei, por mais detalhista que fosse, estaria impossibilitada de prever as soluções mais vantajosas para cada caso ocorrente.” (PEGORARO, 2010, p. 60/61).

agente público decide a partir de quando o ato começará a produzir seus efeitos jurídicos, diante da verificação do que for melhor para o interesse público.

O conteúdo do ato, por sua vez, é a maneira pela qual o ato será produzido, quais serão os seus termos, também a ser decidido pelo agente público que entendeu ser o ato conveniente e oportuno para ser produzido.

Mencionou-se anteriormente o exemplo da nomeação de candidatos aprovados em concurso público até o número previsto em edital como ato administrativo vinculado, ou seja, o candidato tem direito a ser nomeado se foi aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de abertura do certame. Porém, afora esse número, adentra-se à esfera da discricionariedade administrativa, pois cabe à Administração Pública verificar, dentro dos critérios de conveniência e oportunidade (como, por exemplo, a possibilidade orçamentária para tanto, a necessidade de contratação de mais servidores, entre outros), se é o caso de nomear mais pessoas além das que o edital de abertura previu³⁸. O tanto de candidatos a serem chamados, nesta quota extra, será decidido pelo administrador, e os termos em que será produzido o ato correspondem a seu conteúdo.

Quando se trata de ato administrativo discricionário, pois, logo se pensa em liberdade do agente público, na margem lhe dada pela lei. Pois bem, justamente acerca desse campo de liberdade é que está o cerne da questão colocada nesta dissertação. O ato administrativo se compõe por cinco elementos, quais sejam, competência (ou sujeito), finalidade, forma, motivo e objeto (ou conteúdo)³⁹. Esses

³⁸ Consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ATO DISCRICIONÁRIO. NOVO CERTAME APÓS EXPIRAÇÃO DO PRAZO DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE. 1. **A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade.** 2. **O surgimento de vaga, dentro do prazo de validade do concurso, não vincula a Administração, que em seu juízo de conveniência e oportunidade, pode aproveitar ou não os candidatos classificados fora do número de vagas previstas no edital.** 3. A prorrogação do prazo de validade de concurso é ato discricionário da Administração, sendo descabido o exame quanto à sua conveniência e oportunidade pelo Judiciário. 4. Preenchidas as vagas previstas no edital e expirado o prazo de validade do certame, não há falar em abuso ou desvio de poder referente ao ato que determina a abertura de novo concurso. 5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RMS 28.915/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 29/04/2011). G.n.

³⁹ A competência pode ser definida como a atribuída ao sujeito para a prática do ato. “Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo. (DI PIETRO, 2009, p. 203). A finalidade, por sua vez, é o efeito mediato da prática do ato, o resultado que se pretende obter com sua produção. A forma, que integra

dois últimos formam o chamado mérito administrativo, justamente a esfera na qual o administrador teria essa liberdade de agir, pois quanto aos outros (competência, finalidade e forma), a vinculação à norma é característica.

Muito embora seja chamada de liberdade esta margem denominada mérito administrativo, o administrador, ao escolher dentre as opções que a lei lhe permite, deve atentar ao que melhor atenda ao interesse público. Esta noção, de importância elevada para o direito administrativo, remonta à indisponibilidade e à supremacia do interesse público⁴⁰. Assim, se o agente escolhe a opção, dentre as possíveis, que não seja a melhor a este interesse, poderá ser discutida. Isso porque essa liberdade de agir encontra seus limites justamente na satisfação do interesse público. Assim, o que seria autonomia de vontade do administrador nada mais é, em realidade, que uma liberdade para efetivação da melhor escolha ao interesse em tela.

Partindo-se dessas premissas, há que se pontuar a questão da discricionariedade administrativa em sua relação com o princípio da legalidade e, conseqüentemente, com a concepção de liberdade quando da atuação do agente público no caso concreto.

A discricionariedade administrativa, conforme se demonstrou, ocorre quando, em vista dos critérios da oportunidade e da conveniência, a norma reguladora de determinadas situações não necessita de precisão técnica, justamente porque pretende regular determinadas matérias que permitem ao administrador, a partir dos parâmetros legais e do regime jurídico administrativo, escolher, entre diversas alternativas, aquela que melhor se enquadra ao interesse público naquele caso concreto em específico.

Isto é, a Administração Pública, na impossibilidade de predeterminar todos os comportamentos administrativos diante das peculiaridades que cada caso concreto possa revelar, bem como na impossibilidade de existir uma norma para

a motivação (que é fundamentação e não se confunde com os motivos), é a maneira de exteriorização do ato, levando-se em consideração as formalidades que devem ser observadas para tanto. O motivo “é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo” (DI PIETRO, 2009, p. 210), ou seja, a norma legal que lhe serve de supedâneo e as circunstâncias fáticas que autorizam a prática do ato. O objeto do ato, por fim, é seu conteúdo, o que o ato dispõe, devendo ser lícito, possível, certo e moral.

⁴⁰ Considere-se a crítica trazida a cabo por Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 67): “Ocorre que, em nome do interesse público, atos são praticados sem se cogitar, sequer, se aquele alegado ‘interesse público’ encontraria guarida no ordenamento jurídico.”

cada situação possível da vida⁴¹, permite que existam determinadas normas jurídicas com um maior grau de liberdade de atuação para o administrador público.

No entanto, esta discricionariedade não pode ser traduzida, consoante ensinam as doutrinas mais recentes sobre o tema, como total liberdade do administrador, tendo em vista que em relação à norma o agente público sempre deverá respeitar ao menos dois elementos do ato administrativo, quais sejam: finalidade⁴² (a administração pública está obrigada a perseguir o chamado interesse público primário) e competência (quem é o sujeito legitimado pela lei ou ato normativo para editar uma “regra” jurídica). Demais disso, mesmo em atos discricionários, há que se levar em conta a supremacia do interesse público que rege o direito administrativo.

Sendo assim, muito embora haja certa controvérsia quanto a quais elementos do ato administrativos seriam sempre de caráter vinculado, é possível admitir que existem graus de vinculação de todo ato administrativo discricionário. A discricionariedade não pode ser entendida como total e irrestrita liberdade, o que constituiria, como já se acentuou, arbitrariedade.

O ato a ser emanado pela discricionariedade administrativa é, portanto, permitido por lei. Não é o administrador livre na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos, mas tem sua liberdade de atuação, mesmo quando discricionária, vinculada ao que a própria norma permite para a situação que se apresenta. A discricionariedade está em escolher a melhor opção, mas dentro daquelas que se apresentam possíveis dentro do ordenamento jurídico, senão o ato do agente público será considerado ilegal. Isso porque “discrição não significa, no Estado Constitucional, liberdade para o erro teratológico ou para vantagens indevidas e voluntarismos de matizes irracionais, ainda que dissimulados em ideologia.” (FREITAS, 2009, p. 10).

⁴¹ E justamente aí está o fundamento da discricionariedade: “A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.” (MEIRELLES, 2009, p. 171).

⁴² “Não podendo dela desviar, pois “A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” (MEIRELLES, 2009, p. 89).

Desta forma, pode-se definir que:

Discrecionalidade é, portanto, na sua essência, a margem de liberdade para eleger entre atuar ou não; e, elegendo atuar, definir a conduta mais percuente ante as circunstâncias concretas. Trata-se de margem de autonomia, de espaço de vontade de optar entre opções concedidas na norma, sopesando as ilações jurídicas. (SADDY, 2009, p. 40)

Demonstrados, pois, os conceitos de agente público a que este trabalho se refere, de legalidade administrativa, bem como de atos de competência vinculada e discricionária, adentra-se ao estudo das concepções de liberdade compiladas por I. Berlin, a negativa e a positiva, com o escopo de analisar a possibilidade de referir a liberdade do agente público como sendo uma dessas duas. Ao final, será abordado esse tema especialmente no que tange ao atuar do agente público em sua esfera de discricionariedade administrativa.

2 A DUALIDADE DAS CONCEPÇÕES DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN

Isaiah Berlin, em *Dois conceitos de liberdade*, elabora dois sentidos de liberdade: o positivo e o negativo. A liberdade em sua concepção positiva corresponde à autonomia da vontade do indivíduo. “O sentido positivo da palavra liberdade advém do desejo de parte do indivíduo de ser senhor de si próprio.” (BERLIN, 1991, p. 43, t.n.). Ou seja, “No sentido positivo, a liberdade significa o desejo do indivíduo ser senhor de si próprio e de sua atividade.” (RAMOS, 2005, p. 110). O sentido negativo, por sua vez, é o da não interferência, ou seja, ser livre é poder fazer tudo o que a lei não proíbe, é a ausência de impedimentos ou interferências colocados por outros. “Eu sou normalmente dito livre conforme o grau em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade. Liberdade política neste sentido é simplesmente a área dentro da qual um homem pode agir sem obstrução por outros. [...] Por ser livre neste sentido significa não ser interferido por outros. Quando maior a área de não interferência mais ampla a minha liberdade.” (BERLIN, 1991, p. 34-35, t.n.).

O presente capítulo tem por escopo explicar tais concepções de liberdade trazidas no ensaio de I. Berlin, eis que referida distinção, apesar de ser por vezes contestada na filosofia política, conforme se observará, é clássica e merece destaque, pois “a ideia de liberdade que permeia toda a obra de Berlin e seu sistema de ideias como um todo é muito mais original e bem mais subversiva com relação à tradição intelectual advinda da filosofia do que normalmente se entende.” (GRAY, 2000, p. 15).

Tem, ainda, o fim de expor as concepções de I. Berlin em sua relação com outros filósofos, na medida em que a liberdade na concepção negativa remonta, em termos, ao pensamento de Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, entre outros, enquanto a positiva remete, em certo aspecto, ao de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, entre outros.

Isso tudo para que se possa compreender, num ulterior momento (terceiro capítulo), adentrando-se ao princípio jurídico da legalidade nas esferas constitucional, penal e administrativa, se é possível amoldá-lo em alguma das

concepções de I. Berlin, salientando, ao final, a legalidade administrativa e o estatuto da liberdade do agente público.

Importante ressaltar que a análise da liberdade na distinção de formas diferentes de sua compreensão já foi objeto de investigação por Benjamin Constant, pensador político nascido na Suíça. Em *Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos*, B. Constant explica que a liberdade antiga estava baseada na participação do cidadão na *polis*, ligada à experiência ateniense de democracia, o que remete à tese da liberdade como autogoverno racional no âmbito político do ideal da liberdade positiva na análise de I. Berlin.

Já a liberdade moderna definida por B. Constant estaria ligada à independência pessoal para o livre exercício das escolhas pessoais. Tal liberdade supõe, certamente, a ausência de impedimentos, o que a aproxima do conceito berliniano da liberdade negativa. A liberdade dos modernos seria correspondente à liberdade negativa de I. Berlin, eis que B. Constant (1980, p. 501, t.n.) a definiu baseando-se na esfera de independência pessoal:

Conclui-se do que expus, que não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, que consistia na participação ativa e constante no poder coletivo. Nossa liberdade, para nós, deve ser constituída do utilizar tranquilo da independência privada.

Verifica-se que a independência individual é ponto chave no que se refere à liberdade dos modernos. Para B. Constant, a liberdade individual é garantida pela liberdade política (que é indispensável), ou seja, esta deve ser instrumento daquela, sob pena de se tentar de forma frustrada voltar à liberdade dos antigos. Em suas palavras:

A liberdade individual, repito, é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é a garantia, a liberdade política é, via de consequência, indispensável. Mas pedir às pessoas de nossos tempos para sacrificar, como em outros tempos, a totalidade de sua liberdade individual da liberdade política, é o caminho mais seguro para destacá-los de um lado, e quando conseguimos, não tardaremos em lhes roubar de outro. (CONSTANT, 1980, p. 509, t.n.)

É possível verificar que, apesar da proximidade entre a obra de I. Berlin e a de B. Constant, sendo o pensador suíço anterior, há também uma grande disparidade entre termos. A distinção é marcante no tratamento lexical dos dois autores, pois B. Constant denomina uma liberdade como pertencente aos modernos e outra como pertencente aos antigos, e assim acaba já delimitando qual é o conceito de liberdade que permanecerá em uso em seu tempo, ou seja, afirma que não se vive na antiguidade, tampouco que se vive com a liberdade antiga. Enquanto I. Berlin, ao definir a liberdade como negativa ou positiva, conceitua-a de forma que a exploração teórica desses conceitos não leve para uma determinação ou opção já previamente apontada, havendo inclusive a possibilidade de um balanço de cunho político na aplicação dos dois conceitos de liberdade. É com base nas semelhanças e distinções que segue o presente trabalho, detalhando a liberdade negativa e a positiva para, posteriormente, sopesar algumas das críticas e alguns confrontos possíveis a essa suposta dualidade da qual se vale I. Berlin, tendo em vista o estatuto da liberdade do agente público.

2.1 A CONCEPÇÃO NEGATIVA DE LIBERDADE

A liberdade negativa é explicada por I. Berlin como a ausência de barreiras, de impedimentos, isto é, o sujeito é livre desde que não haja coerção ou interferências de terceiros. “A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros.” (BERLIN, 1981, p.136).

Na análise de I. Berlin, a liberdade negativa é vivida quando o indivíduo não sofre coerção ou impedimentos por outros. Um campo mínimo de liberdade deve ser assegurado, sendo que a liberdade negativa é a liberdade *em face de*⁴³, enquanto a positiva, conforme se verá no ponto seguinte, é a liberdade *para*.

⁴³ I. Berlin coloca que a liberdade negativa seria a liberdade “from”, sendo a positiva a liberdade “to”. Há críticas no que tange a esta diferenciação. Adam Swift (2006, p. 53, t.n.) sustenta que: “Este é um erro. Se há uma distinção entre liberdade negativa e positiva não é o presente. A distinção entre

Segundo o autor:

Temos de preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos “degradar ou negar nossa natureza”. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela da nossa liberdade para preservar o restante. Mas a submissão total constitui auto derrota. Qual, então, deverá ser esse mínimo? Deverá ser aquele que um homem não pode abandonar sem causar prejuízos à essência de sua natureza humana. O que constitui essa essência? Quais são os padrões que ela origina? São questões que sempre representaram – e provavelmente sempre representarão – ilimitado campo de discussões. Mas, qualquer que seja o princípio segundo o qual deve ser traçada a área de não interferência, seja ele o do direito objetivo natural ou o dos direitos subjetivos naturais, da utilidade ou dos termos de um imperativo categórico, da sacralidade do contrato social ou de qualquer outro conceito com o qual os homens têm procurado esclarecer e justificar suas convicções, a liberdade nesse sentido significa liberdade *de*, nenhuma interferência além da fronteira móvel, mas sempre identificável. (BERLIN, 1981, p. 139/140)

Segundo explica Celso Lafer (1980, p. 18), “Liberdade, neste sentido, não é o obrigatório, nem mesmo do autonomamente consentido, mas sim o que se encontra na esfera do não impedimento.”

A liberdade negativa, que é abarcada pelo liberalismo⁴⁴, pode, portanto, ser entendida como a situação em que o sujeito pode agir sem ser impedido por outros sujeitos, ou seja, não há obstáculos externos para que o agente aja. Foca-se a análise no critério não do agente (sua vontade interior), mas sim nos fatores externos a ele. Por essa acepção, o sujeito é livre desde que outros não obstruam

'liberdade de' *versus* liberdade para' é um arenque vermelho. A maneira de ver isso é notar que todas as liberdades são liberdades 'de' e liberdades 'para'. Pegue qualquer liberdade que você queira, ela será um tanto liberdade de e quanto liberdade para.". Ainda, Gerald MacCallum critica I. Berlin neste ponto, primeiramente sustentando não existir a divisão de liberdade em duas concepções, sendo ela uma relação triádica e, também, não haver diferença entre "freedom from" e "freedom to". Segundo MacCallum (1991, p. 102, t.n.): "Sempre que a liberdade de algum agente ou agentes esteja em questão, é sempre a liberdade de algum constrangimento ou restrição, interferência ou barreira para fazer, não fazer, tornando-se, ou não se tornando algo. Essa liberdade é, portanto, sempre *de* alguma coisa (um agente ou agentes), *a partir de* algo, *para* fazer, não fazer, tornar-se, ou não se tornar algo, é uma relação triádica."

⁴⁴ "O liberalismo compreende a liberdade (na sua acepção negativa) como o afastamento de impedimentos, barreiras ou restrições de outrem para que alguém possa fazer ou deixar de fazer aquilo que tem desejo de fazer. Nos limites definidos pela lei, o indivíduo possui um campo de ação livre para o mais amplo exercício da sua liberdade, desde que não seja impedido, obstruído ou coagido por outrem. A coerção significa uma deliberada ingerência que restringe a liberdade de alguém naquilo em que se poderia agir ou deixar de agir de outra forma caso não existisse essa interferência." (RAMOS, 2006, p. 85).

sua ação, e a verificação da liberdade limita-se à observação objetiva disso, sem adentrar ao campo subjetivo da autonomia da vontade (como ocorre com a liberdade positiva, conforme se verá).

Para melhor análise desta concepção, indispensável compreender a liberdade em Thomas Hobbes, o qual explica que no estado de natureza (hipotético, excetuando-se a possibilidade de ter existido em algumas regiões nativas da América) a igualdade de habilidades entre os homens predomina. Todos os homens nascem iguais uns aos outros, na medida em que todos possuem como atributos naturais as mesmas possibilidades que permitem o desenvolvimento de certos poderes, sendo esses poderes atributos como força, inteligência ou até mesmo a capacidade de união de homens em prol de um fim. Neste estado de natureza, em que os homens dispõem das mesmas qualidades para a obtenção de seus fins, a igualdade faz com que surjam a insegurança e a desconfiança. A liberdade que o homem tem, na igualdade do estado de natureza, na realidade não é uma liberdade efetiva, real, eis que a qualquer momento é ameaçada pelos desejos do próprio homem, em oposição aos desejos dos outros homens. Por isso, T. Hobbes definiu que, no estado de natureza, o homem é o lobo do próprio homem (se dois querem a mesma coisa, mas um deles não a tem, a luta é travada), pois todos têm direito a tudo, o que gera uma tremenda insegurança. Para que se efetive uma verdadeira liberdade, necessário haver um poder soberano, eis que os homens em igualdade no estado de natureza podem causar um ao outro a própria morte. No estado de natureza, o que existe é o egoísmo predominante, que leva à constante insegurança pela impossibilidade de assegurar sempre uma condição que não seja indesejável, ou seja, uma situação que incorra em morte.

T. Hobbes (1974, p. 82) salienta que o que faz o homem sair do estado de natureza, ou seja, abandoná-lo, são preceitos racionais, que chamou de lei da natureza:

Uma *lei da natureza* (*Lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la.

Esta lei da natureza é uma emanção da razão, que pode levar a uma preservação da vida e paz entre os indivíduos. Tudo isso para que o estado de guerra seja evitado, e para que a paz, a prosperidade e a vida sejam reinantes. T. Hobbes (1974, p. 82) emana tal regra geral da razão da seguinte forma: “Que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de conseguí-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra.” Há dois pontos a serem observados na regra: o primeiro que autoriza a defesa de si por parte de cada homem, o segundo que preconiza a busca pela paz, havendo um vínculo de necessidade entre esses dois pontos, donde a autopreservação, guiada pela razão, leva à busca pela paz. Desta lei fundamental, via de consequência surge uma segunda:

Que um homem concorde, quando outros também o façam, e na medida em que tal considere necessário para a paz e pra a defesa de si mesmo, em renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se, em relação aos outros homens, com a mesma liberdade que aos outros homens permite em relação a si mesmo. Porque enquanto cada homem detiver seu direito de fazer tudo quanto queira todos os homens se encontrarão numa condição de guerra. Mas se os outros homens não renunciarem a seu direito, assim como ele próprio, nesse caso não há razão para que alguém se prive do seu, pois isso equivaleria a oferecer-se como prosa (coisa a que ninguém é obrigado), e não a dispor-se para a paz. É esta a lei do Evangelho: Faz aos outros o que queres que te faça a ti. E esta é a lei de todos os homens: Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. (HOBBS, 1974, p. 83)

Verifica-se, com isso, que o homem deve estar disposto a abrir mão de parte de seus poderes (se os demais também estiverem dispostos a tanto), satisfazendo-se com a liberdade que possui (que é a mesma que os outros também têm). Apenas não seria cabível a renúncia a um poder no caso de o outro não estar disposto a também renunciar.

Da segunda lei surge a terceira, que dispõe: “Que os homens cumpram os pactos que celebrarem.” (HOBBS, 1974, p. 90), a qual resguarda a questão da justiça. Em seguida, outras leis da natureza são enunciadas por T. Hobbes, e tais leis somente serão observadas efetivamente se houver um poder que imponha tal

obediência ou observância, pois se depender somente dos preceitos da razão e do receio de morte, não seria suficiente e possível. Por isso a necessidade de haver um Estado:

Para Hobbes, todos os homens nascem iguais e livres quanto à capacidade de atingirem seu fim. Mas, na condição natural, o homem tem uma propensão para a maldade, para a guerra de um contra o outro. (...) Este estado de guerra, de conflitos, não é benevolente para os homens. Ninguém se sente tranquilo tendo que viver no confronto, na insegurança, na eterna desconfiança. O fim último de todos os homens é o desejo de sair desta condição de guerra, de poder cuidar da sua própria conservação e de ter uma vida mais satisfatória. E o único caminho que o homem tem para sair dessa anarquia natural, que depende de sua natureza e para estabelecer a paz prescrita pela primeira lei natural, é a instituição de um poder comum, ou seja, o Estado. (WOLLMANN, 1993, p. 61.)

O Estado é instituição necessária, pois se não existir tal aparato, as leis da natureza perdem facilmente lugar para as paixões naturais. E o Estado (o Leviatã), para T. Hobbes, faz com que surja e possa existir a própria sociedade, tendo essa concepção de sociedade um cunho moderno bastante demarcado. Com sua institucionalização, as leis e os contratos dela consequentes fazem com que os homens tenham, em função do Estado, suas paixões e poderes controlados e consigam conviver um com outro, ou seja, possam viver em sociedade, estabelecendo-se o que é de direito de cada qual.

T. Hobbes, ao justificar o poder soberano, é contratualista, sendo que ele:

(...) concebe um contrato diferente, original. Trata-se de um tipo de contrato ou pacto que não diz respeito a nenhuma realidade já existente. Trata-se de contratos firmados pelos homens naturais entre si em benefício a um terceiro, que é imbuído do poder soberano. Observamos que o soberano não assina o contrato; este é apenas firmado pelos que vão ser súditos, os beneficiados. A razão desse processo é simples. É que no momento em que os indivíduos celebram entre si o contrato, não existe ainda o poder do soberano. (WOLLMANN, 1993, p.70.)

A partir do contrato social, quando os indivíduos o pactuam, conferindo ao soberano o poder, a fim de que não haja estado de natureza (de guerra), a liberdade

destes indivíduos é afetada. O soberano, que foi lá posto pelo contrato, é quem tem o poder de dizer o que é certo e errado, sendo que a nenhum súdito cabe reclamar sem que incorra em afronta à legitimidade do soberano. Os termos do pacto, para T. Hobbes (1974, p. 109), são assim emanados: “Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.”.

Com o Estado instituído, sendo ele monstruoso em seus poderes (Leviatã), a liberdade do indivíduo, do súdito, passa a ter restrições pela própria natureza do pacto firmado, donde os poderes naturais dos homens estão restritos em suas aplicações devido ao Estado, com a intenção de obter, dessa forma, a pacificação e a segurança ausente no estado de natureza.

T. Hobbes (1974, p. 133), então, define liberdade da seguinte forma:

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. Porque de tudo o que estiver amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeias; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos. Mas quando o que impede o movimento faz parte da constituição da própria coisa não costumamos dizer que ela não tem liberdade, mas que lhe falta o poder de se mover; como quando uma pedra está parada, ou um homem se encontra amarrado ao leito pela doença.

Vale-se ele de uma tendência mecanicista para compor sua compreensão sobre a liberdade humana, não diferenciando, em primeiro plano, a liberdade no sentido mais amplo daquilo que se encontra nos animais ou na natureza, ou seja, uma simples liberdade de movimentação. Contudo, essa forma de liberdade ampla e mecanicista é especificada pelo filósofo britânico:

Conformemente a este significado próprio e geralmente aceite da palavra, um *homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer*. Mas sempre que as palavras *livre* e *liberdade* são aplicadas a qualquer coisa que não é um *corpo*, há um abuso de linguagem; porque o que não se encontra sujeito ao movimento não se encontra sujeito a impedimentos. (HOBBS, 1974, p. 133)

Observa-se que T. Hobbes explica a liberdade, pois, como ausência de obstáculos, remetendo-se ao corpo que esteja sujeito ao movimento. Não é livre, portanto, o corpo que, sujeito ao movimento, encontra algum obstáculo que o prive dele.

No Estado civil, em que os súditos estão sob o poder do soberano, o indivíduo pode fazer tudo quanto não foi proibido por aquele, e nenhuma liberdade é legítima se for para ir de encontro à força do Estado. T. Hobbes (1974, p. 138) explica que “Quanto às outras liberdades, dependem do silêncio da lei. Nos casos em que o soberano não tenha estabelecido uma regra, o súdito tem a liberdade de fazer ou de omitir, conformemente a sua discrição.” A liberdade sem leis, conforme o filósofo, leva ao absurdo. Assim, dentro do espaço, do campo do que as leis determinam, o indivíduo pode agir, bem como no silêncio dela. É livre fazendo o que a lei manda ou no campo em que ela silencia.

Neste contexto é que se pode aproximar a concepção hobbesiana de liberdade com a negativa exposta por I. Berlin, na medida em que, para T. Hobbes, a liberdade é a ausência de obstáculos e o indivíduo é livre no silêncio da lei (quando esta não o limita o agir). A ideia de uma liberdade negativa em verdade tem parte de sua formulação originária como advinda de T. Hobbes, pois, segundo a própria visão de I. Berlin sobre a liberdade negativa e sua concepção, não podemos viver em total liberdade dada a desordem e a ameaça constantes entre os homens em um estado de desregramento, estado esse que remete ao estado de natureza.

No que se refere à liberdade em sua concepção negativa, também importa ressaltar a linha de pensamento do filósofo utilitarista e jurista inglês, para o qual liberdade é ausência de obstáculos legais ou físicos externos, Jeremy Bentham (2007, p. 08):

Como ainda não houvesse lei na terra. O legislador ainda não entrou em seu escritório. Como se ainda ele não tivesse nem ordenado nem proibido qualquer ato. Até então, portanto, todos os atos são livres: todas as pessoas mesmo contra a lei são livres. Contenção, restrição, compulsão, coerção, dever, obrigação (as espécies que refiro a partir da lei) são coisas desconhecidas.

Observa-se que, em sua visão, a liberdade reside no espaço e tempo anterior à lei. A partir do momento em que surge um obstáculo legal, a liberdade não está. Ela existe antes dele. Tanto é que o objetivo das leis seria o aumento da felicidade, sendo a punição um ato pernicioso, só admitida se for para evitar um mal maior. Nos termos de J. Bentham (1974, p. 65):

- I. – O objetivo geral que caracteriza todas as leis – ou que deveria caracterizá-las, consiste em aumentar a felicidade global da coletividade; portanto, visam elas em primeiro lugar a excluir, na medida do possível, tudo o que tende a diminuir tal felicidade, ou seja, tudo o que é pernicioso;
- II. – Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma, um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances no sentido de evitar um mal maior.

A ideia de que se serve J. Bentham não parte dos mesmos pressupostos de T. Hobbes, mas as leis e o estado civil acabam tendo uma função semelhante, onde os homens cedem em suas liberdades individuais em prol de uma segurança ou uma espécie de pacificação. A teoria de J. Bentham vê o homem como livre quando não compelido pelas leis, já que a liberdade que é pensada nesse ponto é mais ampla, ou seja, a liberdade de ação de um modo geral, como igualmente vê T. Hobbes no estado de natureza, onde os poderes naturais dos homens são utilizados para a busca de sua autossatisfação. As visões de T. Hobbes e J. Bentham convergem no sentido de que apenas com leis, e muitas vezes apenas por meio das leis, é possível atingir uma situação de tal forma vantajosa que uma situação de total e irrestrita liberdade não possibilitaria a ocorrência. A liberdade negativa de I. Berlin

vislumbra essa tradição de posição sobre a liberdade, em que a coerção não é vista de forma pejorativa, pois, apesar de um cerceamento nas ações, por meio de leis ou em função da existência do Estado, há a possibilidade de alcançar uma condição plausível de sociabilidade.

John Stuart Mill, por sua vez, escritor político inglês do século XIX, coloca a não interferência como regra, sendo que somente esta é legítima se a motivação for a de proteger a si mesmo ou prevenir danos a terceiros. Nas palavras de J. S. Mill (1963, p. 12/13)

Tal princípio é o de que a autoproteção é o único objetivo pelo qual se pode garantir aos homens, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer deles. O único objetivo a favor do qual se possa exercer legitimamente pressão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, consiste em prevenir dano a terceiros. Não basta que se leve em conta o próprio bem, físico ou moral, da pessoa. Não se tem o direito de obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer por ser melhor para ele, ou porque lhe promova a felicidade, ou ainda porque, na opinião de terceiros, fazê-lo seria mais prudente ou mais acertado. Tais razões seriam aceitáveis para admoestá-lo, instar com ele, discutir ou persuadir, mas não para o compelir ou castigar com qualquer penalidade, caso proceda de modo diverso. A fim de justificar a interferência, imperioso será demonstrar que a conduta da qual se pretende afastá-lo causará dano a outrem. A parte única da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que entende com terceiros. Na parte que diz respeito tão-só a êle próprio, a independência é, por direito, absoluta.

Percebe-se, da leitura do trecho acima citado, que J. S. Mill acaba por definir a liberdade ligada à ausência de impedimentos externos, abarcando em termos a noção negativa de liberdade de I. Berlin. J. S. Mill (1963, p. 16) continua expondo que:

Não é livre qualquer sociedade em que não se respeitem, em conjunto, essas liberdades⁴⁵, seja qual for sua forma de governo; e nenhuma é completamente livre se essas liberdades não existem em caráter absoluto e sem reservas. A única liberdade que mereça esse nome é a de procurar o nosso próprio bem pela maneira que nos convenha, desde que não

⁴⁵ J. S. Mill refere-se, aqui, às liberdades de pensamento, de sentimento, de opinião, de expressão, de gostos e de ocupações, de formular um plano de vida, a de fazer o que se deseja, de os indivíduos se unirem para quaisquer fins desde que não prejudiquem terceiros. (MILL, 1963, p. 15).

procuremos privar o próximo da que lhe compete ou impedir-lhe os esforços para consegui-la.

Desta forma, o filósofo político aproxima-se da concepção negativa de liberdade, consoante explicação formulada por G. W. Smith (1984, p. 183, t.n.):

Quase na mesma sentença na qual ele formula o Princípio, ele menciona, como impedimentos à "liberdade de ação", "compulsão", "força física na forma de penalidades legais" e "coerção moral da opinião pública", todos sugerindo que a liberdade de ação deve ser interpretada (aproximadamente) como "ausência de impedimentos externos em um agente de fazer o que ele quer fazer.

O que se percebe em J. S. Mill não é apenas uma aproximação um tanto quanto tímida do conceito de liberdade negativa, mas é também uma revisão dos conceitos de T. Hobbes e J. Bentham, mesmo que não explicitamente. Por se tratar de um filósofo mais recente que os outros dois, e portanto mais próximo da problemática que envolve o debate sobre a possibilidade de coexistência desses conceitos, J. S. Mill acaba mantendo o princípio de auto-preservação presente em T. Hobbes, mas vê a liberdade como necessária no seio da sociedade, ou seja, do estado civil. Contudo, não nega inteiramente formas de coerção que acabam delimitando uma liberdade negativa. O que parece surgir em J. S. Mill, e isso seria bastante inovador, é uma liberdade positiva que ocorre no âmbito da liberdade negativa. Os conceitos de I. Berlin são de tal forma ilustrativos que permitem esse uso na teoria de outros filósofos, contudo não se afirma que I. Berlin é, como J. S. Mill, adepto de uma dupla utilização concomitante das concepções de liberdade negativa e positiva.

Norberto Bobbio, embora contrário a uma única definição de liberdade, explica que significações como as concepções negativa e positiva são importantes na teoria política. Explica que “Por liberdade negativa, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos.” (BOBBIO, 1997, p. 48). Infere-se do enunciado que a liberdade negativa está associada tanto à

ausência de impedimentos (poder agir sem que haja obstáculos para tanto), como também à ausência de constrangimento (poder não agir sem ser obrigado a agir). Ou seja: o indivíduo pode fazer tudo quanto a lei permite ou não proíbe, não podendo agir somente quando há impedimento legal para tanto ou devendo agir apenas quando há obrigação derivada de lei para que aja. N. Bobbio (1997, p. 49) sintetiza a significação da liberdade negativa, expondo que:

A liberdade negativa costuma também ser chamada de *liberdade como ausência de impedimento ou de constrangimento*: se, por *impedir*, entende-se não permitir que outros façam algo, e se, por *constranger*, entende-se que outros sejam obrigados a fazer algo, então ambas as expressões são parciais, já que a situação de liberdade chamada de *liberdade negativa* compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer.

N. Bobbio, portanto, coloca que é insuficiente definir a liberdade negativa tão só como ausência de impedimentos, eis que deve abarcar, também, a ausência de constrangimentos.

Importante salientar que a liberdade negativa, a qual, conforme I. Berlin, não se refere à origem do controle, não tem relação com a democracia, isto é: pode existir a liberdade nesta concepção numa sociedade democrática ou não, “[...] mas não há nenhuma conexão necessária entre a liberdade individual e a norma democrática.” (BERLIN, 1981, P. 142). Se for a questão levada à origem do controle, ela será positiva, indicando a vontade autônoma, e não negativa.

Ademais, a liberdade negativa não está para a satisfação dos desejos. Na introdução de “Quatro ensaios sobre a liberdade”, I. Berlin (1981, p. 21) preleciona que:

O sentido de liberdade individual, e assim emprego eu a expressão, implica não apenas a ausência de frustração (que pode ocorrer quando se destroem os desejos), mas também a ausência de obstáculos a possíveis escolhas e atividades – ausência de obstáculos nas estradas por onde um homem pode decidir passar. Essa liberdade, em última instância, depende não de eu desejar passar ou até que ponto desejo ir, mas de quantas portas estarão abertas, se estarão suficientemente abertas, da relativa

importância dessas portas em minha vida, mesmo que seja impossível literalmente mensurar isso por algum padrão quantitativo.

A liberdade em sua concepção negativa é, pois, a liberdade de agir sem ser impedido ou de não agir sem ser obrigado, sendo que não se considera, nesta liberdade de agir, o livre arbítrio, a autonomia do “eu”. Percebe-se então a inovação do conceito de I. Berlin, pois mesmo havendo proximidades entre o autor e alguns filósofos, como foi demonstrado, há elementos que distinguem notoriamente. Se T. Hobbes funda sua ideia de liberdade em uma cessão que visa à seguridade, I. Berlin aponta para a necessidade de ordem e segurança, mas não se afasta tanto da detenção da liberdade por parte de um sujeito. Se J. Bentham e J. S. Mill veem no estado civil uma forma de buscar a felicidade, ou satisfação, mesmo com conceitos de liberdade distintos, I. Berlin vê na coerção estatal, ou seja, na liberdade negativa, não uma busca por felicidade ou satisfação, como foi apontado na citação supramencionada, mas busca delimitar um conceito de liberdade de cunho mais político que puramente um mecanismo útil para uma vida privada sem cerceamentos. A concepção de liberdade negativa de I. Berlin tem caráter liberal, porém não se confundindo com uma tradição como a presente em B. Constant. Seu caráter político é, sem dúvida, um ponto a ser ponderado como distinto.

Delimitado, então, o conceito negativo de liberdade, passa-se a definir o positivo, para, em seguida, apontar algumas críticas e possíveis confrontos ao dualismo na proposta de I. Berlin.

2.2 A CONCEPÇÃO POSITIVA DE LIBERDADE

Ao contrário da concepção negativa, a liberdade em seu conceito positivo “[...] tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio amo e senhor” (BERLIN, 1981, P. 142). É a liberdade da autonomia, do autogoverno (ela pressupõe a existência deste elemento interior), é o indivíduo ser dono de si mesmo, de seus

atos. É a liberdade de o indivíduo ser sujeito e não sujeito-objeto. Na liberdade positiva:

Eu desejo que minha vida e decisões dependão de mim mesmo, não de forças externas de qualquer tipo. Desejo ser o instrumento de mim mesmo, não de outros homens, ato de vontade. Desejo ser um sujeito, não um objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes, que são parte de mim mesmo, e não por causas que me afetam, por assim dizer, de fora. Quero ser alguém, não ninguém; um fazedor - decidindo, não sendo decidido por, ser autodirigido e não agir ordenado por uma natureza externa ou por outros homens como se eu fosse uma coisa, ou um animal, ou um escravo incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber objetivos e políticas de minha autoria e realizá-los. (BERLIN, 1991, p. 43/44)

Essa ânsia subjetiva de que decorre a liberdade, tratada no trecho anterior por I. Berlin, é exemplo do caminho que leva a uma ideia de liberdade positiva. Quer-se ser livre em todos os sentidos para desempenhar os desejos individuais sem refreamento. Porém, continua I. Berlin (1991, p. 43/44, t.n.):

Isso é pelo menos parte do que quero dizer quando digo que sou racional, e que é minha razão que me distingue como um ser humano do resto do mundo. Desejo, acima de tudo, estar consciente de mim mesmo como um ser pensante, que sente, ativo, tendo a responsabilidade por minhas escolhas e capaz de explicá-las por referências a minhas próprias idéias e propósitos. Eu me sinto livre na medida em que eu acredito que isso seja verdade, e escravizado na medida em que eu sou feito para perceber que não é.

Enquanto na liberdade negativa trabalha-se com a ideia de independência, de ação, e fala-se em agente (sem adentrar ao campo da vontade deste), o qual age na ausência de impedimentos, na concepção positiva de liberdade, a autonomia, a razão, a vontade do agente são levadas em consideração. Ou seja, na liberdade negativa faz-se referência à ação livre; na positiva, à autonomia da vontade do sujeito.

N. Bobbio (1997, p. 51) explica a liberdade positiva como sendo:

(...) a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de *autodeterminação* ou, ainda mais propriamente, de *autonomia*. A primeira forma de liberdade é *negativa* porque designa, sobretudo, a ausência de algo (já foi observado que, na linguagem comum, *livre em face de* é frequentemente sinônimo de *sem que*, tanto que o modo mais comum de explicar o que significa que eu agi livremente é dizer que agi *sem que...*); a segunda é *positiva* porque indica, ao contrário, a presença de algo, ou seja, de um atributo específico de meu querer, que é precisamente a capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido.

A concepção positiva de liberdade remonta, primeiramente e em termos, a Jean-Jacques Rousseau, tal como a negativa remete-se a T. Hobbes. Aquele filósofo explica que no estado civil o indivíduo é independente, obedecendo apenas às leis que ele mesmo estipulou para si, "porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade." (ROUSSEAU, 2006, p. 25). Ou seja, o homem é livre quando obedece às determinações de sua própria vontade e sua liberdade civil encontra limites apenas na vontade geral. E "aquele que se recusar a obedecer à vontade geral a isso será constrangido por todo o corpo – o que significa apenas que será forçado a ser livre." (ROUSSEAU, 2006, p.25).

O homem, no estado civil, serve a um preceito de liberdade que corresponde ao mesmo tempo a sua própria condição de liberdade e a uma condição de liberdade geral, representada pela vontade geral. O fato de que o processo legislativo represente a liberdade de um homem significa tão somente que as leis devem representar a não coerção dos homens pelos homens. N. Bobbio (1997, p. 51/52), neste ponto, explica que:

A definição clássica de liberdade positiva foi dada por Rousseau, para quem a liberdade no estado civil consiste no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do *eu comum*, não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu: *A obediência às leis que prescrevemos para nós é a liberdade*.

Para J-J. Rousseau, a liberdade não está dissociada da obediência às leis, na medida em que estas foram instituídas pelos próprios indivíduos, ou seja, a lei emana da vontade geral. Contratualista, acentua que a liberdade convencional vem em lugar à liberdade natural que havia antes do pacto social. Nas palavras de J-J. Rousseau (2006, p. 21):

Encontrar uma forma de associação⁴⁶ que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, conduto, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes. Este é o problema fundamental cuja solução é fornecida pelo contrato social. (...) violado o pacto social, cada qual retorna aos seus primeiros direitos e retoma a liberdade natural, perdendo a liberdade convencional pela qual renunciara àquela⁴⁷.

A vontade geral não se confunde com a vontade do particular (esta tende a predileções e aquela à igualdade). A vontade geral não precisa ser unânime, na medida em que “(...) para que uma vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas sim que todos os votos sejam contados” (ROUSSEAU, 2006, p. 34). A vontade de todos não é sinônimo da vontade geral, eis que “(...) esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares.” (ROUSSEAU, 2006, p. 37). E a obediência à lei da vontade geral (consentida pelo indivíduo) é obediência, portanto, à própria vontade do sujeito, enquanto participante da autoridade soberana.

A submissão às leis significa, então, liberdade. J-J. Rousseau (1989, p. 29) afirma que:

⁴⁶ “(...) o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os particulares, que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano.” (ROUSSEAU, 2006, p. 23).

⁴⁷ “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que com ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para que não haja engano a respeito dessas compensações, importa distinguir entre a liberdade natural, que tem por limites apenas as forças do indivíduo, e a liberdade civil, que é limitada ela vontade geral (...)” (ROUSSEAU, 2006, p. 26).

Teria desejado viver e morrer livre, isto é, de tal modo submisso às leis, que nem eu nem mais ninguém pudesse ameaçar o honroso jugo; esse jugo doce e salutar, que as cabeças mais altivas suportam tanto mais docilmente quanto menos afeitos são a aceitar qualquer outro⁴⁸.

Para ele, pois, “(...) a obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade.” (ROUSSEAU, 2006, p. 26). E tal obediência é devida em razão de a lei ser estabelecida pela vontade geral. Assim é que se compatibiliza a questão da obediência com a da liberdade no pensamento do autor.

Sobre esse ponto, I. Berlin manifesta-se ao descrever a liberdade positiva. O pensamento de J-J. Rousseau é, sem dúvida, participante da concepção de liberdade, sendo que há exemplificações dessa participação em documentos legislativos do séculos XVIII, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que versam sobre a liberdade. Contudo, a posição de I. Berlin (1981, p. 154) é crítica, como pode ser visto:

A liberdade, longe de ser compatível com a autoridade, torna-se praticamente idêntica a ela. Esse é o pensamento e a linguagem de todas as declarações dos direitos do homem no século XVIII, e de todos os que consideram a sociedade como um projeto elaborado conforme leis racionais do legislador sábio, ou da natureza, ou da história, ou do ser supremo.

É possível compreender a crítica de I. Berlin ao conceito de liberdade em J-J. Rousseau, já que, segundo o filósofo político britânico, o que faz o filósofo francês é resolver o problema da dissociação entre autonomia e autoridade por meio da transformação da autoridade em uma espécie de representação da autonomia, com a criação da vontade geral. Porém, essa crítica não é interrompida com J-J. Rousseau, podendo seguir para outros filósofos de mesma posição sobre a liberdade e principalmente sobre a legislação racional do século XVIII.

⁴⁸ Quanto a este ponto, Jean-François Braunstein faz o seguinte comentário, interpretando J-J. Rousseau: “A lei permite, por sua universalidade, evitar a arbitrariedade da decisão individual e reencontrar o equivalente da dependência natural em relação às coisas. ‘A obediência à lei que instituímos é liberdade’ (O Contrato Social)” (ROUSSEAU, 1989, p 29).

A concepção de liberdade positiva foi também abarcada por I. Kant, com a influência de J-J. Rousseau. Em realidade, I. Kant retomou a tese de J-J. Rousseau, adentrando, contudo, ao campo moral da questão. “Kant aprofunda a tese política de Rousseau levando-a para o campo normativo do agir moral que se regula pela ideia do dever que a lei moral impõe e para o qual o princípio da autonomia constitui a pedra angular.” (RAMOS, 2008, p. 46).

I. Kant (2003, p. 163) também trabalha com a noção de obediência às leis, preconizando inclusive que:

(...) um povo não pode oferecer qualquer resistência ao poder legislativo soberano do Estado que fosse compatível com o direito, uma vez que uma condição jurídica somente é possível pela submissão à sua vontade legislativa geral. Inexiste, por conseguinte, direito de sedição (*seditio*), e menos ainda de rebelião (*rebellio*), e menos do que tudo o que mais existe um direito contra o chefe do Estado como pessoa individual (o monarca) *de atacar sua pessoa ou mesmo sua vida (monarchomachismus sub specie tyrannicidii)*, sob o pretexto de que abusou de sua autoridade (*tyrannis*). Qualquer tentativa neste sentido é de *alta traição (proditio eminens)* e quem quer que cometa tal traição tem que ser punido com nada mais do que a morte, por haver tentado *destruir sua pátria (parricida)*. A razão do dever que tem um povo de tolerar até o que é tido como um abuso insuportável da autoridade suprema é sua resistência à legislação maior nunca poder ser considerada algo distinto daquilo que contraria a lei e, com efeito, como algo que suprime toda a constituição legal.

Em sua doutrina do direito, I. Kant (2003, p. 76) define direito como sendo “(...) a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.”

Tais escolhas devem ser feitas conforme uma lei universal. E isso remonta à autonomia da vontade. Kant (2007, p. 85), ao tecer explicações sobre a autonomia, assevera que:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal.

E o princípio da autonomia, por sua vez, é princípio da moral. “Pela simples análise dos conceitos da moralidade pode-se, porém, mostrar muito bem que o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral.” (KANT, 2007, p. 85/86).

I. Kant (2007, p. 95/96) estabelece o conceito de liberdade como um conceito da razão. Afirma que “(...) a todo ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia da liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir.”

Ou seja, para I. Kant, liberdade não está dissociada da obediência, mas também seu conceito é um conceito de razão e está, ainda, no campo da moral. O princípio da autonomia, como princípio da moral, remete à noção de vontade livre do sujeito, vontade atribuída a todos os seres racionais.

No que se refere à autonomia da razão, tem-se que esta razão é autorreferencial (auto constituinte, autotélica e auto representante), na medida em que é tanto sujeito na ação, fim na ação e fonte autônoma da ação). Cesar Augusto Ramos (2008, p. 46) explica que:

(...) é possível impor uma necessidade moral sobre o próprio sujeito, da qual ele não pode esquivar-se e que esse constrangimento não se converte em prejuízo ou privação da liberdade. Desse modo, o princípio da autonomia da razão prática, ou seja, de submeter-se apenas à lei que ela dá a si própria, constitui o elemento basilar do agir moral para Kant. Tal princípio revela a capacidade autorreferencial da razão nas seguintes dimensões: ela é auto constituinte (a razão se determina a si mesma como fonte autônoma da ação), autotélica (tem a si mesma como fim na ação) e auto representante (põe a si mesma como sujeito da ação).

Justamente por ser a razão autorreferencial, o indivíduo, por ela, estipula a si mesmo leis e a elas deve obediência. Tanto I. Kant quanto J-J Rousseau, ainda que com pressupostos teóricos distintos, destacam o princípio da autonomia da vontade como pedra angular para a caracterização da liberdade. Nesse sentido, perfilam com a concepção de liberdade negativa, opondo-se à perspectiva hobbesiana da liberdade como ausência de impedimentos. I. Kant vê a liberdade não apenas como a possibilidade de fazer algo, ou seja, realizar um desejo, mas também – e

principalmente – como a possibilidade de refrear um desejo, ou conseguir ter autocontrole, ou seja, como exercício racional da vontade compatível com a universalidade e imperatividade categórica da moral. A visão berliniana a esse respeito é crítica, como igualmente é a J-J. Rousseau, mas a crítica se situa em outro nível. I. Berlin (1981, p. 148) aponta para uma possível contradição:

A doutrina que afirma que o que eu não posso ter devo ensinar a mim mesmo a não desejar; que um desejo eliminado ou bem contido é tão bom quanto um desejo satisfeito, é uma forma sublime, mas, a meu ver, inquestionável, da doutrina das uvas verdes: não posso verdadeiramente querer aquilo que não estou muito seguro de conseguir.

A crítica de I. Berlin sobre essa concepção de liberdade positiva é também devido a uma possível inversão do conceito de liberdade positiva, onde o autor, I. Kant, para resolver um problema moral, vale-se de um conceito de liberdade que faz estar inserido em sua própria estrutura a coerção que é, em verdade, comum à liberdade negativa.

Ainda, o pensador Charles Taylor, o qual teceu críticas à concepção negativa de liberdade, acaba compreendendo-a como ser capaz de reconhecer, avaliar os mais importantes objetivos, como ser alguém possuidor de autocompreensão. Ou seja, dá importância não tanto à ação livre, mas ao sujeito dotado de vontade (vontade livre – autonomia), que é a concepção positiva de liberdade de I. Berlin. Consoante explica C. Taylor (1985, p. 228/229, t.n.):

Liberdade agora envolve o meu ser capaz de reconhecer adequadamente meus objetivos mais importantes, e meu ser capaz de superar ou pelo menos neutralizar meus grilhões motivacionais, bem como a minha maneira de ser livre de obstáculos externos. Mas claramente a primeira condição (e, eu diria, também a segunda) exige que eu tenha me tornado algo, tenha alcançado uma certa condição de autoclarividência e autoentendimento. Devo estar realmente exercendo a autocompreensão, a fim de ser verdadeiramente ou totalmente livre. Eu não posso mais entender a liberdade apenas como uma oportunidade conceito.

A concepção positiva de liberdade, diferentemente da negativa, centra-se na vontade, enquanto a negativa na ação. A concepção negativa analisa o agir livre, sem se preocupar em analisar o agente que pratica a ação. Já a concepção positiva analisa a vontade deste agente que age, avaliando a questão da autonomia.

Importante salientar que uma concepção de liberdade não exclui necessariamente a outra. Ou seja: pode-se ser livre de forma negativa e positiva, ao mesmo tempo, na medida em que a ação pode ser livre em razão da ausência de impedimentos e constrangimentos e, ao mesmo tempo, ser livre em razão de a vontade colocada na ação pelo agente ser por ele determinada livremente. Mas pode ocorrer de se ter liberdade de ação e não de vontade, e vice-versa. Pode a vontade autônoma decorrer de uma ação livre ou não. E pode uma ação livre derivar ou não de uma vontade livremente determinada.

N. Bobbio (1997, p. 53/54) explica:

A liberdade negativa é uma qualificação da ação; a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma determinada ação minha não é obstaculizada e, portanto, posso realizá-la; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que meu querer é livre, ou seja, não é determinado pelo querer de outro, ou, de modo mais geral, por forças estranhas ao meu próprio querer. (...) Que a vontade seja livre segundo a definição de liberdade positiva quer dizer que essa vontade se determina por si mesma, é autônoma. Mas que uma vontade seja autônoma não implica de modo algum que a ação que eventualmente deriva da mesma seja livre (ou seja, não impedida ou não forçada).

Tendo em vista que a liberdade negativa foca-se no agir, ao tempo em que a positiva centra-se no querer, N. Bobbio (1997, p. 60) explica que por vezes tais conceitos (liberdade em face de e liberdade para) são permutáveis, na medida em que são muito ligados entre si:

(...) não há *liberdade em face de* que não libere uma ou mais *liberdades de (ou para)*, assim como não há uma *liberdade de (ou para)* que não seja consequência de uma ou mais *liberdades em face de*. Esses dois aspectos de nossa liberdade de agir (que continuamos a diferenciar com clareza de nossa liberdade de querer) são tão ligados entre si que as duas expressões

liberdade em face de e liberdade de (ou para) são, em alguns casos, permutáveis.

A liberdade positiva, encampada no determinismo da vontade, é perigosa para I. Berlin ao ganhar conotação política. O autor coloca que a liberdade positiva pode levar à tirania, tendo-se em conta a falta do conflito oriundo do pluralismo de valores. As razões para tal crítica à liberdade positiva podem ser explicadas da seguinte forma: a partir do momento em que não se tem um pluralismo (pois a vontade geral manifesta-se de forma igual para todos, numa visão monista⁴⁹), qualquer conflito pode ser entendido como um erro. E tratar o conflito como algo patológico pode levar ao regime totalitário. I. Berlin rejeita a visão monista e adota o pluralismo⁵⁰ como essencial.

Explica-se:

Na implicação desta visão para a prática política, Berlin encontra as características mais questionáveis e perigosas da liberdade positiva. Pois se a liberdade genuína é a oportunidade de perseguir o bem, se todos os bens verdadeiros são compatíveis uns com os outros e são realmente os mesmos para todas as pessoas, então uma comunidade de pessoas verdadeiramente livres seria despojada de conflito significativo de valores, ideais ou interesses, um harmonioso conjunto de idênticas vontades reais ou racionais. Esta era, presumivelmente, a visão que Rousseau tinha sobre a “Vontade Geral”. É um conceito perigosamente não liberal, pois sua implicação é que todo conflito moral, social ou político é sintoma da imoralidade ou irracionalidade ou, no mínimo, de erro. A mais profunda pressuposição monista desta visão implica que deve necessariamente existir uma identidade de vontades entre homens livres, de forma a que eles constituam – pelo menos idealmente – uma comunidade sem conflito. Esta é a pressuposição – com sua diagnose de conflito inerentemente

⁴⁹ I. Berlin rejeita a visão monista e insiste no pluralismo. E o pluralismo acaba não sendo possível na concepção positiva de liberdade, ao ganhar prática política, pois a visão monista trata do conflito como um erro (algo patológico). E o conflito, para I. Berlin, oriundo do pluralismo, é importante na medida em que há uma diversidade de liberdades. Assim, I. Berlin é contra também o determinismo humano.

⁵⁰ “O pluralismo de Berlin, em suas implicações de pensamento moral e político, pode agora ser resumido, em termos. Sua primeira implicação é uma rejeição da ideia de uma sociedade perfeita ou de uma vida humana perfeita. (...) Sua segunda implicação sustenta que uma moralidade desenvolvida – digamos, moralidade política liberal – não pode ter uma estrutura hierárquica, de forma que os dilemas práticos sejam passíveis de decisão pela aplicação de um sistema de princípios. [...] Sua terceira implicação: em dilemas tão radicais de escolha, a razão nos desampara. Quando a razão prática e a teórica escapam, como devem fugir quando somos confrontados por incomensuráveis, não temos escolha senão agir.” (GRAY, 2000, p. 89).

patológico –, o que, na visão de Berlin, subjuga todas as formas de totalitarismo dos jacobinos aos nossos dias. (GRAY, 2000, p. 34)

Para I. Berlin, a concepção positiva de liberdade, que trabalha com a determinação da vontade, acaba negando a essência humana. Em outras palavras, a partir do momento em que se diz que os desejos podem ser controlados ou se pode resistir a eles (pois se tenho vontade de comer, basta controlar minha fome e continuo falando em liberdade), está-se negando a natureza humana, sua essência. “(...) manipular os homens, empurrá-los para finalidades que você, o reformador social, vê, mas eles talvez não vejam, é negar a essência humana dos próprios homens, é tratá-los como objetos sem vontade própria e, assim, degradá-los.” (BERLIN, 1981, p. 146).

Ainda, o ideal de autogoverno, ao sair do campo interior do indivíduo e ganhar conotação política, ou seja, o exercício deste autogoverno no corpo político leva, inevitavelmente, ao conflito de vontades. Isso porque se eu posso ser livre conforme preconiza minha vontade, o outro também pode. Assim, minha vontade pode ser diferente da vontade deste outro e, diante deste conflito, qual das vontades deve prevalecer? Não se compatibiliza a defesa sem limites da liberdade de um indivíduo quando entra em choque com a liberdade irrestrita de outro indivíduo. E a solução do conflito vai acabar levando, embora os racionalistas não aceitem isso, ao domínio e à opressão de um indivíduo sobre o outro. E isso, então, justificaria a própria tirania.

Percebe-se a desconfiança de I. Berlin com a utilização do conceito de liberdade positiva, principalmente quando esse conceito chega ao campo político, como consequência que o filósofo inglês faz do pensamento de I. Kant e, sobretudo, de J-J. Rousseau. A possibilidade de uma vontade tida como autônoma acabar invadindo campos que dizem respeito a uma pluralidade de vontades, tornando-se assim uma tirania, faz com que I. Berlin avalie como potencialmente perigosa para uma sociedade liberal pluralista a concepção positiva de liberdade, apegando-se à tese da liberdade (negativa) como ausência de obstáculos como a mais apropriada a essa sociedade, sobretudo, para as questões políticas. Porém, vale ressaltar que há ainda autores que procuram trabalhar com a concomitância das liberdades, como

também há críticas ao trabalho de I. Berlin, e possíveis confrontos a ele, conforme se exemplificará a seguir.

2.3 CRÍTICAS E CONFRONTOS À TEORIA DE LIBERDADE DE ISAIAH BERLIN

Há críticas no que se refere à concepção negativa de liberdade de I. Berlin. Charles Taylor, por exemplo, procura analisar o que estaria errado com a liberdade negativa, apontando para os seus impasses e contradições.

C. Taylor salienta que a liberdade negativa, tratada como ausência de impedimentos, sendo que o agente age conforme a oportunidade que tem para tanto, sem obstáculos físicos externos, não pode ser pensada desta forma. Isso porque, além de obstáculos externos, o agente possui os internos. Conforme C. Taylor (1985, p. 213):

Em contraste, as teorias negativas podem confiar apenas em uma oportunidade conceito, pela qual ser livre é uma questão do que podemos fazer, do que está aberto para nós fazermos, se vamos ou não fazer alguma coisa para o exercício dessas opções. Isto certamente é o caso do crude, conceito original hobbesiano. A liberdade consiste apenas em não haver obstáculo. É uma condição suficiente do ser livre que nada fique no caminho.

Esse comentário sobre a liberdade negativa, em comparação com a teoria hobbesiana, versa muito mais sobre a discussão da permissibilidade na teoria negativa do que propriamente da comparação com a teoria de T. Hobbes. Contudo, importante é apontar que se alcança um conceito raso, de condição de não obstáculos, que pode ser mais especificado:

Mas temos que dizer que as teorias negativas *podem* confiar uma oportunidade conceito, ao invés de que eles necessariamente o fazem, pois temos que admitir que parte da gama de teorias negativas mencionados acima incorporam uma noção de auto-realização. Claramente este tipo de visão não pode confiar apenas em uma oportunidade-conceito. Não

podemos dizer que alguém é livre, em uma visão auto-realização, se ele é totalmente irrealizado, se, por exemplo, ele é totalmente inconsciente de seu potencial, se cumpri-lo nunca mesmo tenha surgido como uma questão para ele, ou se ele está paralisado pelo medo de romper com alguma norma que ele tem internalizada, mas que não reflete autenticamente ele. Dentro desse esquema conceitual, algum grau de exercício é necessário para um homem ser livre em pensamento. (TAYLOR, 1985, p.213)

Ou seja: conforme explicitado na crítica feita por C. Taylor, haveria que se levar em conta, além da ausência de obstáculos externos, a ausência de obstáculos internos, pois o ideal de autogoverno é levado em consideração também. Não basta, portanto, na ótica de C. Taylor, uma visão simplista da concepção negativa de liberdade, pois esta deve abarcar também o que há internamente no agente, e não somente externamente.

Outra crítica à divisão feita por I. Berlin é a de Gerald MacCallum, para o qual a liberdade é uma relação triádica (e não dual). Estabelece a fórmula segundo a qual x (agente) é (ou não é) livre de y (impedimentos) para fazer (ou não fazer), tornar-se (ou não se tornar) z (metas, fins). Verifica-se que a crítica feita por G. MacCallum traça uma distinção fundamental com relação à noção dual de I. Berlin. Enquanto para este não se está a considerar em importância o agente (x) na ação, mas sim a própria ação livre de obstáculos (y), para G. MacCallum o agente deve ser levado em conta, mesmo que não se considere a autonomia da vontade deste agente.

Ou seja, o filósofo, ao propor a relação triádica, não afasta a existência da liberdade positiva e da negativa, mas coloca que dividir a liberdade nestas duas concepções é apenas enfatizar um ponto por vez. E isso, para o autor, é errado pois leva às questões equivocadas. Conforme palavras de G. MacCallum (2007, p 74, t.n.):

A distinção entre liberdade positiva e negativa, no entanto, ficou no caminho dessa abordagem. Ele nos estimulou a ver as diferenças nas contas de liberdade como resultado de diferenças de conceitos de liberdade. Isso, por sua vez, tem estimulado o tipo errado de questões. Temos sido tentado a fazer perguntas como: "Bem, quem está certo? Conceito de liberdade de quem é o correto? "Ou" Que tipo de liberdade que nós realmente queremos, afinal? "Tais questões não ajudarão a revelar as questões fundamentais que separam grandes escritores sobre a liberdade

de outros, não importa o quanto os escritores estejam organizados em "acampamentos". Seria muito melhor insistir que o mesmo conceito de liberdade está em funcionamento por toda parte, e que as diferenças, ao invés de ser sobre o que é liberdade, são, por exemplo, sobre o que as pessoas são, e sobre o que pode ser tido como um obstáculo ou interferência com a liberdade das pessoas concebidas.

Conforme explica Adam SWIFT (2006, p. 53, t.n.):

Em uma crítica bem conhecida do ensaio de Berlin, o filósofo americano Gerald MacCallum (1925-1987) afirmou que Berlin estava errado ao pensar que existem dois conceitos de liberdade, e muito errado se ele achava que não havia qualquer diferença entre "liberdade de" e "liberdade para". De acordo com MacCallum, todas as reivindicações sobre a liberdade têm a seguinte forma: x é (não é) livre de y para fazer (não fazer, tornar-se, não tornar-se) z.

A liberdade é uma relação triádica. Ela necessariamente envolve referência a três coisas: x, o agente ou sujeito da liberdade; y, a restrição ou interferência ou obstáculo, e z, o objetivo ou fim. Qualquer afirmação sobre a liberdade que você tem em mente, ele irá conter - explícita ou implicitamente - a ideia de um agente estar livre de algo para fazer ou tornar-se algo. O que as pessoas que discordam sobre a liberdade discordam sobre o que conta é como um x, que conta como um y, e que conta como um z.

Concordando com a crítica de G. MacCallum, Lawrence Crocker (1980, p. 5, t.n.) opina da seguinte forma: "Acontece, eu acho, que a linha entre a liberdade positiva e negativa é, em muitos aspectos importantes, tão inconsistente e arbitrária que não há nenhuma boa razão moral para insistir nisso."

As duas críticas (de C. Taylor e G. MacCallum) feitas parecem plausíveis quando observadas isoladamente, mas podem ser mais uma vez rebatidas em prol dos conceitos de I. Berlin. Primeiramente, a crítica de C. Taylor parece incorrer em uma assunção que transformaria o conceito de liberdade negativa de I. Berlin em uma espécie de psicologismo, caráter psicológico e subjetivo esse que I. Berlin procura afastar já na conceituação de liberdade positiva, pois nota o perigo político do caráter mais individual. Que haja limitações internas para um sujeito, ou seja, coerção, mesmo na liberdade negativa, parece plausível, mas essas coerções são notadas apenas nas ações, o que ainda sustenta o ponto de I. Berlin.

A segunda crítica, de G. MacCallum, baseia-se em outro ponto, trazendo a necessidade de um sujeito presente na conceituação. Contudo, a afirmação de que um sujeito é livre, principalmente quando se trata do conceito de liberdade negativa, parece estar intrínseco com o impedimento da ação para a obtenção de um fim. A redundância dos elementos x e y na crítica de G. MacCallum só fazem recair no ponto afirmado por I. Berlin ao conceituar suas duas noções de liberdade, sem que a teoria de I. Berlin saia realmente abalada em sua estrutura. Destarte, apesar de plausíveis e aceitáveis, as críticas devem ser lidas com cuidado, para não se levar à errônea compreensão da dualidade na teoria de I. Berlin.

Assumindo em parte o ponto de vista de G. MacCallum, John Rawls, escritor liberal norte-americano do século XX, tem em sua obra aspectos da liberdade negativa e também da positiva, sem, contudo, adentrar ao campo da autonomia da vontade. J. Rawls (2002, p. 219) explica que “(...) qualquer liberdade pode ser explicada mediante uma referência a três itens: os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer.”

O filósofo político enunciou dois princípios de justiça, sendo o primeiro referente à liberdade e o segundo à igualdade. O autor chama as liberdades clássicas de bens primários e, para que se possa compreender seu enunciado, necessário explicitar os principais pontos de sua teoria da justiça como equidade.

Afirma, primeiro, que um dos pontos básicos da teoria da justiça como equidade é o fato de a sociedade ser um sistema equitativo de cooperação que percorre gerações e se sustenta no tempo. Considera o autor que tal noção é “(...) implícita na cultura pública de uma sociedade democrática.” (RAWLS, 2000b, p. 58).

Enfatiza, no concernente à noção de cooperação social, três componentes. Primeiramente, tem-se que referida cooperação é orientada por normas consentidas publicamente e tidas como diretrizes de comportamento.

Um segundo elemento reside no fato de tal cooperação pressupor termos equitativos, ou seja, aqueles que são aceitos por um na medida em que outros os aceitem, introduzindo uma noção de reciprocidade. Como corolário disso e tendo em vista a estrutura básica da sociedade, os resultados do trabalho de cada ser participante será partilhado de forma equitativa nas gerações vindouras.

Outro ponto (terceiro componente) da cooperação social é que esta exige “(...) uma ideia de vantagem racional ou do bem de cada participante” (RAWLS, 2000b, p. 59). Isto é, há que se saber o que cada qual almeja conseguir, a partir de uma análise da vontade individual.

No que tange à noção de reciprocidade, tem-se que ela não se confunde com o benefício mútuo, eis que este é um dos polos entre os quais aquela ideia se situa (o outro é a imparcialidade, o altruísmo), consoante explica J. Rawls (2000b, p. 59/60):

Da maneira entendida pela justiça como equidade, a reciprocidade é uma relação entre os cidadãos expressa pelos princípios de justiça que regulam um mundo social onde todos se beneficiam, julgando-se por um padrão apropriado de igualdade definido com respeito a esse mundo. Isso traz à tona um outro ponto, ou seja, que a reciprocidade é uma relação entre cidadãos numa sociedade bem-ordenada expressa por sua concepção política e pública de justiça. Portanto, os dois princípios de justiça, mais o princípio da diferença, com sua referência implícita à divisão igual como padrão de comparação, expressam uma ideia de reciprocidade entre os cidadãos.

O autor considera também a ideia acerca de pessoa na teoria da justiça como equidade. Partindo-se do pressuposto de que a noção de sociedade como sistema equitativo de cooperação é a base daquela teoria, a concepção de pessoa segue a mesma sorte. Em outras palavras, pessoa é um ser passível de ser considerado um cidadão, o qual irá cooperar na sociedade durante sua vida.

Frisa J. Rawls (2000b, p. 61) que essa sociedade é tida como se não tivesse fim, ou seja, “(...) ela produz e reproduz a si mesma e a suas instituições e cultura ao longo das gerações, não havendo momento algum em que se espere que ela venha a encerrar suas atividades.”

Além disso, em razão de se pressupor uma estrutura de regime democrático, os cidadãos são concebidos como pessoas livres e iguais e a sociedade como bem-ordenada.

Assim, com a ideia da sociedade como sistema equitativo de cooperação, tem-se que os cidadãos que dela fazem parte possuem totais condições de ser participantes cooperativos dela.

Outro ponto a ser considerado na teoria de J. Rawls é o da sociedade bem-ordenada. Ele explica que uma sociedade bem-ordenada possui três características. A primeira delas é que cada ser participante aceita a mesma concepção de justiça e tem a consciência de que os outros também o fazem. A segunda é que eles de mesma sorte têm ciência de que a estrutura básica da sociedade respeita os princípios de justiça por eles reconhecidos. A terceira é que cada um desses cidadãos possui um senso de justiça que permite aplicar seus princípios e agir como deve na posição que ocupa socialmente.

Destarte, tem-se que:

(...) numa sociedade bem-ordenada, portanto, a concepção pública de justiça fornece um ponto de vista aceito por todos, a partir do qual os cidadãos podem arbitrar suas exigências de justiça política, seja em relação a suas instituições políticas ou aos demais cidadãos. (RAWLS, 2003, p. 12)

Outra questão primordial na teoria da justiça como equidade é o que vem a ser a estrutura básica da sociedade. J. Rawls (2003, p. 13), ao definir tal noção, enfatiza que:

(...) a estrutura básica da sociedade é a maneira como as principais instituições políticas e sociais da sociedade interagem formando um sistema de cooperação social, e a maneira como distribuem direitos e deveres básicos e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social no transcurso do tempo.

Considera o filósofo que essa estrutura básica da sociedade é o objeto originário da justiça política, levando-se em conta que a teoria da justiça como equidade é uma concepção política e não metafísica da justiça.

Esclarece J. Rawls que há três níveis de justiça: a local, a doméstica e a global. O primeiro se define como sendo os princípios que são empregados de maneira direta em instituições e associações. O segundo trata dos princípios que

são aplicados na estrutura básica da sociedade. O terceiro, por sua vez, cuida dos princípios que são empregados no direito internacional (RAWLS, 2003, p. 15).

Frisa o autor que a teoria da justiça como equidade origina-se da justiça do segundo nível – o doméstico (da estrutura básica da sociedade). Ademais, explica que a definição apresentada da estrutura social não possui limites precisos em razão de que, se assim fosse, a teoria da justiça como equidade não seria aplicável a diversas situações sociais.

A importância da noção de estrutura básica da sociedade reside no fato de que a investigação do autor limita-se ao seu foco, sem se preocupar com questões locais ou globais da justiça. A teoria da justiça como equidade é uma concepção política a ser aplicada na estrutura básica da sociedade que funciona dentro dos moldes de um regime democrático e não uma concepção moral geral, metafísica da justiça.

A ideia de posição original também deve ser levada em conta. J. Rawls enuncia que os termos equitativos de cooperação social, para a teoria da justiça como equidade, são advindos de um acordo celebrado entre os cidadãos (que são considerados pessoas livres e iguais), na posição original.

A fim de que tal acordo seja provido de validade para uma teoria de justiça política (que é a da justiça como equidade), deve ele ser estabelecido sob determinadas condições. Ou seja, as pessoas (livres e iguais), ao celebrarem tal acordo, devem estar equitativamente situadas, sem que uma esteja em grau vantajoso superior ou em defasagem em relação à outra. E, ainda, devem estar elas isentas de qualquer perturbação exterior que venha a comprometer o acordo. Veja-se:

Na posição original, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e o grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. (RAWLS, 2003, p. 21-22)

Ou seja, não se deve, na posição original, levar em consideração as características intrínsecas das pessoas, com o intuito justamente de evitar a

existência de posições de vantagens ou desvantagens de um cidadão em relação ao outro.

A ideia contratualista da sociedade é expressa de forma abstrata na ideia de posição original. Tem-se, primeiramente, que referido acordo social é hipotético e atemporal. E, nessa posição original, as partes estão equitativamente distribuídas.

Ao argumentar a importância da posição original, John Rawls (2003, p. 23/24) declara que:

(...) a importância da posição original assenta-se no fato de ser um procedimento de representação ou um experimento mental para os propósitos de esclarecimento público. Devemos pensar que ela serve de modelo para duas coisas:

Primeiro, é um modelo do que consideramos – aqui e agora – condições equitativas sob as quais os representantes dos cidadãos, vistos exclusivamente como pessoas livres e iguais, devem concordar com os termos equitativos de cooperação que devem reger a estrutura básica.

O ponto de partida que assume o filósofo político ao tratar sobre a posição original se assemelha em grande parte às grandes pressuposições ou condições hipotéticas de outras teorias políticas, como o estado de natureza de T. Hobbes. Contudo, as pressuposições aqui apresentadas por J. Rawls aplicam-se em dois modelos, sendo que o primeiro, supracitado, parte de uma ideia de equidade entre os representantes, onde assumem uma cooperação. Tal modelo encontra restrições quanto à liberdade, ou seja, há uma questão de liberdade negativa, compensada, porém, pelo segundo modelo, ou seja, a possibilidade de justiça. Nos termos de J.; Rawls (2003, p. 23/24):

Segundo, é um modelo do que consideramos – aqui e agora – restrições aceitáveis às razões com base nas quais as partes, dispostas em condições equitativas, podem com propriedade propor certos princípios de justiça política e rejeitar outros.

Portanto, se a posição original é um modelo adequado de nossas convicções sobre essas duas coisas (a saber, as condições equitativas de acordo entre cidadãos livres e iguais e as restrições apropriadas às razões), conjecturamos que os princípios de justiça que fossem objeto de acordo entre as partes (se conseguíssemos elaborá-los de modo condizente) determinariam os termos de cooperação que consideramos – aqui e agora –

equitativos e baseados nas melhores razões. Isso porque, nesse caso, a posição original teria conseguido formalizar de um modo apropriado as considerações que, ponderando cuidadosamente, julgamos ser razoáveis para fundamentar os princípios de uma concepção política de justiça.

Desta sorte, a posição original, como momento e situação iniciais da celebração de um acordo de termos equitativos, deve ser tida como um artifício de representação, sem o comprometimento de doutrinas acerca do ser, além de servir de base à ideia de que a sociedade, como sistema equitativo de cooperação e bem-ordenada, é passível de evoluir com o intuito de descobrir os princípios que fundamentam os direitos e as liberdades básicas dos cidadãos, pessoas livres e iguais.

A ideia de pessoa na teoria da justiça como equidade parte de uma compreensão política, eis que referida teoria é política e não metafísica da justiça, tendo sido elaborada para ser aplicada na estrutura básica de uma sociedade. Assim, a própria noção de pessoa foi retirada de uma concepção política, e não discutida psicológica e metafisicamente em relação ao 'eu'.

Assim, a noção de pessoa advém da análise da cultura política pública de uma sociedade que vive em regime democrático. Os cidadãos, destarte, serão considerados pessoas iguais na medida em que possuem as faculdades morais essenciais para cooperar socialmente durante sua vida e tomar parte da sociedade como ser igual.

Raciocina o autor que a ideia da posição original e a de igualdade lá existente instituem-se pela igualdade de seus representantes. Ou seja, estes estão igualmente dispostos na posição original, possuindo direitos iguais, sem vantagens ou desvantagens uns em relação aos outros, a fim de chegarem a um acordo de termos equitativos de cooperação.

E, por outro lado, os cidadãos serão considerados livres também a partir da análise da cultura política da sociedade e não de um ponto de vista metafísico. Assim, J. Rawls define que os cidadãos serão considerados livres em duas acepções.

Primeiramente, são livres na proporção em que se consideram e têm os demais como pessoas possuidoras da faculdade de ter uma concepção do bem

(tendo em conta que possíveis mudanças nessa concepção ao longo da vida não compromete sua identidade pública ou legal).

A segunda aceção trazida pelo autor neste particular remete-se ao fato de que os cidadãos se auto consideram livres a partir da premissa de que estão permitidos legitimamente a fazer reivindicações direcionadas a suas instituições com o fito de fazer valer sua concepção de bem, com a condição de que esta se enquadre na concepção pública de justiça.

J. Rawls (2003, p. 33/34) enfatiza que:

(...) a concepção da pessoa como livre e igual é uma concepção normativa: ela é dada por nosso pensamento e nossa prática moral e política, e é estudada pela filosofia moral e política e pela filosofia do direito. Desde a antiga Grécia, tanto em filosofia como em direito, o conceito de pessoa foi o de alguém que pode participar da vida social ou desempenhar uma função nela, e portanto que pode exercer e respeitar diferentes direitos e deveres. Ao especificar a ideia organizadora central da sociedade como um sistema equitativo de cooperação, usamos a ideia associada de pessoas livres e iguais como aquelas que podem desempenhar a função de membros plenamente cooperativos. De acordo com uma concepção política da justiça que vê a sociedade como um sistema equitativo de cooperação, um cidadão é alguém que pode ser um participante livre e igual a vida toda.

Colocados os pontos fundamentais da teoria da justiça de J. Rawls, cumpre explicitar os dois princípios enunciados pelo autor, para que se compreenda a questão da liberdade. Para tanto, enfatiza-se ainda três pontos essenciais.

O primeiro ponto se refere ao fato de que tal teoria é feita para uma sociedade democrática. Nesse sentido, deve-se questionar quais são os princípios mais favoráveis para as ideias fundamentais que a constituem, como, por exemplo, a noção de cidadãos como pessoas livres e iguais ou a noção da sociedade como sistema equitativo de cooperação de geração a geração.

O segundo elemento a ser lembrado é o de que o objeto primário da justiça como equidade é a estrutura básica da sociedade, isto é, suas instituições políticas e sociais essenciais num sistema equitativo de cooperação.

O terceiro componente trazido pelo autor é que se deve ter em mente o fato de que a teoria da justiça como equidade é uma forma de liberalismo político, o qual

se origina no pluralismo razoável e no fato de o poder político se identificar ao poder dos cidadãos livres e iguais.

Assim, tendo-se em conta esses três pontos, o autor indaga quais devem ser os princípios de justiça mais favoráveis a se regular as liberdades e direitos básicos, bem como as desigualdades existentes numa sociedade bem-ordenada sob sistema equitativo de cooperação.

Nesse raciocínio, J. Rawls (2000a, p. 207/208) enuncia os dois princípios da justiça da seguinte forma (sendo o primeiro referente à liberdade – bens primários, e o segundo à igualdade):

- (1) Cada pessoa tem direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades e de direitos básicos iguais para todos, compatíveis com um mesmo sistema para todos.
- (2) As desigualdades sociais e econômicas devem preencher duas condições: em primeiro lugar, devem estar ligadas a funções e a posições abertas a todos em condições de justa (fair) igualdade de oportunidades; e, em segundo lugar, devem proporcionar a maior vantagem para os membros mais desfavorecidos da sociedade.

Frise-se que esta é uma reformulação da concepção originária exposta pelo autor quando pela primeira vez, em “Uma teoria da justiça”, expôs tais princípios⁵¹.

Explica o autor que um princípio tem precedência sobre o outro, sendo que para fins de se aplicar o segundo, o primeiro deve estar já devidamente satisfeito. Assim como para se aplicar o princípio da diferença deve estar satisfeito aquele que o precede (o segundo princípio enumerado).

Primeiramente, tem-se que “(...) os dois princípios incidem sobre diferentes estágios da aplicação de princípios e identificam duas funções distintas da estrutura básica” (RAWLS, 2003, p. 68).

⁵¹ Em “Uma teoria da justiça”, J. Rawls (2002, p.64) afirmou da seguinte forma os princípios da justiça: “Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.”

Quanto a esses estágios, especifica o autor uma sequência de quatro deles que são percorridos na aplicação desses princípios da justiça, conforme se pode observar no trecho abaixo colacionado:

No primeiro estágio, as partes adotam os princípios de justiça por trás de um véu de ignorância. As limitações quanto ao conhecimento disponível para as partes vão sendo progressivamente relaxadas nos três estágios seguintes: o estágio da convenção constituinte, o estágio legislativo em que as leis são promulgadas de acordo com o que a constituição o admite e conforme o exigem e o permitem os princípios da justiça, e o estágio final em que as normas são aplicadas por governantes e geralmente seguidas pelos cidadãos, e a constituição e leis são interpretadas por membros do judiciário. Neste último estágio, todos têm completo acesso a todos os fatos. O primeiro princípio aplica-se ao estágio da convenção constituinte; em face da constituição, em seus dispositivos políticos e na maneira como eles funcionam na prática fica mais ou menos evidente se os elementos constitucionais essenciais estão garantidos. Em contraposição, o segundo princípio aplica-se ao estágio legislativo e está relacionado com todo tipo de legislação social e econômica, e com os vários tipos de questões que surgem nesse ponto. (RAWLS, 2003, p. 68)

Verifica-se, então, que o primeiro princípio tem sua aplicação no segundo estágio, qual seja, o da convenção constituinte. Já o segundo princípio tem seu emprego no terceiro estágio – o legislativo.

Em segundo lugar, o autor coloca que “(...) é mais urgente estabelecer os elementos constitucionais essenciais” (RAWLS, 2003, p. 68).

Um terceiro motivo dessa distinção se baseia no fato de que “é muito mais fácil decidir se os elementos essenciais foram realizados”. (RAWLS, 2003, p. 69).

Por fim, J. Rawls (2003, p. 69) acrescenta uma última razão, qual seja, “(...) parece possível chegar a um acordo sobre quais devam ser esses elementos essenciais, não sobre cada detalhe, é claro, mas em suas linhas gerais.”

Ressalte-se que os dois princípios da justiça enumerados por J. Rawls servem para que o coração da estrutura básica da sociedade, ou seja, suas instituições básicas traduzidas nos valores de liberdade e igualdade, sejam efetivadas, dentro de uma sociedade com estrutura de regime democrático, vista como sistema equitativo de cooperação de geração a geração.

Assim, a concepção de liberdade proposta por J. Rawls acaba lidando com aspectos da liberdade negativa e positiva, sem contudo adentrar ao campo da autonomia da vontade (a qual na posição original é restrita e utilizada sob a forma de bens primários). Para J. Rawls, as liberdades clássicas (bens primários) devem ser garantidas, ou seja, deve-se propiciar condições de igualdade de oportunidade para que todos possam tê-las.

A dúvida que resta, quando comparados os conceitos de liberdade positiva e negativa de I. Berlin com a teoria de J. Rawls, diz respeito ao lugar da liberdade nas teorias dos dois pensadores. Enquanto I. Berlin debate a liberdade em um âmbito de importância destacada, derivando daí a posição do homem não apenas na política, mas na sociedade como um todo, J. Rawls parece ver na liberdade uma condição que permite a existência de outras questões que lhe são mais importantes, como o conceito de justiça. A teoria de J. Rawls é construída sobre uma base que se supõe democrática e que já parte do pressuposto de que há um nível de liberdade e igualdade entre os homens, enquanto I. Berlin, ao analisar as relações humanas e principalmente as formas de liberdades existentes, busca definir uma posição de liberdade que seja condizente não apenas com uma posição política, mas com uma sociedade plural. A teoria de I. Berlin aceita que não se pense nos conceitos de liberdade apenas em uma condição tal qual a democrática – sendo essa democracia bastante específica na teoria de J. Rawls –, mas para I. Berlin a liberdade é um conceito que está além da democracia. A teoria de I. Berlin sobre a liberdade, e que se ressalve esse ponto, apenas sobre a liberdade – foco do presente trabalho – parece ser mais ampla em análise e aplicação que a teoria de J. Rawls, embora alguns queiram acreditar (o que pode até ser sustentável) que a teoria do pensador americano aplique igualmente a liberdade negativa e positiva.

Porém, apesar da forte influência de J. Rawls nos meios filosóficos, e muito embora haja críticas aos conceitos de I. Berlin, a teoria do pensador britânico não se exclui de um posicionamento, como também não visa a um liberalismo de cunho único, sendo tão pluralista quando a própria teoria de J. Rawls.

John Gray (2000, p. 35) explica, neste particular, que:

A rejeição de Berlin a esta visão monista, sua insistência pluralista na diversidade e incomensurabilidade de bens humanos genuínos, é sua *idée maîtresse*. É também a ideia que anima sua concepção de liberdade. A liberdade negativa deve ser recomendada e adotada como a espécie fundamental de liberdade porque é a mais consistente com a diversidade conflitante de propósitos e bens humanos. A liberdade positiva, embora designe uma espécie autêntica de liberdade, aquela que em si engloba o autodomínio, facilmente – e segundo Berlin, inevitavelmente – degenera na fantasia do racionalismo ético, que é fatal à escolha.

Para I. Berlin, pois, a concepção negativa de liberdade é ideal, pois ela é trazida com o pluralismo. E, para o autor, o pluralismo ocupa lugar relevante, pois é um ideal mais humano e verdadeiro:

O pluralismo, com a medida de liberdade “negativa” que traz em si, parece-me um ideal mais humano e mais verdadeiro do que as metas daqueles que buscam, nas estruturas grandes, disciplinadas e autoritárias, o ideal de autodomínio “positivo” por classes, por povos e pelo conjunto da humanidade. É mais verdadeiro porque, ao menos, reconhece o fato de que as metas humanas são muitas, nem todas comensuráveis, e em perpétua rivalidade entre si. Pressupor que todos os valores podem ser avaliados segundo uma escala, para que seja apenas caso de inspeção determinar qual é o mais alto, parece-me falsificar nosso conhecimento de que os homens são agentes livres para representarem a decisão moral de uma operação que uma régua poderia, em princípio, realizar. (BERLIN, 1981, p. 169)

A posição de I. Berlin é claramente voltada para uma preferência de aplicabilidade da liberdade negativa, dados os problemas políticos que podem emanar da liberdade positiva, como foi asseverado anteriormente. Contudo, a teorização de I. Berlin não se volta para uma liberdade negativa tão cerrada quanto àquela teorizada por T. Hobbes. É sempre bom lembrar as palavras de I. Berlin (1981, p.139), nesse sentido, quando afirma que:

Temos de preservar uma área mínima de liberdade pessoal se não quisermos “degradar ou negar nossa natureza”. Não podemos permanecer livres em termos absolutos e precisamos deixar de lado uma parcela da nossa liberdade para preservar o restante. Mas a submissão total constitui autoderrota. Qual, então, deverá ser esse mínimo? Deverá ser aquele que um homem não pode abandonar sem causar prejuízos à essência de sua

natureza humana. O que constitui essa essência? Quais são os padrões que ela origina? São questões que sempre representaram – e provavelmente sempre representarão – ilimitado campo de discussões.

A teorização de I. Berlin sobre a liberdade indica na direção da predileção para a liberdade negativa, contudo, como pode ser percebido com a citação feita, essa direção não ignora de todo uma possibilidade de uso da liberdade positiva, principalmente porque há, ainda, uma necessidade de humanização. A questão é que, em se tratando de local público, de agentes públicos, a opção de I. Berlin parece ser mais voltada para uma liberdade negativa em função dos problemas de caráter político que a liberdade positiva pode gerar, como a fácil deturpação de uma situação de liberdade em uma situação de tirania. Porém, apesar dessa ressalva feita por I. Berlin sobre a liberdade positiva quando se trata de um âmbito público, caberia ainda a discussão sobre a possibilidade de equilíbrio entre os dois conceitos de liberdade por parte dos agentes públicos. Ao contrário de B. Constant, ao teorizar sobre a liberdade, I. Berlin não exclui uma noção de liberdade jogando-a para os tempos passados, e, dada a essa não exclusão, é possível averiguar se a predominância de um conceito de liberdade pode ser equilibrada com a presença de outro conceito.

Justamente em razão dessa possibilidade, a qual inclusive justifica a própria existência deste trabalho, é que se passa a delimitar a questão cerne do estudo, ou seja, verificar se os conceitos de liberdade expostos por I. Berlin podem ser aplicados quando da análise da liberdade do agente público (focando-se, como já explicado, nos agentes políticos e servidores públicos), especialmente em atos de cunho discricionário. Ou seja: pode o estatuto de liberdade do agente público ser evidenciado como negativo ou positivo? Se a resposta for afirmativa, em qual das duas concepções de liberdade seria aplicável tal teoria? Se a opção for o contrário, então qual seria a consequência disso na análise das concepções de liberdade de I. Berlin, ao menos neste ponto?

3 A LIBERDADE DO AGENTE PÚBLICO

Neste derradeiro capítulo, objetiva-se analisar as concepções de liberdade compiladas por I. Berlin e sua possível aplicação no tratamento dado à liberdade do agente público, especialmente no que se refere aos atos de competência discricionária. Não se pretende, com isso, minimizar teorias que, por sua natureza, devam ficar apenas em plano teórico, mas sim, enfatizar a possibilidade ou não de aplicação prática dessa teoria de filosofia política que, justamente por seu caráter, afigura-se como necessário para a verificação de sua suficiência, ao menos no plano concreto.

Importante ressaltar que se optou pela figura do agente público para o exame da liberdade segundo a dicotomia de I. Berlin em razão da importância política, representada pela ação desse agente, que o conceito de liberdade adquire na análise berliniana. Ou seja, como sujeito que possui margem de atuação na Administração Pública, em que os efeitos de suas decisões podem alcançar grande quantidade dos cidadãos administrados, há grande relevância política na emanção de tais atos administrativos. Com base nessa premissa, passa-se à análise do estatuto da liberdade desse agente, à luz dos explicados conceitos de I. Berlin.

3.1 A LIBERDADE DO AGENTE PÚBLICO E AS CONCEPÇÕES DE ISAIAH BERLIN

Como se viu no decorrer do trabalho, I. Berlin distinguiu a liberdade em duas grandes concepções, a negativa e a positiva. Como filósofo liberal, inclusive, ressaltou o perigo na aplicação da segunda e os benefícios da primeira, que, para ele, garantiria melhor os direitos e liberdades cívicas, assim como o pluralismo, necessário para uma sociedade democrática.

Observou-se que a liberdade negativa, da ausência de impedimentos e/ou constrangimentos, é especialmente aplicável no campo constitucional, a partir do

emanado princípio geral de liberdade. Isso porque, nesta esfera, tida como matriz para o restante do ordenamento jurídico, proclama-se que na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos advindos de lei todos são livres. O limite, como se viu, está no conteúdo disposto legalmente e, em casos de lacunas legislativas, não se pode proibir qualquer conduta, nem obrigar alguma a um cidadão.

Da mesma forma, como exemplo da aplicação do princípio matriz constitucional, no âmbito de direito penal, consoante se estudou, a concepção negativa de liberdade é válida, na medida em que somente pode ser punida a conduta de um sujeito se for ela predeterminada como delito, com a preconização da respectiva pena passível de ser aplicada em caso de violação da norma, por lei, não havendo delito sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. A relevante expressão deste princípio reflete a segurança jurídica do cidadão, que deve ter o direito de saber, com clareza, quais as condutas que a norma proíbe, pois fora de tais proibições ou imposições, é livre.

A despeito disso, adentrando-se à análise na esfera administrativa, dois enfoques, como se analisou, devem ser cuidados: a liberdade do administrado perante o Estado, e a liberdade do agente público na sua atuação perante o particular. Na primeira perspectiva, aplica-se a regra geral de liberdade disposta na Constituição da República de 1988, ou seja, o indivíduo, perante a Administração Pública, não é obrigado a fazer ou deixar de fazer coisa alguma se lei não dispuser nesse sentido (é a liberdade negativa). Sob o outro enfoque, no entanto, o agente público somente pode agir se a lei permitir, há que se ter comando legal permissivo de atuação, sob pena de os atos emanados serem nulos, por consistirem em arbitrariedades. Na lacuna legislativa, não há permissão, mas sim proibição de se atuar.

Quanto à perspectiva primeira (do particular perante o Estado), a liberdade que o indivíduo tem amolda-se, como se expôs, à concepção negativa trazida por I. Berlin. No entanto, quanto à segunda, a questão é mais delicada. A Administração Pública (por seus agentes) somente pode agir com permissão legal. E é justamente quanto a esta perspectiva que se passa a analisar a possibilidade de aplicação da teoria sobre liberdade berliniana.

3.1.1 Liberdade negativa?

Primeiramente, analisa-se a possibilidade ou não de se interpretar a liberdade do agente público em seu âmbito de discricionariedade administrativa como uma concepção negativa de liberdade, nos termos firmados por I. Berlin. Pois bem: viu-se que a liberdade negativa é a referente à ausência de impedimentos e/ou constrangimentos, ou seja, o sujeito é livre no espaço de não interferência, de ausência de obstáculos postos à ação.

Se o agente público pudesse fazer tudo quanto não fosse proibido por lei, seria perfeitamente aplicável tal conceito de liberdade. Todavia, consoante se estudou no decorrer do trabalho, ele somente pode agir na permissão legal, e não na ausência de proibição legal. A análise, pois, é alterada. Considerando tal pressuposto, afigura-se impraticável a aplicação do conceito de liberdade negativa de I. Berlin para definir a liberdade do agente público. Explica-se.

O agente público, em seu atuar discricionário, pode optar por uma dentre várias soluções possíveis a um caso posto, levando em conta a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. Essa margem de liberdade que ele possui é, no entanto, diferente de um campo de arbitrariedade, pois suas escolhas devem ser pautadas conforme uma interpretação do ordenamento jurídico, com vistas à satisfação de direitos e garantias fundamentais do indivíduo e, principalmente, à garantia da efetivação do interesse público. Assim, a liberdade que o agente tem é limitada pela lei e pelos princípios que regem a Administração Pública. Não pode ele agir na lacuna legal, mas sim no comando legislativo.

Para essa situação, porém, a liberdade no conceito negativo de I. Berlin é insuficiente, na medida em que o agente público não pode ser considerado livre na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos, pelo contrário, justamente nesta ausência ele deixa de ser livre. Ademais, ele deve agir segundo o mandamento legal, isto é, de acordo com a previsão legal e segundo o princípio vinculante da legalidade administrativa. Mesmo dentro do espaço discricionário da sua atuação, a

liberdade de sua escolha está também limitada, pois ela não pode fruto do seu arbítrio, mas deriva da melhor alternativa em razão do interesse público.

Haja vista a não aplicação da concepção negativa de liberdade, passa-se a verificar a possibilidade de se compreender o estatuto da liberdade do agente público como exemplo do conceito positivo de I. Berlin.

3.1.2 Liberdade positiva?

Em atos administrativos discricionários, o agente público tem, conforme já frisado anteriormente, a possibilidade de escolha, a margem de liberdade para optar entre um ou outro resultado para uma situação fática que lhe surge. Como se demonstrou no tópico anterior, tal liberdade não pode ser lida como integrante do conceito negativo de I. Berlin. Assim, resta saber se o positivo é aplicável neste âmbito.

A liberdade positiva é a da autonomia da vontade, do ser senhor de si próprio. Partindo-se dessa conceituação, num primeiro momento parece ser o caso da liberdade administrativa, em razão da suposta autonomia que teria o agente público em sua esfera discricionária de agir. Todavia, tal leitura deve ser cautelosa, conforme se passa a expor.

Quando se trata de discricionariedade, fala-se em autonomia do agente público. Por tal autonomia, pode-se compreender a liberdade de atuação quando da escolha de uma solução, quando a lei lhe permite atuar de diferentes formas, sem que seu ato se torne ilegal. Ou seja: se a norma legal dispõe que, para casos fáticos “x”, pode ele tomar o rumo “a”, “b”, ou “c”, ao escolher entre um desses rumos, está em obediência à lei, tem ele essa autonomia.

Até aí, seria até aplicável a concepção positiva de liberdade, se fosse entendido que o agente público estaria sendo, por tal possibilidade de escolha, senhor de si mesmo, fazendo uso de uma autonomia que a própria lei lhe garantiu. Todavia, alguns aspectos devem ser observados.

Primeiramente, porque pela própria natureza da discricionariedade, o agente público deve escolher uma solução dentre as possíveis pelo ordenamento jurídico, para, inclusive, não esvaziar o conteúdo da lei que está aplicando, sob pena de se transformar em agente legislador e não executor. Ao tomar uma decisão que esteja em dissonância completa com o ordenamento ou com a real “vontade” daquela lei, passa seu ato ao campo da invalidade.

Demais disso, há que se ter em mente que “como a norma jurídica em abstrato define potencial discricionariedade, não é absoluta a margem de liberdade, autonomia ou volição existente na norma jurídica.” (SADDY, 2009, p. 42). Em outras palavras, apesar de existir uma margem de liberdade, esta não é total, absoluta. Incompatibiliza-se, assim, referida autonomia com a autonomia descrita na liberdade positiva de I. Berlin (de ser seu próprio amo, senhor de si mesmo), pois esta é total, e a utilizada na esfera administrativa é parcial. Isso porque a finalidade pública deve ser sempre buscada. Seria ele senhor de si mesmo se optasse pela solução “d”, que o ordenamento sequer lhe permite, e, mesmo assim, seus atos passassem a ser considerados válidos, passíveis de surtir efeitos no mundo jurídico.

Conforme explica A. Saddy (2009, p. 43):

Pelo exercício da discricionariedade, atende-se, simultaneamente: à lei, por finalidade de seus comandos, por estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos (legalidade), aos valores consensualmente aceitos, por estabilização do poder em torno destes (legitimidade) e à moralidade administrativa, como imposição de condutas regidas pela moral (licitude). Tudo com a intenção de convergir para o interesse público, detalhando, de várias formas e níveis, as disposições estáveis do poder na sociedade.

Observa-se, então, que vários aspectos devem ser levados em consideração pelo agente público no momento de suas escolhas, tais como a legalidade, a legitimidade, a litude. Sua autonomia existe, mas encontra limites, pois “a discricionariedade decorre unicamente do ordenamento, composto por normas.” (SADDY, 2009, p. 58).

Com isso, a concepção positiva de liberdade deixa de ser aplicável para o caso, embora possa até ter uma aproximação superficial. No entanto, o significado

atribuído a este conceito por I. Berlin é diferente do existente para explicar a autonomia do agente público em seu campo discricionário de ação, em virtude de ser esta última muito mais limitada do que a formulada pelo autor.

Desta forma, percebe-se que nenhuma das concepções berlinianas podem ser aplicadas, ao menos puramente, para explicar a margem de liberdade de atuação que possui o agente público em seu campo discricionário.

CONCLUSÃO

Com a finalização deste trabalho, algumas considerações finais são cabíveis. Primeiramente, é possível ressaltar que o estudo acerca da liberdade continua atual e de relevo para pesquisa científica, pois cabem muitos enfoques sobre o tema, assim como a coexistência de um ou outro. “Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução humana. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.” (SILVA, 2009, p. 232).

Especificamente quanto às concepções de liberdade compiladas por I. Berlin, em sua aplicação ao estatuto de liberdade do agente público no tocante aos atos administrativos de competência discricionária, seguem algumas conclusões a que se chegou com o presente estudo.

No âmbito de sua discricionariedade administrativa, pode o agente público optar por uma via, tem ele uma margem de liberdade ao decidir qual caminho percorrer para se chegar a um resultado, nas situações em que a própria lei lhe dá a possibilidade de agir de mais de uma maneira. Nessa esfera, pois, possui autonomia de decisão, desde que a lei assim o permita. No entanto, conforme se estudou, esta autonomia encontra limites na própria legalidade, na legitimidade dos atos e na licitude dos mesmos. Isso porque ele somente pode escolher uma solução ao caso concreto que esteja em consonância com a ordem jurídica posta, com vistas à moralidade e para a satisfação do interesse público (que é supremo e indisponível) e dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Justamente em razão dos limites nesse campo discricionário é que sua liberdade, embora existente, não se confunde com arbitrariedade de decisão, na medida em que se o agente público desvirtuar-se por inteiro, em seu comportamento, dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, fazendo o que o ordenamento jurídico jamais lhe permitiria, tais atos serão atribuídos como inválidos.

Considerando este objeto que se optou para o estudo, conclui-se, por um lado, que a concepção negativa de liberdade, a qual apenas considera a ausência de obstáculos externos para que um sujeito seja considerado livre, sem ter o condão

de levar em conta o que ele quer ou deixa de querer, se tem ou não autonomia de vontade, não se coaduna com a legalidade administrativa. Tal concepção é aplicável nos campos constitucional (pelo princípio matriz) e penal, mas puramente inaplicável à liberdade do agente público porque, consoante preconiza a legalidade administrativa, a lacuna legislativa não é sinônimo de permissão, mas sim de proibição de agir. Na ausência de lei, o agente público não é livre, mas sim impedido de atuar. É, pois, o contrário do que preconiza o conceito negativo de liberdade de I. Berlin. O máximo que se poderia interpretar como passível de aplicação da liberdade negativa seria se fossem considerados, além dos obstáculos postos, a existência de outra norma legal que o autorizasse a agir. Ou seja: seria livre o agente público na ausência de impedimentos e/ou constrangimentos (desde que não houvesse norma legal dispondo que ele é proibido de agir de determinada forma), mas, além disso, teria que existir outra lei regulando a matéria, permitindo ele agir. Mesmo assim, não seria a aplicação da pura concepção negativa de liberdade berliniana.

No tocante à concepção positiva, da autonomia de vontade, percebeu-se que, por mais que num primeiro momento e superficialmente se possa compreender que a liberdade do agente público amolda-se a ela, tal fato não se confirma ao aprofundar um pouco o estudo. Isso porque a autonomia de vontade da concepção posta por I. Berlin é absoluta, é a autonomia do ser senhor de si mesmo. Já a existente sob a égide da legalidade administrativa afigura-se parcial, não absoluta, justamente pelos limites que o agente público encontra ao escolher dentre as soluções possíveis para o problema. A autonomia da concepção positiva de liberdade é referente à existência do autogoverno de si, ideal que não se compatibiliza, pura e simplesmente, com a liberdade do agente público. Este, apesar de ter um certo autogoverno em seu campo discricionário de atuação, deve obediência aos comandos legais. Estes podem ser abstratos e abertos, o que normalmente ocorre para possibilitar a própria discricionariedade, todavia tal abstração não se confunde com a autorização para completa autonomia, pois o agente deve obediência aos princípios que regem a Administração Pública, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. E, além disso, uma lei que lhe permite agir de diversas maneiras não pode ser interpretada de forma isolada, mas

deve ser lida em conjunto com as demais normas existentes no ordenamento jurídico (interpretação sistemática das leis).

Ressoa, via de consequência, também insuficiente a concepção positiva de liberdade, pois no campo da discricionariedade administrativa, não basta apenas considerar a vontade do agente, deixando de lado fatores externos a seu comportamento. E, ainda, não se pode referir a essa vontade como sinônimo de completa autonomia, sob pena de seus atos serem produzidos sob a égide da arbitrariedade administrativa.

Assim, a aplicação pura da concepção dual de liberdade proposta por I. Berlin não é possível para o objeto desse estudo, pois a liberdade do agente público é peculiar, sendo insuficiente considerar, por um lado, a ausência de obstáculos (o que se aplica para explicar a liberdade no direito constitucional e no penal) e, de outro, o ideal de autogoverno (que não é, nesse âmbito, irrestrito). Por referida razão, também não seria suficiente apenas somar os conceitos de liberdade positiva e negativa, pois de qualquer forma também faltaria algum requisito.

Considerando tais impossibilidades, muito embora não tenha sido o foco do presente estudo, seria cabível pensar o estatuto da liberdade do agente público como pertencente à concepção republicana de liberdade, consoante explicada por Philip Pettit.

Seria esta uma proposta possível, pois a problema da teoria de I. Berlin, para o campo da legalidade administrativa é o fato de considerar, de um lado, apenas o sujeito e sua autonomia (na concepção positiva, não se fala em obstáculos externos, mas sim no fato de ele ser senhor de si mesmo), e, de outro, deixar de considerar este sujeito para levar em conta o que está obstruindo sua ação (na concepção negativa, só interessa a ausência de obstáculos para o exercício da liberdade, e não o indivíduo em sua autonomia).

Conforme se explicou acima, na liberdade administrativa, em razão do conceito do princípio da legalidade estabelecido para a atuação do agente público, não é suficiente considerar ora a ausência de impedimentos e constrangimentos, ora a autonomia do indivíduo. E, ainda, não seria suficiente somar os critérios, haja vista que a autonomia da concepção positiva é diferente da atribuída ao agente público. Nessa falta, poder-se-ia pensar na aplicação do conceito republicano de liberdade.

A liberdade republicana como ausência de dominação não aceita puramente as concepções negativa e positiva de liberdade. Constitui-se, pelo contrário, como uma liberdade de não interferência arbitrária, em que a obediência à lei é liberdade, desde que não corresponda a uma dominação. A concepção republicana apregoa que o sujeito é social, intersubjetivo, e precisa, por um lado, do elemento negativo da liberdade, todavia não no formato da ausência de obstáculos, mas sim da ausência de dominação. Não é livre o sujeito que age sob coerção, pressão, ameaça. Por outro lado, considera também o ideal de autogoverno, de forma diferente à lançada na liberdade positiva, na medida em que é o sujeito responsável por suas escolhas no cenário de possibilidades. Liga, pois, a ideia de liberdade com a de responsabilidade. Nas palavras de P. Pettit (2001, p. 65/66):

Quando descrevemos as pessoas como livres, frequentemente temos duas coisas em mente. Primeiro, dizemos que seus agenciamentos como pessoas – no agenciamento permitido a elas por suas posições relativas a outras pessoas – elas estão aptas para serem consideradas responsáveis; elas não agem sob pressão, ameaça, coerção, seja pelo que for. Em segundo lugar, podemos sugerir que elas estão aptas pra serem consideradas responsáveis em relação ao ambiente de escolhas que torna as opções disponíveis significativamente numerosas e distintas.

A liberdade de P. Pettit abarca a obediência à lei, não apenas em razão de uma vontade geral expressada pela norma, mas pelo fato de o agente revelar nisso uma disposição social. No entanto, além disso, deve o agente estar num campo fora de qualquer dominação (que não é, para ele, sinônimo de interferência). Assim, na teoria republicana de P. Pettit, existe a consideração da liberdade numa ausência (mas de dominação, e não de interferência, como na liberdade negativa berliniana) e, ao mesmo tempo, a liberdade no autogoverno (sem que se considere apenas isso, como a concepção positiva de I. Berlin, o que seria insuficiente).

Aplicando-se a teoria republicana de liberdade de P. Pettit ao campo de liberdade do agente público na sua atuação discricionária, poderia estudar-se que o esse agente é livre não na ausência de impedimentos (pois deve obediência à lei), mas de dominação (por não ser instrumento nem objeto de arbítrio). Além disso, tem um ideal de autogoverno (diferente do preconizado por I. Berlin) na obediência à lei

instituída, tendo responsabilidade por suas escolhas a partir do âmbito de possibilidades que possui para agir.

No entanto, tendo em vista que na presente dissertação a problemática que se propunha era a de considerar a possibilidade ou não de aplicação da teoria de liberdade de I. Berlin para a compreensão da liberdade do agente público em seu atuar discricionário, apresenta-se a sugestão acima apenas como proposta, para um eventual trabalho futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCHET, Gustavo. **Direito administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENN, Stanley I. **A theory of freedom**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

BENTHAM, Jeremy. **Of laws in general**. *In* Freedom: a philosophical anthology. Edited by Ian Carter et al. Blackwell Publishing, 2007.

_____. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Editor: Victor Civita. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

BERLIN, Isaiah. **A busca do ideal**. Trad. Teresa Curvelo. Lisboa: Editorial Bizâncio, 1998.

_____. **Two concepts of liberty**. *In* Liberty. Edited by David Miller. Oxford: Oxford University Press, 1991.

_____. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BERTEN, André. **Filosofia política**. Trad. Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus, 2004.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: v. 1: fundamentos teóricos. São Paulo: Manoele, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2.ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal, Legislação Penal e Processual Penal**. Org. Luiz Flávio Gomes. 13.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

CONSTANT, Benjamin. **De la liberté chez les modernes**. Textes choisis, presentes et annotés par Marcel Gauchet. Librairie Générale Française, 1980.

CROCKER, Lawrence. **Positive liberty**: an essay in normative political philosophy. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1980.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Direito administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FILGUEIRAS JUNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FLIKSCHUH, Katrin. **Freedom: contemporary liberal perspectives**. USA, Malden: Polity Press, 2007.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativo e o direito fundamental à boa administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GAUS, Gerald F. **The modern liberal theory of man**. New York: St. Martin's Press, 1983.

GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Trad. Fábio Fernandes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2000.

_____. **Liberalisms: essays in political**. London: Routledge, 1989.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Vol. I. 12.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HAAKONSSSEN, Knud. **Republicanism**. In A companion to contemporary political philosophy. GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (orgs). Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 1993.

HAYEK, Friedrich August. **Os princípios de uma ordem social liberal**. In: CRESPIGNY, Anthony de e CRONIN, Jeremy. *Ideologias políticas*. Brasília: UnB, 1981, p. 47-63.

_____. **The constitution of liberty**. In Freedom: a philosophical anthology. Edited by Ian Carter et al. Blackwell Publishing, 2007.

HELD, David (org.). **Political theory today**. Stanford, California: Stanford University Press, 1991.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2003.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda., 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUKATHAS, Chandran. **Liberty**. *In* A companion to contemporary political philosophy. GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (orgs). Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 1993.

LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1980.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACCALLUM, Gerald C. **Negative and positive freedom**. *In* Liberty. Edited by David Miller. Oxford: Oxford University Press, 1991.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariiedade e controle judicial**. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

_____. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESTIERI, João. **Manual de direito penal: parte geral**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MILL, John Stuart. **Da liberdade**. In Clássicos da democracia, vol. 1. Da liberdade. Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA – Instituição Brasileira de Difusão Cultural AS, 1963.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político: trajectos**. Trad. Ana Cecília Simões. Portugal: Gradiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de direito penal**. 6.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal.** 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de direito penal brasileiro:** volume I, parte geral. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PETTIT, Philip. **A theory of freedom.: from the psychology to the politics of agency.** Oxford: University Press, 2001.

_____. **Republicanismo: uma teoria sobre la libertad y el gobierno.** Trad. Toni Domènech. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

_____. **Teoria da liberdade.** Trad. Renato Sérgio Pupo Maciel. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal:** parte geral. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMOS, Cesar Augusto. **A cidadania como intitulação de direitos ou atribuição de virtudes cívicas:** liberalismo ou republicanismo? *In* Síntese – Revista de Filosofia, v. 33, n. 105, p. 77-115, 2006.

_____. **Coação e autonomia em Kant: as duas faces da faculdade de volição.** *In* Revista ethic@. Florianópolis, v. 7, n. 1, p. 45-68, junho/2008.

_____. **Republicanismo e liberalismo:** em torno da questão da liberdade. *In*: Anais do Congresso Sul-Americano de Filosofia: Natureza e Liberdade da PUC/PR. Curitiba: PUC/PR, 2005.

RAWLS, John. **Justiça como eqüidade**: uma reformulação. Org. Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. Rev. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RYAN, Alan. **Liberalism**. *In* A companion to contemporary political philosophy. GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip (orgs). Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSE, Nikolas. **Powers of freedom**: reframing political thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Trad. Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Ática, 1989.

SADDY, A. **Discrecionalidade administrativa nas normas jurídicas em abstrato**: limites e técnicas de contenção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

_____. **O contrato social**: princípios do direito público. 4.ed. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

SMITH, G.W. **J. S. Mill on freedom**. *In* Conceptions of liberty in political philosophy. Edited by John GRAY and Zbigniew PELCZYNSKI. Londres: The Athlone Press, 1984.

SWIFT, Adam. **Political philosophy**: a beginners' guide for students and politicians. Cambridge: Polity Press, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAYLOR, Charles. **What's wrong with negative liberty?** *In* Philosophy and the human sciences. Philosophical Papers 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

_____. **La liberté des modernes**. Trad. Philippe de Lara. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VILLA, Dana. **Public freedom**. United Kingdom: Princeton University Press, 2008.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume I, parte geral. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.