

DIREITO PÚBLICO EM ALEXANDRE KOJÈVE

(Public law in Alexandre Kojève)

Agemir Bavaresco¹

Resumo: *O Direito Público em Alexandre Kojève*, apresentado no trabalho, segundo a sua obra *Esboço de uma Fenomenologia do Direito*, tem no *desejo antropogênico* o estatuto básico para a constituição do reconhecimento intersubjetivo que é um processo dialético, baseado na figura do senhor e do escravo da *Fenomenologia do Espírito* de Hegel. Da luta pelo reconhecimento, portanto, da intersubjetividade, resultará a relação jurídica arbitrada por um *terceiro imparcial*. Considerando que o modelo metodológico hegel-cojéviano é pertinente para compreender o fenômeno jurídico, em que medida este método e estatuto teórico-prático contribuem para a superação do Direito moderno, centrado na garantia subjetiva dos direitos fundamentais? Qual é o alcance e o limite do conceito de Direito Público kojéviano na dimensão constitucional e administrativa? A posição kojéviana sobre o Direito público, no seu duplo aspecto, constitucional e administrativo é, eminentemente, política. Considerando a distância entre o contexto sócio-político em que Kojève escreveu seu *Esboço*, e o posterior debate jusfilosófico constitucionalista do Estado Democrático de Direito, cabe reconhecer a contribuição kojéviana na perspectiva de um Direito intersubjetivo comunitarista.

Palavras-Chave: Fenomenologia do Direito, Desejo antropogênico, Direito Público, Direito Intersubjetivo, Filosofia do Direito.

Abstract: *The Public Law in Alexander Kojève* which is focused in this work, as stated in Kojève's *Sketch of a Law Phenomenology*, has in the *anthropogenical desire* the basic statute for the constitution of the

¹ Professor de Filosofia da PUC-RS. Artigo submetido a avaliação no dia 07/03/2008 e aprovado para publicação no dia 16/05/2008.

intersubjective recognition which is a dialectical process based in the image of master and servant in Hegel's *Phenomenology of Spirit*. From the fight for recognition, therefore from the intersubjectivity, the juridical relation mediated by an *impartial third* will overcome. Taking into account that the methodological hegel-kojévian model is appropriate for understanding the juridical model, in what measure this method and theoretical and practical statutes contribute towards the overcoming of the modern Law, moving forward to a communitarist intersubjective Law? Which are the range and the limit of the concept of Kojève's Public Law in the constitutional and administrative dimension? Kojève's position on the public Law, in its double aspect, constitutional and administrative, is prominently political. Considering the distance between the social and political contexts in which Kojève wrote his *Sketch*, and the posterior constitutionalist jusphilosophic debate of the Law Democratic State, it is worth recognizing Kojève's contribution in the possibility of a communitarist intersubjective Law.

Keywords: Law phenomenology, Anthropogenical desire, Public Law, Intersubjective Law, Philosophy of Law.

O reconhecimento intersubjetivo dá-se em vários níveis de mediação sócio-jurídico-político, implicando uma teoria da justiça, correspondente, no sistema do Direito Público. Ocorre que, ao exame da teoria acerca da *ideia de justiça*, vê-se, em Kojève, que através do Direito, se mostra uma determinada *ideia de justiça*, derivada das lutas por reconhecimento travadas no seio da sociedade. Neste sentido, o domínio do Direito Público é o domínio do político e não, do jurídico eminentemente, uma vez que tais lutas, por reconhecimento não poderiam ser resolvidas pela intervenção de um terceiro imparcial. Ora, qual é, então, o alcance e o limite do conceito de Direito Público kojéviano na dimensão constitucional e administrativa?

O presente trabalho, *Direito Público em Alexandre Kojève*, partindo de sua obra *Esboço de uma Fenomenologia do Direito*, examina as repercussões da teoria kojéviana da fenomenologia do direito sobre o Direito Público e, especificamente, sobre o Direito Constitucional e Administrativo. Depois, é feito um balanço de sua aplicação da teoria da justiça no Direito Público, apontando o alcance e o limite de sua análise da Constituição e da Administração Pública.

1 - Modelos metodológicos de reconhecimento: do direito subjetivo ao intersubjetivo

A passagem de uma perspectiva autorreferencial de sujeito de direito para uma perspectiva intersubjetiva veio a ser promovida, primeiramente pela noção de relação jurídica esboçada por Fichte; mas, será em Hegel que esta

intersubjetividade fichteana precária alcançará o status de instrumentação metodológica capaz de abordar, de maneira eficaz e consequente, as aporias apresentadas pela realidade social, posta à luz pela modernidade, para as quais a “filosofia social moderna não está em condições de explicar (...) já que permanece presa a premissas atomísticas” (Honneth, 2003, 42).

Tais aporias Hegel examina nas duas primeiras partes do artigo sobre o *Direito Natural*, de maneira crítica e refutadora, para depois, na terceira e quarta partes, resgatar das teorias, ditas, empíricas e formalistas, o que de universal era pelas mesmas aportado. Mas, sem dúvida, é na abordagem do conceito de pessoa jurídica, feita por Hegel, que situamos o ponto de inflexão entre uma perspectiva auto-referencial e uma perspectiva intersubjetiva (ou relacional) do Direito.

Se a todo o momento o Direito Natural afirmara, até então, a liberdade do ponto de vista do indivíduo, na questão específica da pessoa jurídica, esta noção era exacerbada no jusnaturalismo de corte racionalista da Ilustração. Assim, Hegel, apontando as características produtivas da concepção moderna de pessoa jurídica, a coloca no devido lugar; mesmo constatando que o direito abstrato (jusnaturalismo da ilustração) é formal, aproveita ainda, a concepção de pessoa jurídica aí formulada, situando-a, porém, no direito abstrato, §§ 35, 36 e 37 da *Filosofia do Direito*; portanto, numa situação de passagem para o direito da eticidade.

No entanto, duas constatações devem ser apreciadas que, conforme tem sido apontado por Bobbio, por exemplo, também na perspectiva jusfilosófica o pensamento da ilustração limitou-se em definir a sociedade civil, tomando-a pelo Estado; e que, em nada obstante o alertado por Hegel, esta necessidade de superação do direito abstrato, com sua visão exacerbada do indivíduo, não foi contemplada.

De tal maneira que, mesmo na Alemanha, toda a doutrina jurídica permaneceria acolhendo, como pessoa jurídica, a este indivíduo livre, que não reconhece nenhuma norma acima dele, autônomo — no sentido pobre do termo — e que concebe o ordenamento jurídico como sendo criado a partir de acordos livremente pactuados entre si e os demais que a ele se assemelham. Ora, a metodologia hegel-kojeviana, por ser intersubjetiva, constitui a superação do modelo subjetivista moderno do Direito.

Pelo exposto em Hegel e Kojève, percebemos que existem modelos metodológicos diferenciados de reconhecimento e da ideia de Direito. No que se refere ao problema da metodologia, Hegel inclui a dialética como um dos momentos fundamentais do método especulativo, enquanto para Kojève, a dialética é o fim de sua metodologia. Mais ainda, seu modelo tem, como pressuposto, um dualismo originário, enquanto que para Hegel, há uma constituição monista que se movimenta, especulativamente, em seus diversos conteúdos e momentos do sistema.

Em nada obstando o fato de terem sido já levantadas arguições, no sentido de apontar como abusivamente antropologizante, a leitura kojéviana da *Fenomenologia do Espírito*, e, assim, inadequada, concordamos com a perspectiva de Labarrière (1996), segundo a qual a leitura de Kojève não caracteriza um mau uso da obra de Hegel. Esta leitura constitui *íntima conexão entre a dialética idealista e [a dialética] materialista*, conforme Marcuse (1988, 409), em seu suplemento bibliográfico à *Razão e Revolução*.

Na *Esquisse d'une phénoménologie du Droit*, Kojève, repisa que a especificidade do Direito reside, precisamente, na presença do terceiro desinteressado (imparcial); diz ainda que a dominação e a servidão são fenômenos sociais e que, portanto, para compreender o fenômeno jurídico é necessário centrar-se no estudo deste terceiro (Kojève, 1981, 191).

Por esta senda, é do desempenho deste terceiro imparcial que se chega ao Direito, enquanto aplicação de uma ideia de justiça às interações sociais dadas, e mesmo que caibam outros atores neste desempenho (tais como o legislador e o administrador público) é, especialmente, a atividade do Juiz que a ele corresponde (Kojève, 1981, 192).

Mesmo que na *Esquisse* venha tão afirmativamente destacada figura deste terceiro imparcial, não resta claro o lugar que é por ele ocupado metodologicamente, na estrutura da dialética esposada por Kojève.

No entanto, se nos socorremos da *Introduction à la lecture de Hegel*, veremos que se pode evidenciar uma aproximação entre o desempenho do terceiro desinteressado e a categoria da mediação. Nesta obra, diz Kojève que:

Hegel expressa a diferença entre o Ser e o Real “téticos” (Identidade) e o Ser e o Real “sintéticos” (Totalidade) dizendo que os primeiros são *imediatos* (*unmittelbar*), enquanto que os segundos são *mediatizados* (*vermittelt*) pela ação “antitética” (Negatividade) que os nega enquanto “imediatos”. E pode-se dizer que as categorias fundamentais da *Imediatidade* (*Unmittelbarkeit*) e da *Mediação* (*Vermittlung*) resumem toda a dialética real que Hegel tem em vista (Kojève, 1994, 481).

Vistas, assim, as posições dos litigantes em uma relação social, como *entidades imediatas*, como realidades estáticas dadas, a *entidade mediatizada*, que as colocará em movimento é a ação do Juiz que as suprassume, ou seja, que, pela aplicação da equidade, reconhecerá, em cada uma das posições, suas especificidades, expressando, assim, na decisão a identidade da identidade e da diferença.

A substância jurídica própria da decisão deste terceiro é imanente à ordem concreta em que ele e os litigantes se inserem, ou seja, é a Ideia de Justiça aí posta, isto é, o conceito jurídico concreto e nunca um direito abstrato qualquer, uma vez que, conforme Carl Schmitt, sem o sistema de coordenadas da ordem concreta, o positivismo jurídico não saberia distinguir entre

direito e não direito, entre objetividade e arbitrariedade subjetiva (Schmitt, 1995, 92).

Em Hegel, o Direito tem seu estatuto na determinação da ideia de liberdade nos diversos momentos que compõem a *Filosofia do Direito*. O reconhecimento simétrico de direitos e deveres percorre o itinerário do direito abstrato, da moralidade e da eticidade. Ora, a metodologia hegeliana implica que a pessoa garanta o reconhecimento de seus direitos e deveres no direito abstrato moderno, enquanto sujeito moral, capaz de agir intersubjetivamente, como cidadão na esfera da eticidade, ou seja, participando do Estado.

Para Kojève, o Direito é o resultado da luta originária pelo desejo de reconhecimento entre o senhor e o escravo. Disto decorre uma tríplice tipologia da ideia de Direito, configurando-se em ideia de igualdade aristocrática, ideia de equivalência burguesa e ideia de equidade cidadã. O Direito é, então, a determinação da ideia de justiça.

Sabe-se que Kojève em sua análise da *Fenomenologia do Espírito* de Hegel aplica, permanentemente, a metodologia dialética do senhor e do escravo. Ora, será que Kojève mantém a mesma metodologia para analisar o fenômeno do Direito? Pode-se defender duas hipóteses: a) Kojève manteria a mesma metodologia dialética na determinação da ideia de justiça; b) Porém, na descrição fenomenológica da tipologia, ele introduz um terceiro imparcial e desinteressado, ou seja, quando o autor aplica a ideia de justiça para o Direito, haveria uma superação da dialética pela mediação do terceiro, enquanto momento de superação do antagonismo no embate entre os litigantes. Teríamos assim, um momento especulativo que seria o mesmo da metodologia hegeliana. Isto fica explícito já na segunda seção (*Origem e evolução do Direito*) e comprova-se na terceira (*O sistema do Direito*) em que Kojève faz uma aplicação das três ideias de justiça para o Direito internacional, Direito público, Direito penal e Direito privado.

Em que medida esses modelos metodológicos são importantes para compreender o fenômeno jurídico? Qual é a vantagem de um e de outro, ou ainda, como podem ser complementares para a superação do Direito moderno, centrado na garantia subjetiva dos direitos?

A metodologia de Kojève descreve o desejo de reconhecimento, enquanto uma ideia de justiça na sua polaridade máxima do senhor e do escravo. Essa tipologia permite compreender o fenômeno jurídico na sua constituição sócio-histórica. Nesse sentido, a reflexividade entre os sujeitos que buscam o reconhecimento constitui um momento fundamental para a constituição intersubjetiva do Direito. Tem-se a posição de sujeitos que determinam os seus desejos pela ideia de igualdade-equivalência-equidade, na superação dos conflitos advindos de interesses contraditórios. O terceiro imparcial e desinteressado que atravessa todo o *Esboço* de Kojève, insere o momento intersubjetivo na constituição do Direito.

Em Hegel, o reconhecimento passa pela mediação da eticidade, enquanto momento garantidor de um Direito intersubjetivo. Então, pode-se afirmar que os modelos são complementares, na medida em que Kojève acentua o momento dialético e a ideia de justiça, e Hegel, o momento especulativo e a ideia de liberdade. Assim, ambos os modelos são importantes, para a constituição do Direito intersubjetivo.

Um dos objetivos de nosso estudo é encontrar referenciais teórico-práticos, para superar o modelo subjetivista do Direito e construir uma metodologia da intersubjetividade jusfilosófica. Assim, a teoria hegeliana do reconhecimento, apresentada na *Fenomenologia* na figura do senhor e do escravo, torna-se a figura paradigmática, que Kojève utiliza para construir sua metodologia dialética, partindo do *desejo antropogênico* como fonte originante do reconhecimento. As metodologias de Hegel e Kojève, embora tenham suas especificidades, ambas são importantes para fundamentar um Direito intersubjetivo.

Pressupondo que a metodologia hegeliana desenvolvida na *Filosofia do Direito* já é assaz conhecida, enquanto desenvolvimento da ideia de liberdade intersubjetiva, expomos a determinação da ideia de justiça em Kojève na sua tríptica tipologia: Igualdade, equivalência e equidade, constituindo-se, atualmente, num referencial teórico-prático da intersubjetividade jusfilosófica em três níveis, aqui enunciados, e que permanecem como abertura para futuros estudos:

- 1º) A ideia de justiça como igualdade determinando-se no reconhecimento do Direito nas esferas global, nacional e local, garantindo identidades e diversificação cultural.
- 2º) A ideia de justiça como equivalência de direitos e deveres na redefinição do Estado de Direito e a organização de blocos regionais no início deste novo milênio.
- 3º) Enfim, a ideia de justiça como equidade, enquanto síntese cidadã intersubjetiva, em nível sócio-econômico sustentável e inovação político-tecnológica.

A teoria do reconhecimento hegeliano e a fenomenologia do Direito, baseada na determinação da ideia de justiça de Kojève, ratifica o movimento por um Direito intersubjetivo, ou seja, ratifica a tese comunitarista jusfilosófica. Trata-se de uma

concepção pluralista da justiça fundada na ideia de igualdade complexa (Walzer); um maior cuidado no que concerne ao problema da distribuição dos bens culturais, bem como às questões relacionadas aos grupos vulneráveis (Young); dos aspectos importantes da relação entre justiça e democracia deliberativa (Habermas); por fim, da análise do princípio de imparcialidade como base equitativa para o acordo entre as diferentes concepções do bem que coexistem nas sociedades plurais e democráticas (Barry)

(Rabenhorst, 2006, 494-495 In: Barreto, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*).

Assim, postos estes desafios de atualização, tanto em nível sócio-jurídico, bem como no debate comunitarista, insere-se a *teoria do reconhecimento intersubjetivo no viés jusfilosófico de Hegel e Kojève*, como uma referência incontornável na construção de um Direito intersubjetivo.

O estudo do reconhecimento e a intersubjetividade no *Esboço de uma Fenomenologia do Direito* de Kojève, demonstrou sua metodologia dialética, fundada no desejo antropogênico da luta pelo reconhecimento na figura do senhor e do escravo, bem como a descrição jusfenomenológica dos modelos de Direito e sua implicação na superação do Direito moderno subjetivo para o Direito intersubjetivo. Agora, será apresentada a implementação deste pressuposto teórico no Direito Público em seu nível, propriamente constitucional e administrativo.

2 - Direito público em Kojève

O Direito público, a rigor (excluindo o Direito penal), segundo Kojève, engloba o Direito constitucional e o administrativo, sendo que o primeiro estabelece as estruturas do Estado, e o segundo determina as relações entre o Estado e os indivíduos.

A Constituição contém, diz o autor, o estatuto e a organização do Estado, descrevendo *o que é*, e não o que *deve ser*. A estrutura do Estado e da Constituição não são justas e nem injustas, mas neutras, como por exemplo, a lei que fixa as cores nacionais do Estado ou o seu nome. O Estado autônomo e soberano interage com os outros Estados, segundo as regras do Direito internacional público. Porém, o que interessa aqui é o Direito público interno, considerando o Estado em si mesmo. Ora, entende Kojève que, onde não há interação entre duas entidades, não há justiça e nem Direito, donde, “a Constituição, tal como a concebe o Direito público (interno) não é pois um Direito. A Constituição é uma Lei ou um conjunto (oral ou escrito) de Leis políticas, na e pelas quais o Estado declara a todo mundo o que ele é e a maneira como ele funciona. Se a Constituição é uma Lei, trata-se aí de uma Lei política e não jurídica” (Kojève, 1981, 393). Declarando-se soberano, o Estado, não admite a intervenção de um terceiro, mas apenas notifica aos outros suas decisões, como numa declaração unilateral de guerra. O autor retoma a sua tese de que a relação jurídica implica a intervenção de um terceiro imparcial. Ora, ele retira da Constituição o caráter jurídico, mantendo apenas o político, destituindo, assim, a função do terceiro.

A Constituição institui a legalidade política, pois onde não há leis políticas o Estado torna-se despótico e os governantes tratam os governados segundo

seu bel prazer e não, conforme as leis estabelecidas e conhecidas de todos. Porém, o Estado pode mudar suas leis políticas, ou seja, modificar sua Constituição no seu conjunto. Kojève afirma que a diferença entre o Estado “legal” e o Estado despótico é, pois, comparável aquela entre um homem ponderado e um caprichoso, que muda a qualquer tempo sua opinião, sem apresentar motivos. No Estado “legal” a situação é tão pouco *jurídica*, quanto no Estado “despótico”: a lei constitucional é tão pouco “direito” ou uma lei jurídica quanto a decisão “arbitrária” do “déspota”.

Por isso uma revolução que é por definição politicamente ilegal, não pode ser condenada juridicamente. A ação revolucionária está em contradição com a lei constitucional. Mas esta lei não sendo jurídica, a ação revolucionária é juridicamente neutra, e não criminosa. Se a revolução tem êxito, isto é, se ela troca as leis políticas que ela aboliu por outras leis políticas, não há nada a dizer: nem política, nem juridicamente. Quando os revolucionários têm êxito, eles se tornam o Estado. Eles encarnam o Estado “soberano”. Ora, este Estado pode mudar sua Constituição como ele quer. Se a revolução teve êxito, pode-se dizer que o Estado mudou sua Constituição, e não há nada aí a objetar (Kojève, 1981, 393-394).

O autor afirma que não se pode condenar a nova Constituição, recordando a antiga, pois esta tinha sua realidade na vontade do Estado. Ora, é o mesmo Estado que aplica agora a nova Constituição modificada, sendo esta tão válida quanto a anterior.

Agora, não é possível, continua Kojève, o Estado anterior opor-se ao novo, negando-lhe a identidade, porque não há um terceiro nesta interação entre os dois Estados, ou seja, entre as duas formas consecutivas do mesmo Estado. A situação não teria nada de jurídico, mas uma luta política. Para que houvesse um terceiro, seria necessário chamar a intervenção deste para modificar a Constituição, tirando, portanto, a soberania do próprio Estado. Nesse caso, em que uma Constituição é julgada ou torna-se sujeito de direito, ela não é mais uma Constituição verdadeira, pois, onde há um Direito, não há Direito público, no sentido constitucional. “A lei constitucional que fixa a estrutura de um Estado propriamente dito não tem nada a ver com uma lei jurídica. Ou ainda: as relações do Estado consigo estão fora do domínio do Direito e mesmo da Justiça” (id. p. 394). O autor reafirma o papel político da Constituição, no caso de uma mudança constitucional, impedindo qualquer intervenção de um terceiro, para evitar o retrocesso da soberania política do Estado.

Kojève continua neste tema, exemplificando a questão no caso de um Estado A (EA) fazer guerra contra um Estado B (EB), justificando que a Constituição de B é injusta, ou até juridicamente ilegal ou ilegítima. O EA não reconhece o EB como Estado soberano, tratando os governantes e os governados como dois grupos privados. O EA intervém então na qualidade de terceiro e anula a ação ilegal do grupo governante, considerando os cidadãos do EB como

seus julgados, aplicando-lhes seu Direito. Portanto, o EA tende a absorver politicamente o EB, como um grupo infra-estatal ao interior do EA. A estrutura deste grupo não é, pois uma Constituição, na medida em que esta é submetida a um Direito e pode ser dita juridicamente legal ou ilegal. Então, não é mais uma verdadeira Constituição de um Estado soberano. “O Direito em questão não é pois um Direito público ou constitucional” (id. nota nº 1, p. 395). Mesmo nas relações internacionais interestatais, a função política da Constituição é preservada, de tal modo que Kojève não admite uma intervenção do EA sobre o EB, com a finalidade de instaurar a justiça, pois, em qualquer hipótese, tem-se aí uma redução ao jurídico e não mais ao sentido político da Constituição enquanto tal.

Para o autor, a Constituição é um ato político tanto interna como externamente. E não há um terceiro que possa nesse nível intervir, se não se retrocederia ao nível jurídico. A revolução é, pois, um ato político oposto às leis políticas vigentes, considerando-se um ato fundador de uma nova Constituição. Se a mudança na Constituição se realiza através da revolução, a nova Constituição passa a ser a nova lei política e não há o que negar.

A Constituição pode ser criticada, para que ela esteja de acordo com a realidade política, porém, ela só pode ser melhorada, tornando-se conforme à realidade do Estado. “Toda Constituição, toda estrutura política de um Estado é, politicamente, boa, se ela permite ao Estado manter-se, indefinidamente, na identidade consigo, tanto exterior quanto interiormente, e isso sem dever mudar de estrutura e, portanto, de Constituição” (id. p. 395).

A lei constitucional relacionada ao Estado, regula a estrutura do Estado, não sendo, nesse sentido, um Direito, afirma Kojève, pois ela não deixa nenhum lugar para a existência de um terceiro. Em não havendo interação entre duas entidades distintas, não há o conceito de igualdade ou de equivalência, conforme a ideia de justiça, acima exposto. Porém, se tomarmos a Lei constitucional, relacionada aos particulares ou aos indivíduos, o Direito administrativo tratará das interações entre o Estado e os indivíduos, e dos indivíduos entre eles, enquanto cidadãos. Kojève distingue três tipos fundamentais de relações: 1) As relações entre o Estado e os cidadãos; 2) As relações entre o Estado e os particulares; 3) As relações entre particulares. Não detalharemos estas relações, pois em síntese Kojève expõe na relação paradoxal entre o Estado e o Direito Público o seu pensamento sobre os tipos de relações:

Na medida em que o Estado é tomado enquanto Estado não há, pois *Direito Público*, pouco importa que o Estado se relacione a si mesmo (*Direito constitucional*) ou aos cidadãos ou aos particulares (*Direito administrativo*). De uma maneira geral apenas há Direito lá onde se trata de relações entre particulares. Se o Direito público é, verdadeiramente, um Direito, o Estado ele mesmo deve aí figurar não enquanto Estado, mas enquanto “particular”. Enquanto Estado não deve aí jogar um papel de Terceiro (id. p. 403).

De fato, entende-se que o Estado é o espaço estatal, político e não privado ou particular. Porém ele não pode existir em ato senão pelos cidadãos e os particulares. O Estado age apenas por eles, na medida em que estes agem, enquanto cidadãos, ou seja, o Estado é o conjunto dos cidadãos agindo enquanto tais. O Estado encarna-se no grupo político exclusivo, sendo sua vontade, a mesma do Estado. No sentido estrito, o conceito Estado junta-se ao do coletivo dos governantes, recrutados entre o grupo exclusivo, em que a ação deste é a do Estado. Por definição, os governantes exercem a autoridade política, enquanto grupo político exclusivo, agindo em nome do Estado e sendo um com este. Os governantes organizam a estrutura do Estado e o modo de seu funcionamento. Eles determinam a Constituição, o estatuto dos cidadãos, o conjunto das leis políticas (orais e escritas), que fixam o Direito Público, não sendo este um Direito (cf. p. 403-404).

Kojève levanta a hipótese em que os interesses de grupos se tornam os interesses do Estado, e os governantes podem defender esses interesses, agindo, enquanto governantes. Por exemplo, uma família pode ser estatizada e tornar-se um Estado monárquico, defendendo os interesses de sua família (dinastia), o rei age não enquanto particular, mas como governante. Então, é o Estado que age em e pelo rei. Assim, também, quando um grupo familiar, econômico ou religioso e outro, forma o Estado aristocrático, os governantes agem em nome do Estado, defendendo os interesses da aristocracia, ou seja, do grupo em questão. Aqui, os governantes fixam o estatuto do Estado e dos cidadãos e não há nada de jurídico, porque não há um terceiro.

Agora, se um governante não agisse como tal, ou seja, enquanto cidadão, representante do Estado, ou grupo exclusivo, mas em função de interesses privados, particulares, quer seja de um grupo ou de interesses estritamente pessoais, então, esse governo agiria como particular. Então, se o Estado, ao entrar em interação com os governados, lesar seus interesses, não haverá uma relação entre governante e governados, mas entre particulares, pois ele estaria agindo em função de interesses privados. São privados, porque o Estado não os põe, nem por via legal e nem colocando em risco sua vida numa revolução ou guerra. Os governados, neste caso, não têm necessidade de agir politicamente, mas recorrer contra o próprio Estado. Aqui, o Estado será um terceiro, intervindo como tal. O conjunto de regras do direito aplicado pelo terceiro, nesse caso, forma o Direito público do Estado dado.

Ora, quando o Estado intervém na qualidade de terceiro, como no caso em questão, constata-se o seguinte: a) O governante agiu enquanto particular; b) E o governado foi lesado pelo governante-impostor, devendo este fixar o modo pelo qual o ato criminoso ou juridicamente ilegal deve ser anulado. No primeiro caso, não há como descobrir a intenção do governante, se ele agiu de boa-fé e se enganou, pensando agir como cidadão em nome do

Estado. Trata-se, aqui, de ter um critério objetivo, dado pela Constituição, isto é, pelo conjunto de leis políticas que fixam a estrutura e o funcionamento do Estado. Se o governante agiu em desacordo com a Constituição, em função de interesses particulares, então, o Estado pode intervir como terceiro e anular o ato do governante-impostor. As leis constitucionais e administrativas, em si, não têm nada de jurídico, mas na medida em que elas permitem constatar que um governante agiu como impostor, elas fazem parte do Direito público (id. p. 405-407).

Considerando-se as duas partes do Direito público, o constitucional e o administrativo, no que se refere à segunda parte, Kojève enumera os casos nos quais os governados podem considerar-se lesados por atos dos governantes-impostores e indica o modo como estes atos, juridicamente, ilegais devem ser anulados. Neste sentido pode-se dizer que o Direito público fixa os direitos dos governados. Porém, seria falso, afirma o autor, dizer que os governados têm direitos face ao Estado, isto é, diante dos governantes agindo enquanto tais, pois o Estado pode modificar o Direito público, modificando a Constituição. Ora, quando se trata de uma modificação da Constituição, ou seja, do Direito público, o Direito não tem nada a dizer, pois não há um possível terceiro. A Constituição pode ser modificada apenas pelo Estado, isto é, pelos cidadãos, agindo como cidadãos e não como particulares. Os cidadãos que modificam a Constituição, devem agir enquanto governantes, isto é, enquanto representantes do grupo político exclusivo, no interior do qual eles se beneficiam de uma autoridade política. Caso contrário, eles agiriam como impostores e pessoas privadas e seriam submetidas ao Direito público, intervindo o Estado, enquanto terceiro para anular seus atos juridicamente ilegais. Ora, a Constituição, ou seja, o Direito público permite constatar se a mudança constitucional é, enquanto cidadão ou não, porque apenas pode-se modificá-la, legalmente, sendo cidadão, utilizando as vias previstas pela Constituição. Portanto, utilizando-se destas vias, age-se, de forma política, e não juridicamente, pois, aqui, ainda não há um terceiro. Porém, se alguém experimenta modificar a Constituição por vias ilegais, ele age enquanto privado e particular, e então comete um crime de Direito público, o qual será anulado pelo Estado em sua qualidade de terceiro (id. p. 408).

Então, para Kojève, a Constituição pode ser mudada pelos cidadãos, enquanto fazem parte do governo constituído pelo grupo político dominante e não pelas pessoas privadas agindo segundo interesses privados. Diferente é o caso, continua o autor, de um grupo revolucionário agir contra o Estado (ou seja, os governantes munidos da autoridade outorgada pelo grupo político exclusivo), não haveria aqui um terceiro e o Direito público não poderia ser aplicado, pois o revolucionário não agiria, enquanto pessoa privada, em particular, mas politicamente, enquanto cidadão do Estado futuro, pós-revolucionário. E as relações entre o Estado e os cidadãos agindo enquanto cidadãos, legalmente ou por via revolucionária, até guerrilheira

não têm nada de jurídico. O fato de o revolucionário agir politicamente, ou seja, enquanto cidadão é atestado objetivamente (pois a intenção privada aqui não conta) através do risco da luta de vida e morte para tomar o poder. Aqui, os revolucionários constituem um grupo exclusivo, escolhendo um coletivo de governantes munidos de autoridade política, instalando-se no poder face aos estrangeiros, bem como diante do grupo político excluído, internamente, do poder. Se os revolucionários fracassam, eles morrem; se eles têm êxito, tornam-se governantes e, em ambos os casos, não há nada de jurídico, mas um fato político. É por isso que os autores de uma revolução abortada são raramente julgados por tribunais ordinários, porque não se pode aplicar-lhes nenhum Direito, senão eliminá-los politicamente, por uma medida de simples polícia ou por um tribunal político, que terá apenas o nome de tribunal jurídico. Da mesma forma, não terá nada de jurídico o tribunal revolucionário que suprimirá os agentes do antigo regime (id. p. 408-409).

Percebe-se que a mudança constitucional pode ocorrer através de duas formas: a) Pela via legal do cidadão, ou seja, pela via interna do próprio grupo político instalado no governo; b) Ou pela via revolucionária, isto é, por um grupo externo ao governo, instalando uma nova Constituição. Em ambas as vias, dá-se um processo político e não jurídico, por tratar-se do Direito público, portanto constitucional.

O Direito público é um Direito constitucional, por isso implica a Constituição do Estado. Costuma-se afirmar que o Direito administrativo opõe-se ao Direito constitucional, no entanto, os limites entre ambos são arbitrários. Pode-se dizer que o Direito constitucional fixa o estatuto e as funções dos governantes que não são, ao mesmo tempo, governados. Enquanto que o Direito administrativo relaciona-se aos governantes que são também governados, isto é, aos funcionários em sentido estrito. Pode-se distinguir um Direito público da estrutura do Estado e das administrações e um Direito público da função, como se distingue a anatomia da fisiologia. Porém, o Direito público deve regular não apenas as estruturas e as funções do Estado e das administrações, ou seja, os governantes, mas ainda, aquelas dos cidadãos tomados enquanto governados (id. p. 410-413).

O Direito público, afirma Kojève, não é um Direito, na medida em que se refira às interações entre os governados e os governantes-impostores. É apenas face a estes últimos que o governado tem direitos e não face ao Estado, pois este pode mudar todos os estatutos, sem que exista um possível terceiro, para se opor ou sancionar a mudança. Isso não significa que o governado lesado só possa recorrer ao governante-impostor. O Estado pode indenizá-lo, sendo, então, uma decisão livre do Estado, que não terá nada de jurídico. O Direito público permite, apenas, anular o ato do governante-impostor. Se o Estado quer além disso punir o governante culpado, ele será

então parte e a punição não teria nada de jurídico. Da mesma forma, se o Estado se solidariza com o governante, o Direito público não poderá prescrever uma indenização ao governado lesado, pois no momento, em que o governante agiu em nome do Estado, não há mais Direito possível e o governado não tem nenhum direito. O Estado pode, mesmo assim, indenizá-lo, mas o ato não terá então nada de jurídico em si mesmo. A lei sobre a indenização permite que o governante que recusa indenizar o governado, aja como impostor. Enfim, o Direito público pode conter tudo o que, tradicionalmente, ele contém. Apenas, esse conteúdo deve ser interpretado do modo pelo qual eu acabo de fazer, conclui Kojève (id. p. 414).

A tese do autor exposta, desde o início, é que o Direito nasce da intervenção de um terceiro imparcial e desinteressado. “O Direito processual que regula o estatuto do terceiro e seu funcionamento em relação aos litigantes, não é um Direito verdadeiro. É uma declaração unilateral do Terceiro, uma “notificação” de seu proceder” (id. p. 414-415). Ora, onde o Direito é estatizado, o terceiro é o Estado ou seu representante, pois é ele que edita a lei processual. *É, portanto, uma lei política e não jurídica*, conclui Kojève.

Ora, aqui é possível também a existência do terceiro impostor, quando ele age de forma parcial e interessada. Nesse caso, ele não será terceiro, mas parte. O juiz-funcionário não será representante do Estado, mas um particular-impostor, contra o qual se pode recorrer ao Estado, que exercerá o papel de terceiro autêntico. “Toda a questão é, pois, saber se a pessoa que exerce o papel de terceiro é, verdadeiramente, um terceiro, isto é, se ele age enquanto tal, de um modo imparcial e desinteressado, ou se ele, apenas, parece ser, enganando os outros” (id. p. 415).

Então, a garantia que as partes têm da defesa de seus direitos é a que *a lei processual é um Direito*, permitindo constatar a autenticidade do terceiro. Pois, se o terceiro age em desacordo com esta lei, ele é um impostor, agindo enquanto particular. “O Direito processual só é um Direito, na medida em que ele permite constatar a impostura do terceiro, ou seja, o fato de que este não age em nome do Estado, como funcionário ou como cidadão, mas na qualidade de pessoa privada. Esse Direito é a garantia da imparcialidade e do desinteresse do terceiro” (id. p. 416). Portanto, o conteúdo do Direito processual é garantir a imparcialidade e o desinteresse do terceiro, isto é sua autenticidade. É, afirma Kojève, deste ponto de vista, que se precisa interpretar a regulamentação (estatal) da justiça.

Apresentou-se a posição kojéviana sobre o Direito público, no seu duplo aspecto, constitucional e administrativo, em que o autor, analisa o seu aspecto político-jurídico, porém, sendo o Direito público, para ele, eminentemente, político. Veja-se agora, o alcance e o limite da teoria kojéviana sobre o Direito Público, confrontando-a com as teorias contemporâneas, no seu duplo aspecto, constitucional e administrativo.

3 - Alcance e limite do Direito público Kojéviano

Tendo apresentado o Direito Público, segundo Kojève, será exposto, em primeiro lugar o debate sobre a dimensão política e/ou jurídica constitucional em alguns teóricos dentro do Direito Constitucional. Em seguida, tratar-se-á do Direito Administrativo, mostrando o papel do controle jurisdicional no Estado democrático de Direito. Percebe-se que Kojève elabora a sua teoria constitucional num contexto bélico e sob a influência de um modelo de Estado-Nação interventor tanto em nível externo como interno, ou seja, tomando decisões de forma unilateral. Daí, pode-se compreender, em parte, o alcance e o limite de sua teoria constitucional, considerando o contexto político e o debate teórico da época.

3.1 – Dimensão política e/ou jurídica da Constituição

Tendo-se em conta a assertiva, até certo ponto desconcertante, na qual Kojève delimita o campo do Direito Constitucional às lindes do fenômeno político, convém agora examinar os corolários de tal enunciado à luz de algumas teorias constitucionais.

Ressalta, desde logo, o fato de que o constitucionalismo contemporâneo incorpora, de maneira plena, a formulação de um ideal de justiça, sendo esta preocupação uma tarefa multidisciplinar, conforme aponta Gisele Cittadino:

Afinal, parece não restar dúvidas de que o debate sobre a justiça adentra inevitavelmente o mundo do direito. Em outras palavras, todos reconhecem a impossibilidade de justificar e configurar um ideal de justiça distributiva sem ao mesmo tempo enfrentar a discussão quanto ao papel da Constituição, da efetivação do seu sistema de direitos fundamentais e da atuação do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional (Cittadino, 2000, 2).

A referida autora destaca que o debate *sobre o ideal de uma sociedade justa e da sua estrutura normativa* passa a ocupar lugar de destaque a partir da publicação de *A Theory of Justice*, de Rawls. Cabe salientar que na *Esquisse*, de Kojève, escrita em 1943, esta polaridade já está tencionada, quando este afirma a natureza política e não jurídica da Constituição.

Mas, a questão do papel essencial da Constituição e da definição de sua natureza tem merecido foro de discussão já de longa data. Conforme se pode ver no trabalho de Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, que é tido como um dos textos mais significativos do Direito Constitucional, e, em nenhuma outra obra de direito constitucional, parece-nos, estar tão clara e objetivamente abordada a questão da dupla natureza, a um só tempo política e jurídica da Constituição.

Nesse escrito, Hesse retoma a discussão desde uma posição bastante remota, ou seja, enfocando, de início, a clássica posição expressa por Ferdinand Lassalle, em 1863, no tocante à essência da Constituição, e a ela se contrapõe, buscando demonstrar que o desfecho do conflito entre os fatores reais de poder e a Constituição não necessariamente implica na derrota desta. Existem pressupostos realizáveis que permitem assegurar sua força normativa constitucional.

Lassalle, na obra referida, sua célebre *O que é uma Constituição*, via as questões constitucionais como políticas e não jurídicas. Ou seja, esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – nas palavras de Lassalle, não passa de um pedaço de papel (Hesse, 1991, 9). Hesse, apesar de reconhecer o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, enfatiza o aspecto da vontade de Constituição, que é, em última análise, o que vai caracterizar a sua essência jurídica, a qual estará cindida “pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellineck, quanto no “positivismo sociológico” de Carl Schmitt” (Hesse, 1991, 13). A separação radical entre norma e realidade resulta em um constitucionalismo que não responde corretamente à questão acerca do que é uma constituição.

Para Hesse, enfatizar-se uma ou outra das duas direções conduz inevitavelmente aos extremos, ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo, ou de uma norma despida de qualquer elemento da realidade. O que permite vislumbrar-se uma via de acesso ao essencial da Constituição, é a sua condição de vigência, sua eficácia, ou seja, se “a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (Hesse, 1991, 14). Portanto, a Constituição adquire força normativa, conforme realiza sua pretensão de eficácia, que não pode ser separada das condições históricas de sua realização.

A partir desta perspectiva, cotejando-se a abordagem do Direito Constitucional em Kojève, acima exposta, vê-se que a linha desenvolvida pelo pensador russo coloca-se em um dos extremos da dualidade essencial da Constituição, aventada por Konrad Hesse.

Para Bruce Ackerman, tanto a democracia como a Constituição são dualistas, porque asseguram, sob o aspecto jurídico, a autonomia privada dos indivíduos nos momentos em que não há mobilização política da comunidade, garantindo e protegendo os seus direitos; sob o aspecto político, garantem a autonomia pública dos cidadãos quando eles decidem alterar e redefinir a sua própria identidade nacional.

C. Taylor e Walzer defendem o *patriotismo republicano*, sendo a Constituição um projeto que traduz a vontade coletiva, em que a cidadania ativa busca a implementação de liberdades positivas. Bruce Ackerman propõe, de seu lado, “o constitucionalismo patriótico “enquanto um ato profundo de autodeterminação política” (apud Cittadino, 2000, 163), sendo os direitos

fundamentais do cidadão procedimentais, antes que substantivos. Ao contrário de Rawls e Dworkin que sustentam o conteúdo substancial dos direitos fundamentais, Ackerman afirma que os indivíduos têm o direito básico de participar do debate público, determinando, assim, o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais. O constitucionalismo patriótico é construído através da ação coletiva dos cidadãos, mobilizando o povo para redefinir a identidade política nacional, alterando ou criando a Constituição.

No entender de Cittadino, há, em Ackerman, uma conexão intrínseca entre “revolução” e “Constituição”, sendo exemplos disto, as mudanças políticas ocorridas nos Estados Unidos por ocasião do *New Deal* e os processos revolucionários no Leste Europeu após 1989. Aqui, verifica-se um processo de mobilização política que levará a mudanças constitucionais ou a criação de novas Constituições.

O autor, no livro *We the People* propõe um modelo de *democracia e Constituição dualistas*, desenvolvido em dois momentos: Primeiro, as políticas rotineiras, exercidas pelos representantes do povo, isto é, a burocracia estatal; e o segundo, as transformações no sistema, pela ação do povo. Este modelo leva em conta que a virtude cívica dos cidadãos não é suficiente para mantê-los, permanentemente, comprometidos em participar na tomada de decisões públicas. Por isso, existem momentos na história em que se pode constatar uma “revolução” no sistema, tais como os ocorridos na história constitucional norte-americana: na Convenção de Filadélfia de 1787, quando se elabora a Constituição Americana; nas Emendas Constitucionais estatuídas após a guerra civil entre 1868-1870; e no *New Deal*, em 1930. Estes momentos históricos mostram revoluções, no sentido de que houve mudanças fundamentais nas regras da prática política. Isso mostra que o povo é capaz de discutir e deliberar sobre temas constitucionais.

A posição de democracia e Constituição dualistas diferenciam Ackerman dos liberais Rawls e Dworkin. Aquele entende que a Constituição é, primeiramente, democrática, ou seja, movimento de deliberação popular, resultante da autonomia pública e, depois, protetora de direitos; enquanto que estes invertem esta ordem, dando à Constituição o papel, em primeiro lugar, de proteger a autonomia privada assegurada pelos direitos fundamentais. Para Ackerman a participação popular permite que a Constituição e os direitos fundamentais estejam sempre abertos a novas elaborações, sem deixar que o “espírito” dos mesmos seja abandonado. A cidadania pública está inserida no seio de uma sociedade plural, em que convivem diversas concepções individuais a cerca da vida digna, permitindo aos cidadãos dedicarem-se, ao mesmo tempo, aos interesses privados e aos interesses públicos em organizações tais como igrejas, sindicatos, ONGs etc.

Ackerman tem consciência de que não é possível reeditar a perfeita cidadania pública, conforme o modelo da *polis grega*, porém, os cidadãos em

determinados momentos históricos, são capazes de reinterpretar o seu passado. Ou seja, quando a comunidade altera os seus valores, cria uma nova Constituição, ou pelo menos, institui novas hermenêuticas. Ora, o *constitucionalismo patriótico* é, precisamente, esta capacidade de autodeterminação da comunidade, enquanto disposição de alterar, legitimamente, as organizações políticas e normativas.

A concepção de democracia dualista garante que os indivíduos possam cotidianamente buscar a realização de seus projetos pessoais de vida, mas, ao mesmo tempo, assegura a possibilidade de que, em momentos históricos decisivos, o conjunto dos cidadãos, alterando os significados dos valores que compartilham, delibere acerca do seu próprio destino (Cittadino, 2004, 170).

Cabe destacar a proximidade entre o ponto de vista kojéviano da essência política da Constituição e a concepção defendida por Bruce Ackerman que vê na Constituição a expressão de *um ato profundo de autodeterminação política*. À semelhança de Kojève, que provê a instância política como autodeterminante, para Ackerman, há uma intrínseca conexão entre o processo de mobilização política e a mudança constitucional; de tal sorte que se pode afirmar ser esta a essência precípua da Constituição. No entanto é preciso frisar que, conforme Cittadino, este pensador americano também afirma o caráter dual da Constituição, por que esta, num primeiro momento assegura a autonomia privada dos indivíduos

Nos momentos em que não há mobilização política da comunidade em seu conjunto, e por outro lado, a Constituição garante a plena autonomia pública dos cidadãos quando eles decidem alterar e redefinir a sua própria identidade política. E, sublinha a autora, neste último caso, não há limites ao processo de autodeterminação da comunidade política (id. p. 166).

Há uma aproximação entre a teoria constitucional de Kojève e Ackerman em dois aspectos: o papel político da Constituição e a mudança constitucional através da revolução. Ressalte-se, porém, que existem nuances nesta relação conceitual. Kojève entende a Constituição como um ato político, constituindo a realidade tanto interna como externa, daí ser sua teoria constitucional una. Por isso, não há um terceiro ator para intervir neste nível intra e interestatal. Caso isso viesse a ocorrer se caracterizaria uma relação jurídica. Ora, a Constituição política pode ser criticada e transformada, sendo a revolução um meio privilegiado para tal. Daí, a revolução ser compreendida como um ato político, por excelência, pois, opondo-se ao *status quo*, instaurará uma nova Constituição, sendo a nova lei política.

Ackerman entende que a Constituição tem também uma dimensão política, porém, não desvinculada da jurídica, daí ser sua concepção constitucional dualista. O autor prioriza a dimensão política constitucional, através de seu conceito de *constitucionalismo patriótico*, sendo a participação cidadã que determina o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais. Ora, há entre

revolução e Constituição uma íntima relação. A revolução é compreendida como a ação dos cidadãos, em determinados momentos da história, em que se implementam mudanças no sistema constitucional, sendo isto demonstrado, por Ackerman em vários fatos da história norte-americana. Enfim, o constitucionalismo patriótico define-se pela ação coletiva dos cidadãos, ou seja, a revolução, determinando a identidade política através de mudanças normativas ou criando uma nova Constituição.

Após apresentarmos o debate sobre as dimensões da Constituição, percebe-se que há em Kojève um conceito de *constitucionalismo político* que se aproxima do conceito de *constitucionalismo patriótico* de Ackerman. No entanto, há limites no que diz respeito à compreensão do Direito Administrativo, como foi exposto acima (item 2), porque, atualmente, a Administração Pública englobando os três poderes submete-se ao controle jurisdicional, como, por exemplo, no caso do Direito brasileiro, conforme o que se verá abaixo.

3.2 – Controle jurisdicional da Administração Pública

O Estado de Direito controla a Administração Pública para que realize os interesses públicos e particulares, impondo-lhe mecanismos e corrigindo comportamentos indevidos praticados em vários níveis do corpo orgânico como das pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais).

O controle da administração pública abrange os três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. A finalidade do controle é assegurar que a Administração atue a partir dos princípios jurídicos tais como da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e de mérito, abrangendo o que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa. Embora o controle seja uma atribuição estatal, cabe ao cidadão participar defendendo seus interesses individuais e coletivos. O controle é um poder-dever dos órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, a que a lei atribui essa função, no sentido de fiscalização e correção dos atos ilegais (Di Pietro, 2001, 587).

Segundo Di Pietro, existem vários critérios para classificar as modalidades de controle. Quanto ao órgão que o exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial; quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior; pode ser ainda interno ou externo, conforme decorra de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado. É interno o controle que cada um dos poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos poderes sobre o outro. Vejamos os três tipos de controle: administrativo, legislativo e judicial.

3.2.1 – Controle administrativo

Controle administrativo é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública, em sentido amplo, exerce sobre sua própria atuação em nível legal e de mérito, por iniciativa própria ou provocada. Abrange os órgãos da Administração direta e indireta. O controle sobre os órgãos da Administração direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela, permitindo rever os próprios atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes. A fundamentação do poder de autotutela encontra-se no princípio da legalidade e o da predominância do interesse público. O controle sobre as entidades da Administração indireta é o de tutela, sendo externo e exercido nos limites da lei, sob pena de ofender a autonomia daquelas entidades (id. Di Pietro, 588).

3.2.2 – Controle legislativo

O controle do Poder Legislativo sobre a Administração Pública encontra-se regulado na Constituição Federal, porque isto implica a interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois (Executivo e Judiciário). Aqui, temos dois tipos de controle: o político e o financeiro.

a) *Controle político*: Este inclui aspectos da legalidade, de mérito e de natureza política, porque aprecia as decisões administrativas sob o aspecto da discricionariedade. Algumas hipóteses de controle que estão na CF/88 encontram-se sobretudo nos artigos 49, 50 e 52.

b) *Controle financeiro*: Encontra-se na CF/88 nos artigos 70 e 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Partindo do art. 70, pode-se deduzir o controle financeiro quanto à *atividade* (verificar os atos da contabilidade, execução de orçamento, resultados etc); quanto aos *aspectos* controlados, compreende: controle de legalidade dos atos, controle de legitimidade, controle de economicidade, controle de fidelidade funcional, controle de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas; quanto às *pessoas* controladas abrange União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração direta e indireta. O controle externo foi ampliado como se verifica no art. 71, compreendendo as funções de: fiscalização financeira, de consulta, de informação, de julgamento, sancionatórias, corretivas e de ouvidor (id. Di Pietro, 599-602).

3.2.3 – Controle judicial

O controle judicial junto com o princípio da legalidade constituem uns dos fundamentos do Estado de Direito. O direito brasileiro adotou o sistema da *jurisdição una*, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, podendo apreciar com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça a direitos individuais e coletivos. O Brasil não adotou o sistema da

dualidade de jurisdição em que, ao lado do Poder Judiciário, existem os órgãos do “Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada” (id. Di Pietro, 603).

O sistema da *jurisdição una* fundamenta-se no art. 5º, inc. XXXV da CF: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Portanto, qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o cidadão prejudicado buscar a via judicial para defender seus direitos.

No Brasil, adotou-se pelo que foi dito o sistema jurisdição única, diferente do que ocorre em inúmeros países europeus. No caso brasileiro cabe ao Poder judiciário decidir todo conflito, aplicando o Direito para resolver controvérsias, segundo o princípio da legalidade. A Administração submete-se à legalidade, ou seja, no Estado de Direito, ela só pode agir sob a lei. O princípio da legalidade não se propõe a ser um mero instrumento de organização do aparelhamento administrativo do Estado, mas estabelecer aos administrados uma proteção e uma garantia. Isto outorga ao cidadão a certeza de que o ato administrativo não pode impor limitação, prejuízo ou ônus a alguém, sem a prévia autorização em lei. A legalidade tem, portanto, a finalidade de proteção jurisdicional a quem seja agravado por ação ou omissão ilegal do Poder público sempre que isto ocorra (Mello, 2004, 871-873).

Portanto, existe direito à proteção judicial sempre que houver: a) Ruptura da legalidade, causando ao administrado um agravo pessoal; b) Ou subtração de uma vantagem que o administrado acederia se não houvesse ruptura da legalidade. Ora, trata-se aqui da proteção de um *direito subjetivo* e não de um mero *interesse legítimo*. Mello argumenta que há no Direito italiano o instituto do interesse legítimo, para fins de desqualificar certas pretensões, negando-lhes a qualidade de direito subjetivo. Por exemplo, as normas que regulam as licitações ou os concursos públicos, não conferem aos que deles desejam participar do direito subjetivo a fim de se insurgirem contra atos ou condições consideradas ilegais para efetuar uma inscrição. Nesse caso, no sistema jurídico italiano entende-se que os postulantes só podem propor um *interesse legítimo* e não um direito subjetivo. Essa forma de condução deste caso, deve-se a dualidade de jurisdição na Itália e em outros países europeus. Aqui, a repartição de competências jurisdicionais entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa faz-se, distinguindo, direito subjetivo e interesse legítimo, isto é, quando se trata do primeiro a decisão compete ao juiz ordinário, e no caso do segundo, cabe ao juiz administrativo. Tem-se como consequência de tal distinção, que o direito subjetivo compreendido na visão moderna privatista, o juiz do Poder Judiciário não pode anular o ato gravoso, mas apenas conceder reparação patrimonial. Ao contrário, face a um interesse legítimo, o juiz competente é o da Jurisdição Administrativa, o qual pode anular o ato, mas não é a sede própria para conceder reparação patrimonial. Porém, no Brasil não há dualidade de jurisdição, inexistindo uma justiça administrativa, a qual zelaria pelos interesses legítimos (Mello, 2004, 874-877)

Na França, que adota a dupla jurisdição, os casos acima mencionados caem na esfera de competência da Justiça Administrativa e não do Poder Judiciário. Naquela são discriminados os *contenciosos de plena jurisdição* e de *anulação*. O Direito francês não trabalha com a mesma nomenclatura do Direito italiano (distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo), porém, entende-se que no contencioso de plena jurisdição trata-se de um problema individual subjetivo e que no contencioso de anulação o problema versa sobre a legalidade objetiva, por isso destinado à anulação do ato lesivo.

Há entre esses países também uma semelhança nas modalidades de recurso. No Direito italiano os recursos para defender *interesses legítimos* são suscitados por questões de: incompetência, violação de lei e excesso de poder. No Direito francês os recursos para defesa da *legalidade* (contencioso de anulação), e não em situações subjetivas são: incompetência, violação da lei e desvio de poder (correspondendo ao excesso de poder dos italianos) (id. Mello, 875).

3.2.4 – Meios de controle

Ainda tendo por base o art. 5º, inciso XXXV da CF, todo o cidadão tem o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, utilizando vários tipos de ações previstos na legislação ordinária, para impugnar atos da Administração, tais como ações de indenização, possessórias, reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelar etc. Além destas ações a Constituição estabelece ações especiais de controle da Administração Pública, chamadas pela doutrina de *remédios constitucionais*. Estes têm a função de garantir os direitos fundamentais, provocando a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais e coletivos.

Os remédios constitucionais têm a dupla natureza de direitos e de garantias. São *direitos* em sentido instrumental conforme o art. 5º, inc. XXXV da CF e são *garantias* porque resguardam outros direitos fundamentais também previstos neste mesmo art. 5º.

Podemos classificar os remédios constitucionais, que visam provocar o controle jurisdicional de ato da Administração, a partir de dois critérios:

a) Os que garantem os *direitos individuais*: 1) *Mandado de segurança individual*: É a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder. 2) *Habeas data*: Assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a retificação de dados; 3) *Habeas corpus*: Protege o direito de locomoção; 4) *Mandado de injunção*: Tem como pressuposto a omissão de norma

regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (art. 5º, LXXI da CF).

b) Os que garantem os *direitos coletivos ou difusos*: 1) *Mandado de segurança coletivo*: Conforme Di Pietro, este remédio constitucional tem como pressuposto o mesmo que está previsto para o mandado de segurança individual, isto é, ato de autoridade, ilegalidade ou abuso de poder e lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo. Pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída (CF, art 5º, LXX). 2) *Ação popular*: É a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão; 3) *Ação civil pública*: Trata-se do dano ou ameaça de dano a interesse difuso ou coletivo, abrangendo o dano ao patrimônio público e social, o dano material e o dano moral. Inclui especialmente, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico ou cultural (id. Di Pietro, 612-656).

Pelo exposto, constata-se que o controle da Administração Pública opera-se nos três poderes: legislativo, executivo e judicial. Além, deste controle existem os meios de controle, ou os remédios constitucionais, que permitem aos cidadãos pleitearem seus direitos subjetivos e intersubjetivos face à Administração Pública. Ora, pelo visto, o Estado de Direito é controlado pelos cidadãos, e pelos poderes entre si. A doutrina do Direito Público explicita a progressiva ideia de justiça, controlando o poder estatal. O Estado não escapa ao controle da sociedade civil, ou seja, ele não se desvincula dela, como parece ocorrer no modelo kojéviano. Antes, a sociedade civil, através do controle jurisdicional, tem o poder de garantir os seus direitos e fiscalizar a Administração Pública.

O modelo kojéviano de Administração Pública é devedor de um limite, por um lado, causado por condicionantes teórico-práticas: a) Do modelo de dupla jurisdição, que permite a repartição de competências jurisdicionais entre o Poder Judiciário e a Justiça Administrativa, dando à Administração Pública uma quase independência do Executivo e do poder estatal face à sociedade civil. Como vimos acima, o poder estatal, praticamente, está desvinculado do cidadão, sendo quase impossível a este reivindicar seus direitos; b) Do modelo de Direito Público, ou seja, da teoria dialético-dualista do Direito, em que as duas esferas constitucional e administrativa são determinadas pelo poder político em detrimento do poder jurídico. c) Do contexto conjuntural bélico da 2ª Guerra Mundial e da disputa entre sistemas ideológicos, resultado de um modelo de Estado-Nação moderno, que se impõe interna e externamente, de um modo unilateral, sobre a sociedade civil e os outros Estados.

De outro lado, o modelo kojéviano de Administração Pública tem um alcance que se insere no debate atual entre liberais e comunitaristas, na medida em que acentua o lado político da Constituição, enquanto projeto revolucionário de um povo. A perspectiva do sujeito atomizado, defendido pelos liberais (Estado Liberal de Direito)

Conduz à afirmação de um modelo de democracia, que se insere em uma matriz centralista e adstrita à preocupação estritamente procedimental, sob a qual a Constituição se limita à **Garantia** de que os cidadãos optem pelo rodízio das elites que exercem o poder político e que este esteja limitado pelos direitos inalienáveis (Bavaresco, Christino, Schmitt, 2005,355).

Porém, o ponto de vista dos comunitaristas (Estado Social de Direito), compreende o

Sujeito-em-relação, isto é, para além do indivíduo interessado e portador de uma subjetividade fundada nos limites da vontade particular”, mas de “uma identidade constituída por valores e ideais comuns”. Aqui, “a Constituição figura como **Projeto**, uma vez que não se cogita de mera garantia, mas de vinculação ao cumprimento dos objetivos de um destino socialmente compartilhado (id. p. 355).

É verdade, que Kojève, quando da elaboração de seu *Esboço*, não tem diante de si os avanços do Estado Democrático de Direito, que implica o resgate dos ideais de liberdade e igualdade, no quadro da eficácia para a participação política e o exercício dos direitos. Kojève em sua teoria da justiça prioriza, no entanto, a ideia de justiça como desejo de reconhecimento, e nesta luta intersubjetiva há sempre um contexto típico em que se determina a justiça como igualdade, equivalência ou equidade. Ora, esta luta pelo reconhecimento, fundamento da teoria da justiça kojéviana, é política, daí a sua aplicação no Direito Público, priorizando esta dimensão sobre a jurídica, bem como, o comunitário sobre o individual. Preservadas as devidas nuances no campo comunitarista, pode-se incluir a contribuição kojéviana na perspectiva de um Direito intersubjetivo comunitário, estando aí o seu alcance no debate atual.

Referências

ACKERMAN, Bruce. *La justicia social en el Estado liberal*. (Trad. de Carlos Rosenkrantz). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BAVARESCO, Agemir, CHRISTINO, Sérgio B., SCHMIDT, Ernani. Metamorfose do Estado constitucional e a teoria hegeliana da Constituição. In *Síntese Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, v. 32, n. 104, 2005, p. 348ss.

- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1989.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Des manières de traiter scientifiquement du droit naturel, de sa place dans la philosophie pratique, et de son rapport aux sciences positives du droit*. (Trad. B. Bourgeois). Paris: Vrin, 1990.
- _____. *Principes de la philosophie du droit*. Trad. de Jean-François Kervégan. Paris: PUF, 1998.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (Trad. Luiz Repa) São Paulo: Editora 34, 2003.
- JARCZYK, Gwendoline e LABARRIÈRE, Pierre-Jean. *De Kojève a Hegel. 150 anos do pensamento hegeliano na França*. Paris: Ed. Albin Michel, 1996.
- KOJÈVE, Alexandre. *Esquisse d'une phénoménologie du Droit*. Paris: Gallimard, 1981.
- _____. *Introduction à la lecture de Hegel*, Paris: Gallimard, 1994.
- _____. *Outline of a Doctrine of French Policy*,
- <http://www.policyreview.org/aug04/kojeve.html> Acessado em 13 de junho de 2006.
- LABARRIÈRE, Pierre-Jean. Esquisse d'une phénoménologie du droit. In *Dictionnaire des œuvres politiques*. Organizado por François Châtelet, Olivier Duhamel, Evelyne Pisier. Paris: PUF, 2001.
- MARCUSE, Herbert. *Razão e Revolução*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- SCHMIDT, Ernani. *Uma introdução ao pensamento comunitário contemporâneo: conexões com Direito no Brasil*. Florianópolis (SC): 2003. Dissertação de Mestrado, UFSC.
- SCHMITT, Carl. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1995.
- SOUCHE-DAGUES, Denise. *Hégélianisme et dualisme*. Paris: Vrin, 1990.

Endereço do Autor:
Rua Boaventura, 111
96080-480 Pelotas - RS