

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

ISABELLE DE BAPTISTA

**A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO
RESGATE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2010

ISABELLE DE BAPTISTA

**A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO
RESGATE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de Vitória, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação do Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz.

VITÓRIA
2010

ISABELLE DE BAPTISTA

**A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO
RESGATE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais

Dedico a Deus que me trouxe em
Seus braços e guiou-me até aqui, mesmo
quando não mais acreditava que
conseguiria...

Oh, Senhor, "... refrigera a minha
alma; guia-me pelas veredas da justiça,
por amor do Seu nome".

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por não ter me deixado desistir, pela iluminação nos muitos dias e noites na frente do computador e por ter me dado forças para superar tantas dificuldades. Hoje, vivo a Sua paz e guio-me pelos Seus caminhos...

Agradeço a minha família, pelo amor incondicional e pela torcida sempre estimulante e sincera. Em especial, sou grata às orações de minha mãe e à ajuda providencial dela e de minha irmã Iza. Sem vocês, esse dia não aconteceria...

Agradeço ao Thiago Gandini que, em meio a tanta dificuldade, não teve receio de acreditar em minha superação. Você foi, além de um grande amor, o maior presente que a vida me deu...

Ao Prof. Dr. Daury Cesar Fabris, excelente constitucionalista e meu orientador em todas as horas, da ideia do projeto até aqui. Consegue, como poucos, aliar conhecimento e sensibilidade, sabedoria e respeito. Esteve sempre disponível a me atender e a me compreender, principalmente nos momentos em que achei que não conseguiria prosseguir. Com seu auxílio, transformei-me intelectualmente e pessoalmente. Seus ensinamentos foram marcantes e imprescindíveis para a realização desse trabalho científico e para minha vida pessoal.

Agradeço a todos os professores que integram o curso de mestrado da FDV pelo conhecimento que compartilharam comigo ao longo do curso, e, acima de tudo, de demonstrar o prazer pelo exercício da atividade docente. Além da contribuição, cada um ao seu modo, na realização deste trabalho científico, ajudaram-me a definir a minha profissão: professor, com orgulho!

Agradeço às secretárias do curso de mestrado, Denise Araújo e Juliana Sartório pela paciência, pelo estímulo, pela torcida e pelo auxílio sempre muito eficaz.

Agradeço, em especial, a minha amiga Bianca Monteiro. A afinidade de pensamento manifestadas nas aulas e as semelhantes dificuldades que vivenciamos nos aproximaram e, hoje, sinto como se nos conhecêssemos desde pequenas. Nos momentos de maior desespero, você esteve comigo, ajudando-me na superação. Por isso, para você canto: “amigo é coisa para se guardar no lado esquerdo do peito...”

Aos demais amigos do mestrado, que abrilhantaram os debates, as discussões acaloradas e a troca de experiências. Essa fase jamais sairá das minhas melhores recordações.

À Faculdade de Direito de Vitória por ter me proporcionado a melhor educação possível. Esses dois anos serviram para meu grande crescimento intelectual e que me deu a oportunidade de concretizar mais um sonho: tornar-me mestre em Direito.

Tenho tentado aguçar a responsabilidade filosófica frente a uma possibilidade que não é simplesmente literária, mas que também faz parte dos discursos filosóficos, jurídico, político, ético: a possibilidade do simulacro, de ficção.

Jacques Derrida

RESUMO

A presente dissertação objetiva realizar a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como forma de verificar a violação a direitos e garantias fundamentais pela Administração Pública quando esta motiva o ato administrativo com base no aludido princípio. Para tanto, será analisada a compreensão da noção do interesse público sob os paradigmas dos Estados de Direito, Social e Democrático de Direito. Em seguida, será apresentado um estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público tendo como base a teoria administrativa brasileira e italiana, bem como a posição defendida por teóricos brasileiros que sugerem a aplicação da técnica da ponderação em detrimento da incidência do princípio da supremacia do interesse público. Após será apresentado um estudo sobre a desconstrução referente à construção filosófica desenvolvida por Jacques Derrida como forma de revelar o simulacro estrategicamente ocultado nos textos submetidos a sua análise. A desconstrução servirá de base filosófica para uma análise crítica das práticas administrativas brasileiras, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de ressaltar a importância da teoria dos direitos fundamentais. Essas abordagens servirão como premissas teóricas para a análise de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009 e com pertinência à matéria administrativa, como forma de demonstrar a violação a direitos e garantias fundamentais por parte da Administração Pública brasileira. A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa foi a crítico-metodológica e com base na teoria da complexidade, por partir de uma abordagem do citado princípio como forma de ressaltar suas contradições, ambiguidades e ocultação da força do Estado que impõe sutilmente práticas permeadas de autoritarismo, a fim de diluir o pensamento simplificador que predomina na teoria administrativa e na prática administrativa brasileira em relação ao princípio da supremacia do interesse público. Considerando que os direitos fundamentais ocupam o cerne do atual constitucionalismo, defende-se a ideia da supremacia dos direitos fundamentais. A desconstrução aqui servirá como meio de resgatar a importância da efetivação dos direitos e garantias fundamentais pela Administração Pública brasileira, bem como a defesa de uma atuação estatal compromissada com a ética, alteridade e responsabilidade com o porvir.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Desconstrução. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

ABSTRACT

The present dissertation aims to realize the desconstruction of the principle of supremacy of public interest over private one, as a way of verifying the violation of fundamental rights and guarantees by Public Administration, when it motivates the administrative act based on the referred principle. So, it will be analyzed the notion of public interest under the States paradigms, for each historical moment reflects various specific interests of society. Then, it will be presented a study about the principle of supremacy of public interest over private one, based on brazilian and italian theory, as well as the position defended by brazilian authors that suggest the use of ponderation technique and not the principle of supremacy of public interest. Then, it will be presented a study about disconstruction refered to Jacques Derrida's philosophical construction, as a way of revealing the the simulacrous, strategically hidden in the texts submitted to them for analysis. Disconstruction will serve as a philosophical basis for a critical analysis of the brazilian administrative practices and of the principle of supremacy of public interest over private one, to underline the importance of the theory of fundamental rights. These approaches will serve as theoretical premises to the analysis of brazilian Superior Court of Justice's decisions, taken in the year of 2009, concerning to administrative subject, as a way of showing the violation of fundamental rights and guarantees by brazilian Public Administration. The methodology utilized in the was the critical-methodological, based on theory of complexity, once it starts from an approach of the referred principle as a way of showing its contradictions and ambiguities, as well as the occultation of State's strenght, that subtly imposes practices. Considering that the fundamental rights are, today, in the center of constitutionalism, it is asserted the idea os supremacy os fundamental rights. Desconstruction will serve, here, as a way of rescuing the importance of the effectivation of fundamental rights and guarantees by brazilian Public Administration, as well as the defense of a statal actuation compromised with ethics, alterity and responsibility with the future.

Keywords: Constitucional rights. Desconstruction. principle of supremacy of public interest over private.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Acre

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

GO – Goiás

n. – Número

SC – Santa Catarina

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO	17
1.1 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DE DIREITO	20
1.1.1 A importância do contratualismo	25
1.2 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO	29
1.3 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
1.4 O INTERESSE PÚBLICO COMO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	45
2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	51
2.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	58
2.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	63
2.2.1 A teoria dos direitos fundamentais	63
2.2.2 O princípio da supremacia do interesse público, direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito	68
2.2.3 A ponderação e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado	72
2.2.3.1 A técnica da ponderação em Robert Alexy	72
2.2.3.2 A ponderação como critério para satisfação do interesse público	75
3 A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO A PARTIR DA FILOSOFIA DE JACQUES DERRIDA	79
3.1 A IDEIA DE DESCONSTRUÇÃO EM JACQUES DERRIDA	81
3.1.1 A desconstrução como fundamento filosófico para uma reflexão a respeito das práticas administrativas brasileiras e a violação a direitos fundamentais.....	84
3.1.2 A desconstrução e <i>differance</i> como fundamentos filosóficos para uma reflexão sobre o binarismo público <i>versus</i> privado e o direito administrativo	87
3.1.3 A desconstrução, <i>fonocentrismo</i> e <i>logocentrismo</i> como fundamentos filosóficos para a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a teoria dos direitos fundamentais..	91
3.1.4 A desconstrução e a tradução como fundamentos filosóficos para a análise do interesse público primário e secundário	98
3.1.5 A desconstrução da lei e do direito com fundamentos filosóficos para a análise do princípio da supremacia do interesse público e da técnica da ponderação aplicável na atividade administrativa	103
4 A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR	

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	115
4.1 DESCONSTRUINDO O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 22.082 – GO	117
4.2 DESCONSTRUINDO O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 16.065 – SC	122
4.3 DESCONSTRUINDO O CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 89.288 – AC ..	127
CONSIDERAÇÕES FINAIS	132
REFERÊNCIAS	138
ANEXOS	145

INTRODUÇÃO

Este trabalho dissertativo se propõe a efetuar um debate novo, realizado a partir de perspectivas teóricas que pouco são apreciadas pelo direito e, em especial, pelo direito administrativo, fruto de longas reflexões tecidas em relação à atuação da Administração Pública brasileira, a fim criticar algo que se apresenta praticamente inquestionável pela teoria administrativa que é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Essa crítica não se dará a partir do poder de império que tradicionalmente gozou a Administração Pública, mas a partir da legalidade de suas funções atribuídas constitucionalmente.

Objetiva o presente trabalho verificar se direitos fundamentais são violados a partir da alegação, pelo poder público, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Este princípio que impõe uma supremacia *a priori* da Administração Pública se não aplicado de forma adequada, pode ensejar no exercício de práticas administrativas autoritárias, revestidas sob o manto da legalidade.

A premissa teórica utilizada neste trabalho é a desconstrução, elaborada pelo filósofo Jacques Derrida (1930-2004). Neste trabalho, almeja-se diluir o extremo grau de abstração típica da escrita de Jacques Derrida e que seja compreensível para amplo público, inclusive para o direito, que necessita, como nunca, refletir seus próprios institutos e sua função e atuação num contexto repleto de carências sociais, políticas, econômicas e culturais.

Através da leitura das principais obras de Jacques Derrida como *Gramatologia* (2004), *Torres de Babel* (2002) e *Força de lei: fundamento místico da autoridade* (2007), neste trabalho a desconstrução será exposta como forma de evidenciar seu real intuito: desestabilizar os principais alicerces e axiomas do pensamento ocidental, normalmente aceitos e reconhecidos com total passividade.

A desconstrução será utilizada como premissa para um diálogo, ao estilo derridiano, com decisões do Superior Tribunal de Justiça, proferidas no ano de 2009, em que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado foi

alegado pela Administração Pública, enquanto parte de processos judiciais apreciados no referido Tribunal.

Quer-se demonstrar como direitos fundamentais são violados, a partir de uma incidência do aludido princípio e que importa na reprodução de valores tão criticados por Derrida, enfatizando como atos de autoritarismo são sutilmente disfarçados com a vestimenta da legalidade.

Aspira-se a promoção de um repensar do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e da atuação da Administração Pública no Brasil que sirva para a melhoria da qualidade das instituições públicas, da consolidação da democracia e da efetivação do Estado Democrático de Direito. E esse repensar, essa reanálise passa pela aproximação – quiçá uma total intimidade – desses grandes ramos do conhecimento: a filosofia e o direito.

É impossível compreender adequadamente o fenômeno jurídico sem o entendimento da origem de seus pressupostos e de suas fundamentações. Ademais, é sabido que, em muitos casos, o aparato normativo é sutilmente construído, transformado em algo legítimo, através da utilização de um discurso convincente, mas que, na verdade, muito distancia dos reais interesses dos seus destinatários, os mesmos que, no regime democrático, são convocados para legitimar a atuação estatal.

Almeja-se que a ousada filosofia de Jacques Derrida sirva para esse intuito, de promover um repensar, de reconhecimento da complexidade dos fenômenos jurídicos, principalmente do princípio de grande importância para o direito administrativo que é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, de forma a fomentar a transformação e a criatividade do direito, numa postura de alteridade e ética.

A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa foi a crítico-metodológica por se tratar de uma abordagem crítica da realidade. Segundo Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias (2002, p. 41), “essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados”, vez que se pretende efetuar uma leitura transdisciplinar e uma análise crítica de decisões judiciais

proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, que abordaram o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como forma de demonstrar a violação de direitos fundamentais.

A presente pesquisa deu-se na linha da teoria da complexidade formulada por Edgar Morin que entende o desenvolvimento da aprendizagem e do conhecimento a partir da complexidade. Para o autor, “[...] a complexidade é efetivamente a rede de eventos, ações, interações, retroações, determinações, acasos que constituem nosso mundo fenomênico” (2003, p. 44) e, assim, perpassa pelo reconhecimento do que se apresenta como perturbador, desorganizado, ambíguo e incerto. A presente pesquisa parte da abordagem de um princípio praticamente inquestionável pelo tradicional direito administrativo para ressaltar suas contradições, ambiguidades e ocultação da força do Estado que impõe sutilmente práticas permeadas de autoritarismo. Segundo Morin, “[...] o pensamento simplificador isola o que separa, oculta tudo o que religa. Para esse estilo de pensamento, compreender e entender é interferir e mutilar a dinâmica criadora da multiplicidade do real” (2003, p. 54).

A pesquisa também se baseou na transdisciplinariedade, com reconhecimento da interdependência de diversos ramos do conhecimento, em especial no campo da História, Ciência Política, Filosofia, Filosofia do Direito e do Direito Administrativo, objetivando uma finalidade comum, que é evidenciar a violação a direitos fundamentais.

O primeiro capítulo se propõe a analisar a compreensão do interesse público nos paradigmas dos Estados de Direito, Social e Democrático de Direito. Fontes bibliográficas oriundas do campo da História, da Ciência Política e da Filosofia do Direito foram utilizadas para a definição, ainda que não precisa, do conteúdo do interesse público em cada modelo estatal. O interesse sobre uma coisa ou um bem se torna público, na medida em que aglutina interesses da comunidade, deixando de representar apenas os intentos individuais.

Nesse sentido, torna-se importante avaliar sob os paradigmas estatais quais os intentos públicos relevantes em cada momento histórico, quais as pretensões oriundas do tecido social, para, ao final, demonstrar como o interesse público se

apresenta, hodiernamente, à luz do Estado Democrático de Direito, como objeto do direito administrativo.

No segundo capítulo, foi analisado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o entendimento desse princípio à luz da teoria dos direitos fundamentais que impõe à Administração Pública a satisfação dos direitos e garantias fundamentais. Preponderou-se em trazer uma discussão atual do aludido princípio em contraposição à importante teoria administrativa que o entende como princípio basilar do regime jurídico administrativo.

O terceiro capítulo apresenta um estudo aprofundado a respeito da desconstrução, tendo como base teórica a filosofia de Jacques Derrida. Em seguida, a desconstrução servirá como parâmetro para a análise crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e dos direitos fundamentais, a fim de evidenciar como reiteradas práticas administrativas brasileiras, com fundamento no citado princípio, importam numa atuação estatal descompromissada com a satisfação do interesse público.

Finalmente, no quarto capítulo, propõe-se a realizar uma leitura, ao estilo derridiano, de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009 e com pertinência à matéria administrativa, em que a Administração Pública, enquanto parte nos processos judiciais, motivou seus atos administrativos com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ao efetuar a desconstrução de tais decisões, pretende-se evidenciar a sutil violação a direitos e garantias fundamentais.

Assim, a presente dissertação, ao propor a desconstrução como seu marco teórico, objetiva denunciar sutis práticas de autoritarismo e violação a direitos e garantias fundamentais praticadas pela Administração Pública, de forma que propicie um resgate da proteção de direitos fundamentais a partir do exercício da atividade administrativa pautada numa postura de ética, de alteridade e de responsabilidade com o porvir.

1 A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO DO ESTADO MODERNO

O “interesse”, derivado do latim *interest*, resultado das palavras *inter* e *esse*, que significa “estar entre” e que mais tarde passou a ter o significado de “o que importa”, “o que é importante”, engloba a concepção da união entre o bem da vida, seja este um objeto ou um valor, e um indivíduo, em relação à importância que este confere ao referido bem da vida (MAZZILLI, 2004). Já a palavra “público”, refere-se aquilo que pertence à comunidade e ao Estado, este como legítimo representante dessa coletividade.

O interesse, ensina Héctor Jorge Escola (1989, p. 237-238), supõe a existência de uma coisa ou um bem que se torna importante para uma pessoa, uma vez que lhe confere um significado de valor, proveito ou utilidade, sob a perspectiva moral ou material, e que necessite com o fito de adquirir, conservar, acrescentar ou manter sua própria esfera de valores. Esse interesse se torna público na medida em que deixa de ser exclusivo de uma ou de poucas pessoas, e passa a determinar o interesse de uma comunidade como um todo, ou seja, representa a vontade coincidente, majoritária e predominante de um conjunto social.

Nesse sentido, cada componente da sociedade identifica seu próprio querer e lhe confere uma valoração positiva. Cabe, aqui, a ressalva de que este querer não precisa propriamente refletir o interesse da totalidade dessa sociedade, basta que espelhe claramente o intento da maioria do tecido social.

Com o desenvolvimento da sociedade, novos interesses de caráter coletivo foram se aglutinando e moldando a compreensão atual de interesse público, a ponto de hoje ser possível que a simples existência desse interesse afaste ou limite o exercício do interesse individual, protegido pelo mesmo sistema jurídico.

Terminologicamente, o interesse pode apresentar outras conotações como “interesse social”, “público”, “geral”, todas possuidoras, basicamente, do mesmo significado em razão de possuírem um núcleo comum que é transcendência dos

interesses isolados e individuais, atingindo aqueles que vão além do indivíduo, portanto, transindividuais.

Apesar da semelhança, adota-se, na perspectiva deste trabalho, a expressão “interesse público” como aduz Rodolfo de Camargo Mancuso quando afirma que “ao contrário do que se passa com os interesses “social” e “geral”, ambos estreitamente afetados às noções de “coletividade” e “sociedade civil”, aqui, porém, predomina a presença do *Estado*” (MANCUSO, 2004, p. 31, grifo do autor). O interesse público engloba os intentos que uma coletividade possui, ao mesmo tempo que são imputados ao Estado e que irá determinar a atuação administrativa. Nesse sentido, conclui

Tais considerações sugerem que, efetivamente, a expressão “interesse público” evoca, imediatamente, a figura do Estado, e mediatamente, aqueles interesses que o Estado “escolheu” como os mais relevantes, por consultarem aos *valores* prevalecentes na sociedade (MANCUSO, 2004, p. 32).

Para Héctor Jorge Escola, será interesse público todo querer e pretensão consciente de uma maioria, aglutinado pela solidariedade e integração social, pois é

[...] esse princípio de igual distribuição e participação nos efeitos, exigências e resultados do querer social, como querer majoritário dos componentes da comunidade, e que dá lugar a sua imposição a respeito de aqueles indivíduos que não participam do mesmo, exteriorizando-se através de um claro sentimento de solidariedade e integração social (ESCOLA, 1989, p. 240, tradução nossa)¹.

Escola ainda aponta o contra-senso que é o sistema representativo que hoje facilmente se reconhece, posto que, em sua essência, não representa adequadamente a formação de consciência e vontade geral, sendo incapaz de traduzir a vontade coincidente da maioria da comunidade e também porque nunca se poderá, com propriedade, sustentar que o interesse defendido é público, “[...] pois faltará essa coincidência majoritária de interesses individuais, que é o que outorga aquele caráter”² (ESCOLA, 1989, p. 241, tradução nossa). Poderá sustentar um

¹ No original: “[...] esse principio de igual distribución y participación em los efectos, exigências y resultados del querer social, como querer mayoritario de los componentes de la comunidad, El que la lugar a su imposición respecto de aquellos individuos que no participan del mismo, exteriorizándose a través de um claro sentimiento de solidaridad e integración social”.

² No original: “[...] pues faltará esa coincidencia mayoritaria de intereses individuales, que es la que le otorgo aquel carácter”.

interesse do Estado, do governo, da Administração Pública, mas não interesse público.

[...] o interesse público não é mais que um querer majoritário orientado a obtenção de valores pretendidos, isto é, uma maioria de interesses individuais coincidentes, é interesse porque se orienta para o êxito de um valor, proveito ou utilidade resultante daquilo sobre o qual recai a consciência majoritária, e que é público porque se assina toda a comunidade, como resultado dessa maioria coincidente (ESCOLA, 1989, p. 240, tradução nossa)³.

Jose Luiz Bolzan de Moraes aponta algumas funções que são típicas do interesse, a saber:

- A. Uma função *promocional* ou *criadora*, a qual produz a passagem de pretensões a prerrogativas jurídicas, assim como incorpora sujeitos ao campo jurídico.
- B. Uma função *limitativa*, importando na imposição de marcos de atuação dos direitos subjetivos.
- C. Uma função de *regulação global*, própria da juridicidade contemporânea que incorpora novos interesses e pretensões – vide o caso do direito social – e que implica a tentativa de estabelecimento de um equilíbrio, uma composição, ao invés da instituição de ganhadores e perdedores [...]. (MORAIS, 1996, p. 108, grifo do autor).

Não há a possibilidade do efetivo exercício do direito sem a transformação de meras pretensões em interesses jurídicos. Nesse sentido, “[...] o interesse é, aliado ao poder de vontade individual ou plúrimo, mola propulsora do exercício do direito do titular sobre o bem protegido pelo Direito” (LISBOA, 1997, p. 29), e ao mesmo tempo limita a atuação de direitos subjetivos. Via de consequência, o interesse só se torna legítimo caso reflita a vontade geral, a fim de impor um equilíbrio entre as pretensões individuais e coletivas.

De todas essas funções, verifica-se a impossibilidade de elaborar um consenso em relação ao tema, haja vista que o conteúdo do interesse público está diretamente ligado ao desenvolvimento histórico da sociedade, em especial no que tange ao modelo de Estado, sobre quem exerce o poder e a reivindicação por direitos pela e em prol da comunidade.

³ No original: “[...] el interés público no es más que un querer mayoritario orientado a la obtención de valores pretendidos, esto es, una mayoría de intereses individuales coincidentes, que es interés porque se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad resultante de aquello sobre lo que recae tal coincidencia mayoritaria, y que es público porque se asigna a toda la comunidad, como resultado de esa mayoría coincidente”.

Entretanto, apesar da dificuldade de consenso em torno da conceituação precisa do interesse público, parte-se, neste trabalho, da premissa que o interesse público compreende a necessidade de toda a coletividade, que não se confunde com o interesse do Estado.

Além de todas essas considerações iniciais, observa-se que o interesse público influenciou sobremaneira a atividade administrativa ao longo do desenrolar do Estado moderno. A ampliação da noção desse instituto, bem como a sua influência sobre o direito administrativo, serão objetos de análise ao longo deste capítulo.

1.1 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DE DIREITO

Imprescindível ressaltar o reconhecimento da contribuição intelectual de Thomas Khun que, em sua obra *A estrutura das revoluções científicas* (1994, p. 218 e ss), identificou que o pensamento científico não se dá através de estruturas estáticas, ao contrário, ocorre por meio de grandes rupturas em períodos, em ciclos de mudança, estes marcados pela presença de estruturas hegemônicas prevaletentes sob o ponto de vista de determinada época e contexto social, por ele intitulado de paradigma. Alexandre de Castro Coura em estudo dedicado à hermenêutica jurídica sintetiza a teoria de Khun no sentido de que

[...] as pré-compreensões compartilhadas que integram tal pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais constituem exatamente o que Khun denominou paradigma. Reafirmou-se, então, a noção de que toda comunicação depende da interpretação, da atribuição de sentido, da compreensão do que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida compartilháveis, apesar das particularidades que cada ser humano vivencia e preserva. Com efeito, tal noção demonstra que também os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, no legislador ao destinatário da norma, devem ser considerados indispensáveis para a implementação de um ordenamento, o que remete à tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas (COURA, 2009, p. 40).

Em relação ao estudo do Estado, observam-se três importantes paradigmas que traduzem práticas sociais compartilháveis: o Estado de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito (MORAIS, 1996, p. 65-84).

A importância da noção de paradigma é o reconhecimento que as estruturas não são estáticas e definitivas, portanto, sugerem uma revisão das premissas anteriormente definidas. Necessária a abordagem do interesse público em cada modelo estatal, para fim de interpretar o instituto à luz das complexidades típicas da contemporaneidade. Torna-se imprescindível uma visão epistemológica do interesse público para se definir as proposições que ensejaram as conclusões que serão definidas ao final deste trabalho.

O Estado Moderno transmutou-se desde sua organização. Tal trajetória se deve, principalmente, aos reclamos das camadas sociais, visto que a vida pública impõe, paulatinamente, constantes obrigações ao aparato estatal. Pensar o interesse público contemporaneamente requer uma digressão histórica para a compreensão do alcance da expressão em cada paradigma estatal.

Inicialmente é preciso identificar qual o entendimento a respeito do interesse público a partir do modelo liberal, momento de inserção da teoria econômica liberal, traduzida na política do Estado Mínimo. Diante do rompimento do modelo absolutista, implementa-se um Estado vinculado ao Direito a ponto de não ser mais possível separá-lo da ordem jurídica estatal. Nesse sentido, através da utilização do Direito, o Estado impõe sua forma, seu conteúdo e suas funções, passando a ser o ente legitimado para o exercício da coação e da sanção, em caso de descumprimento das regras por ele mesmo impostas.

O Estado de Direito surge com a intenção precípua de limitar a atividade administrativa através da supremacia da lei. Nesse contexto, a Administração Pública sofreu profundas transformações a partir da regulamentação do Estado, de opção econômica liberal, pois o maior intento foi vincular a atuação do administrador público às regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, minimizando racionalmente o campo de discricionariedade administrativa.

O citado paradigma estatal refletia a ideologia e as práticas do modelo econômico liberal. Segundo descreve Paulo Bonavides, “[...] a burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social” (2007, p. 42). Em contraposição ao Estado Absoluto em que o Direito

era utilizado como instrumento de opressão e legitimação de um poder sem limites conferido ao monarca, o direito modifica-se para o estabelecimento de um conjunto normativo com vistas à eminente proteção dos direitos individuais, especialmente os concernentes à liberdade. Tratava-se, todavia, de direitos individuais da burguesia, pois, conforme leciona Aloísio Krohling

As novas relações entre capital e trabalho criaram um processo histórico-dialético de clivagem social e econômica, mostrando que **os propalados direitos da igualdade social dos fundadores do liberalismo clássico não passavam de retórica da elite burguesa que, de fato, exigia o direito à livre concorrência comercial e à propriedade particular [...]**. (KROHLING, 2009, p. 46, grifo nosso).

Com a adoção do modelo econômico liberal, o Estado de Direito efetua um rompimento na visão estatal que, no Absolutismo, era “tudo” e passa, na modernidade, a ser “mínimo”, deixando a cargo da sociedade a condução dos negócios privados, com a mínima interferência do Estado, cabendo a ressalva que não se trata de toda a sociedade, mas da minoria detentora de propriedade.

Expõe de forma clara as características do Estado de Direito liberal, Jose Luis Bolzan de Moraes, nos seguintes termos:

- A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.
- B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.
- C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando a aceitação da origem consensual do Estado, o que importa para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semidireta – *referendum* e plebiscito, etc. – bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.
- D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos. (MORAIS, 1996, p. 70-71, grifo do autor).

A noção de interesse público compreendia uma proteção legal às liberdades individuais, em especial sob o ponto de vista da defesa dos valores econômicos liberais e a imposição de uma ordem social, contra as arbitrariedades que poderiam ser praticadas pelo ente estatal.

Nesse contexto, desenvolvem-se os fundamentos do moderno direito político que, segundo Simone Goyard-Fabre, correspondem, como funções simultâneas, a capacidade de dirigir o poder do Estado, através das leis que representam a vontade geral, e de promover e garantir as liberdades dos cidadãos, fomentando a ordem e a liberdade. Para tanto, o direito político moderno é compreendido por duas figuras. A primeira exprime as máximas e regras de governo, chamado de Estado *do* Direito, de origem saxã, correspondente ao *legal State*. A segunda define e garante, juridicamente, a coexistência das liberdades por meio das regras que institui, denominado de Estado *de* Direito, correspondente *Rechtsstaat* alemão (GOYARD-FABRE, 2002, p. 207-208, grifo do autor).

J.J. Gomes Canotilho, numa abordagem do histórico e significado do *Rechtsstaat*, afirma que

A limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao *império da lei (Herrschaft des Gesetzes)* transformando-se em “órgão do Estado”. No âmbito da actividade administrativa, fundamentalmente dedicada à defesa e segurança públicas, os poderes públicos deviam actuar nos termos da lei (*princípio da legalidade da administração*) e obedecer a princípios materiais como, por exemplo, o *princípio da proibição do excesso (Übermassverbot)*. Logicamente, estes princípios conduzem à exigência do *controlo judicial da actividade da administração* (CANOTILHO, 2002, p. 97, grifo do autor).

Ao passo que o interesse público, durante o Estado de Direito, compreendia a noção de controle de atos estatais e também de sua não ingerência nas decisões que cabiam, apenas, para a seara marcada pela autonomia da vontade dos indivíduos. A defesa do interesse público, nesse contexto, passava pela imprescindível limitação do poder estatal a fim de garantir a segurança jurídica, a autonomia das relações privadas e os direitos fundamentais do homem que giravam em torno da defesa da liberdade, da igualdade e da propriedade privada.

Bem descreve esse momento histórico, Jose Luis Bolzan de Moraes:

O *Estado Liberal de Direito* apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento de legalidade, caracteriza-se como uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não-impedimento* de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo (MORAIS, 1996, p. 79, grifo do autor).

A base dessa sociedade que se amolda segundo tais valores, assegura a fixação da burguesia na organização estatal. O interesse público, portanto, compreende os interesses da classe burguesa que como bem lecionou Carmen Lúcia Antunes Rocha

[...] Os fins eram os interesses e as vontades de determinadas pessoas, aquelas que detinham e exerciam segundo seus humores, o Poder sobre todas as outras que compunham a sociedade. O Estado de Direito substituiu o domínio do *jus* feudal e determinou, então, o primado do direito individual fundamental “inviolável e sagrado”, em sua expressão liberal de 1789 (ROCHA, 1994, p. 72).

Toda a organização estatal se prestava a reprodução de tais valores burgueses. Nesse sentido, Jose Luis Bolzan de Moraes informa que a jurisprudência desse momento histórico ora sob análise, era taxativa e unânime em considerar como contradição ao interesse público “[...] qualquer acordo que previsse liberdade liberal, bem como as previsões legais que impediam o associacionismo operário tendente a conquistar condições de trabalho diversas daquelas impostas pelo “livre” jogo de mercado” (MORAIS, 1996, p. 90).

Uma vez conquistado o poder político pela burguesia, instaura-se a verdadeira contradição no cerne do Estado Moderno, pois este segmento social se apoderou de uma justificativa, meramente formal, com vistas a atribuir ao ente estatal a competência de ser o responsável e garantidor das liberdades e interesses de todos os indivíduos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi a expressão dos valores e exigências da classe social burguesa. Para Eric J. Hobsbawm tal documento “[...] é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. [...] A propriedade privada era um direito natural, sagrado, inalienável e inviolável” (HOBBSAWM, 1994, p. 77).

O burguês clássico não era propriamente um defensor da liberdade de todos os membros da sociedade, mas um defensor da propriedade privada e das garantias do

livre comércio, que se apresentam, estrategicamente, como direitos naturais, tendo o ente estatal a responsabilidade de garantir tais direitos fundamentais.

Oficialmente esse regime expressaria não apenas seus interesses de classe, mas também a vontade geral do “povo”, que era por sua vez (uma significativa identificação) “a nação francesa”. O rei não era mais Luís, pela Graça de Deus, Rei da França e Navarra, mas Luís, pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado, Rei dos Franceses. “A fonte de toda a soberania”, dizia a Declaração [dos Direitos do Homem e do Cidadão], “reside essencialmente na nação”. (...) **“O povo” identificado como “a nação” era um conceito revolucionário; mais revolucionário do que o programa liberal-burguês que pretendia expressá-lo** (HOBBSAWM, 1994, p. 78-79, grifo nosso).

Essa contradição demonstra, portanto, que os direitos fundamentais eram, na verdade, direitos de privilégio de uma classe social, garantidos pelo Estado e, dependendo do caso, contra o Estado. Tratou-se de implementar os princípios e valores burgueses, pautados no individualismo, na defesa da propriedade privada e da liberdade. Para tanto, utilizou-se, precipuamente, a construção filosófica realizada pelos contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau.

1.1.1 A importância do contratualismo

A teoria contratualista foi responsável por propiciar a justificação filosófica para a consolidação do Estado Moderno através da unificação do poder em torno de um único centro decisório que exerce sua influência e soberania dentro de um espaço geográfico específico, por meio de uma complexa organização normativa responsável pela imposição à sociedade da nova realidade social. Segundo Jose Luis Bolzan de Morais

O que se observa, assim, é que há um momento de emergência de uma ordem jurídica estatal diverso e posterior ao de uma normatividade “natural”. Seja como for, mantidos ou não os direitos naturais, a estabilidade do Direito apresenta-se com a construção e consolidação desse sujeito artificial, o Estado (MORAIS, 1996, p. 31).

A função do ordenamento jurídico, portanto, será a de garantir a imposição coercitiva da nova realidade social, tendo no Estado o sujeito fomentador da implementação do contrato social, baseado nos valores liberais do individualismo, defesa do patrimônio privado, não intervenção estatal na economia e na racionalidade.

A teoria contratualista serviu de alicerce filosófico por criar o Estado de forma artificial, fruto da criação racional do homem, fincado no consenso entre os membros da sociedade. Tal teoria teve em Hobbes, Locke e Rousseau seus principais expoentes que pregavam, cada um à sua maneira, a desvinculação do estado de natureza para a organização de um estado civil.

Essa teoria desenvolve-se entre os séculos XVII e XVIII e utiliza o discurso do estado de natureza como forma de contrapô-lo com o estado possuidor de uma sociedade civil organizada. O que estiver fora do estado organizado encontrar-se-á no estado de natureza. Este Estado organizado sob a base econômica liberal, finca-se nas teorias da separação dos poderes e na proteção dos direitos individuais, tidos como direitos naturais.

Para Hobbes (1588-1679), os homens viviam num estado de guerra generalizada, num estado de extrema insegurança, dominado pelas paixões. Naturalmente, os homens vivem sem poder e sem organização.

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo (HOBBS, 1979, p. 74).

Como os homens são naturalmente iguais, todavia, dentre esses mesmos homens há quem seja fraco e quem seja forte, há quem quer sobrepujar sobre o um outro, fomentando, assim, um estado de insegurança permanente. No estado de natureza, há três motivos para a discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. No ataque uns contra outros, almeja-se com a instauração da ordem, o lucro, a segurança e a reputação.

O *direito de natureza*, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento

e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim (HOBBS, 1979, p. 78).

Para John Locke (1632-1704), o estado de natureza se apresenta com uma paz relativa, em razão de certo domínio de paixões e de interesses, num ambiente de perfeita liberdade e igualdade. O indivíduo precede à existência da sociedade e do Estado e, dotado de razão, já desfrutava da propriedade privada que aglutinava a noção de vida, liberdade e bens como direitos naturais do homem. A limitação do direito à propriedade era definida pela capacidade de trabalho de cada ser humano. Com o desenvolvimento do dinheiro, essa situação alterou-se, permitindo a aquisição de propriedade através da acumulação de bens.

Para entender o poder político corretamente, e derivá-lo de sua origem, devemos considerar o estado em que todos os homens naturalmente estão, o qual é um estado de *perfeita liberdade* para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem (LOCKE, 2005, p. 381-382).

A grande contribuição de Locke foi estabelecer uma responsabilidade racional para a sociedade civil que surge após o contrato social, capaz de atribuir à noção de interesse público, nesse contexto paradigmático, como a garantia de direitos naturais fundamentais, baseados, essencialmente, na preservação da propriedade privada, fomentando, via de consequência, a patrimonialização do direito. Assim, trata o contrato social de um pacto de consentimento em que os homens acordam em formar uma sociedade civil com vistas a manter seus direitos naturais, pois já eram possuidores do direito à propriedade mesmo no estado de natureza, mas, a partir de então passam a ser protegidos pelo direito, através da tutela da lei e da força coercitiva estabelecida por uma estrutura política organizada e unitária.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) discutiu em sua filosofia política importantes temas como a passagem do estado da natureza para o estado civil, a liberdade civil, o contrato social, distinção entre governo e soberano, principalmente o exercício da soberania pelo povo. Assim, vontade geral, soberania popular, governo e representação política são conceitos trabalhados pelo autor.

Para o filósofo, o estado de natureza é o estado da felicidade, onde os homens nasciam livres e iguais, sendo, após, aprisionados pelo estado civil. “O homem nasce livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal modo acredita-se o senhor dos outros que não deixa de ser mais escravo que eles” (ROUSSEAU, 1978, p. 21), afirmou Rousseau que realiza no *Contrato Social* (1978) os caminhos para o dever-ser da ação política e estabelece o pacto que os homens, após a perda da liberdade natural, ocasião em que adquirem a liberdade civil.

Após o contrato, aparece o soberano que é o único com capacidade de governar o corpo político, através da elaboração de leis que vinculam tanto ele mesmo como os governados. E isso é que traduz a fórmula da liberdade para Rousseau, uma vez que é lei que prescreve a conduta dos cidadãos do próprio soberano. Vê-se, portanto, a construção de um ideário pautado na submissão do povo soberano a uma vontade geral, em detrimento à vontade individual, que visasse ao bem comum.

Em síntese, ao invés de voltarmos nossas forças contra nós mesmos, ajuntemo-las num poder supremo que nos governe segundo leis sábias, que proteja e defenda todos os membros da associação, rechace os inimigos comuns e nos mantenha em eterna concórdia (ROUSSEAU, 1978, p. 189).

Decorre da vontade geral a consagração do soberano, este caracterizado pela inalienabilidade e indivisibilidade, vez que a soberania, como vontade do povo, não pode ser transmitida, tampouco dividida, sob pena de não se traduzir adequadamente a vontade geral. Segundo Paulo Bonavides,

Na sociedade estatal, a liberdade primitiva, para ser parcialmente recuperada, fez-se liberdade jurídica. A organização política restitui aos indivíduos, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, através da lei e da participação na elaboração da vontade estatal, os direitos que estes lhe haviam cometido, limitando a própria liberdade, ao estatuírem as bases do contrato social (BONAVIDES, 2007, p. 51).

Portanto, através da noção de vontade geral, Rousseau contribui para a transferência do poder do rei ao povo; da transformação de direitos naturais em direitos civis; de indivíduos em cidadãos com direitos assegurados pelo Estado. O homem moderno reconhece na figura do Estado a titularidade do poder político, o que se realiza pela transformação do indivíduo em sujeito de direitos.

O aparato estatal na modernidade se assenta sobre tais diretrizes filosóficas que atribuíram competência e legitimidade aos governos, inserindo, na base da sociedade moderna, os valores do modelo liberal. Daí a grande contribuição que os contratualistas deram a esse momento de transformação paradigmática, conferindo os alicerces teóricos capazes de desenvolver uma estrutura marcada na titularidade de direitos naturais aos indivíduos; de conferir uma unidade jurídico-política do ente estatal e de atribuir ao Direito à função de ser o mediador da vontade geral e responsável pelo estabelecimento da ordem jurídica.

1.2 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado de Direito liberal importou no desenvolvimento de complexas relações sociais que propiciaram a reformulação do perfil do ente estatal, fomentando, dessa forma, o aparecimento de um novo paradigma: o Estado Social de Direito. “O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”, afirmou Paulo Bonavides que ainda evidencia como elemento característico desse novo modelo ocidental de Estado, a clara adesão à ordem capitalista como “[...] princípio cardeal a que não renuncia” (BONAVIDES, 2007, p. 184).

O abstencionismo estatal, característica do Estado liberal de Direito, evidenciou uma ineficiente proteção dos interesses públicos, especificamente em relação à proteção dos direitos e garantias individuais. Junto a este cenário, acresce-se a difusão de ideias, em especial as marxistas, que expõe as contradições do Estado liberal, a alienação e a exploração do trabalho humano dentro da lógica capitalista.

O Estado Social de Direito⁴ se insere na história dos países ocidentais como resultado da crise do próprio capitalismo. Tratou-se de uma resposta governamental aos flagelos sociais provocados pela economia de mercado livre, que demonstrou, de forma clara e dramática, que os intentos liberais não eram destinados a todo o

⁴ Vale ressaltar que para fins deste trabalho não há a pretensão de se analisar de forma particularizada e pormenorizada a experiência do Estado Social em cada país que foi implantado. Trata-se de uma visão generalizada a respeito do contexto de implantação e suas principais características.

corpo social. A grande massa de indivíduos ficou apartada do sistema de proteção, sendo utilizada apenas como instrumento garantidor da produção da riqueza dos capitalistas, sem o devido retorno que refletisse significativamente na melhoria da qualidade de vida.

Leciona Aloísio Krohling que “no século XIX, os direitos sociais, culturais e econômicos fazem parte da luta dos atores sociais e políticos identificados com os sindicatos dos trabalhadores e com os emergentes partidos socialistas” (2009, p. 47), dessa forma tratou-se de criar uma maquiagem suficientemente capaz de ocultar e amenizar a pressão popular externada por meio das reivindicações da classe operária, bem como dissipar o perigo do avanço da social-democracia, fortemente influenciada pelas ideias socialistas.

Por conta do modelo de exploração econômica capitalista, acompanhado de uma atuação estatal mínima que pudesse atuar simultaneamente com vistas a dirimir as consequências do desenvolvimento industrial, tal situação ensejou a explosão demográfica das áreas industriais, êxodo rural e crescimento urbano desordenado, responsáveis por fomentar a criação de áreas periféricas onde reinava a pobreza e marginalização sem precedentes da população operária.

A insegurança era outro fator que interferia na vida dos trabalhadores do século XIX, como demonstra o historiador Eric J. Hobsbawm

[...] Eles não sabiam no princípio da semana quanto iriam levar para casa na sexta-feira. Não sabiam quanto tempo iria durar o emprego atual ou, se viessem a perdê-lo, quando voltariam a encontrar outro e em que condições. Não sabiam que acidentes ou doenças iriam afetá-los, e embora não ignorassem que algum dia no meio da vida – talvez quarenta anos para trabalhadores não-especializados, talvez cinquenta para os especializados – iriam tornar-se incapazes para o trabalho físico pleno e adulto, não sabiam o que iria acontecer então entre esse momento e a morte. Era diversa a insegurança dos camponeses à mercê de periódicas – e, para sermos honesto, mais assassinas – catástrofes naturais tais como secas e fome, mas capazes de prever com maior precisão como um homem ou uma mulher pobre passaria a maioria dos dias da vida do nascimento até a morte. [...] Não havia certeza no trabalho mesmo para os mais especializados: durante o colapso de 1857-58, o número de trabalhadores na indústria de engenharia em Berlim caiu em quase uma terça parte. Não existia nada que correspondesse à moderna segurança social, exceto caridade e auxílio a indigentes, mas algumas vezes nem isso (HOBBSAWM, 1996, p. 306).

Este cenário forneceu os elementos necessários para que os cidadãos, de forma coletiva, passassem a reivindicar direitos a fim de garantir o mínimo para a existência: distribuição de renda, proteção ao trabalho, saúde, educação e benefícios previdenciários. Entretanto, antes de obter tais direitos, era preciso mitigar a prevalência do domínio burguês na representação política.

Nessa lógica, imprescindível para a obtenção de direitos sociais, a necessidade de conquistar, inicialmente, a representação política. Afirma Paulo Bonavides, que o Estado social traduz o reconhecimento de direitos ao proletariado, posto que

Desses direitos, os mais cobiçados seriam, no interesse da classe operária e do ponto de vista democrático, os direitos políticos, visto que permitiriam alcançar o poder e utilizar o Estado em seu proveito, operando tranquilamente a almejada transformação social, que a burguesia tanto teme (BONAVIDES, 2007, p. 185).

Os movimentos de massa organizados, integrados por trabalhadores assalariados, exigiam a derrubada, inclusive do capitalismo. Após a segunda metade do século XIX ficou inviável deter a democratização da política, por mais que isso não agradasse os então governantes, representantes da burguesia capitalista. Sobre esse momento histórico informa Eric J. Hobsbawm sobre o expressivo aumento do sufrágio em diversos países europeus, que demonstram o crescimento da participação popular nas eleições, visto que

Sistemas eleitorais baseados em amplo direito ao voto e às vezes, teoricamente, até no sufrágio universal masculino, existiam já na França e na Alemanha, em 1870 (pelo menos para o parlamento nacional alemão), bem como na Suíça e na Dinamarca. Na Inglaterra, as leis da Reforma de 1867 e 1883 quase quadruplicaram o eleitorado, que se elevou de 8 a 29% para os homens de mais de vinte anos. A Bélgica democratizou estes direitos em 1894, após uma greve geral realizada por essa reforma (o aumento foi de 3,9 para 37,3%, para a população adulta); a Noruega dobrou essas cifras em 1898 (de 16,6 para 34,8%). Na Finlândia, uma democracia extensiva única (76% de adultos) surgiu com a revolução de 1905. Na Suécia, o eleitorado dobrou em 1908, alcançando o nível da Noruega. A metade austríaca do império dos Habsburgo recebeu o sufrágio universal em 1907, e a Itália em 1913. Fora da Europa, os EUA, a Austrália e a Nova Zelândia já eram, é claro, democráticos, e a Argentina seguiu-lhes o exemplo em 1912 (HOBSBAWM, 2007, p. 127).

Observa-se que a consequência de tal contexto histórico foi a constante mobilização das massas de forma a pressionar os governos para a realização de eleições, estas cada vez mais democráticas e representativas das classes inferiores do tecido

social. As massas que reclamavam direitos políticos eram compostas pelos operários, engajados em partidos e movimentos de classe. Incluíam também, segundo Eric J. Hobsbawm, a pequena burguesia de mestres artesãos e pequenos lojistas que estavam sufocados pela economia capitalista e “[...] pelo crescimento de uma nova classe média baixa composta de trabalhadores não-manuais e de colarinho branco” (HOBBSAWM, 2007, p. 131). Além disso, havia o campesinato que compunha a maioria da população e maior grupo econômico.

Com efeito, o interesse público perpassava a noção de representação política por parte de camadas sociais equidistantes do poder estatal, tanto no que tange à representação quanto à destinação e tutela de direitos. Como forma de estabelecer novas estratégias com vistas a limitar o avanço do eleitorado de massa, principalmente sob a influência do movimento operário e socialista, sobre os interesses das classes dominantes, estas trataram de implementar programas de políticas públicas positivas, minimizando, assim, o descontentamento das classes menos abastadas.

Para tanto, foram implantadas as experiências do Estado-providência a partir do Império Prussiano na segunda metade do século XIX. A respeito desse contexto histórico de implantação, expõe importante síntese Aloísio Krohling

O discurso do Estado-providência foi concretizado no Império Prussiano com uma legislação que criava benefícios e leis trabalhistas para os trabalhadores, diante das reivindicações operárias e do medo do “perigo socialista” da social-democracia que estava avançando nas cidades mais industrializadas da Alemanha, que só em 1871 conseguiu a sua unificação política como Estado-nação. Esse é um exemplo emblemático da luta dialética entre o Estado atrelado ao sistema econômico e à sociedade civil, sendo desafiado pelo novo ideário e imaginário popular com origem nas ideias do alemão Karl Marx e dos social-democratas alemães (KROHLING, 2009, p. 47-48).

Na França, no final do século XIX e início do século XX, desenvolve-se a ideia do Estado-solidariedade em contraposição ao modelo liberal clássico que até então caracterizava o Estado. A fundamentação teórica ocorreu principalmente pelos postulados de Léon Duguit e Maurice Hauriou, num momento de consolidação da disciplina de direito público nos ensinamentos jurídicos. José Fernando de Castro Farias

em obra destinada ao estudo da Teoria do Estado a partir da construção teórica de Duguit e Hauriou, leciona que

Os enunciados de Duguit e de Hauriou tentam construir critério sóciojurídicos para fundamentar o Estado de Solidariedade, no qual a subordinação dos atos dos governantes e da administração a um controle jurídico se baseia não mais na lógica subjetivista, mas na lógica do direito de solidariedade. Este prepondera sobre o direito individual em matéria de organização do poder (FARIAS, 1999, p. 41).

Em razão da importante influência no direito público, destaca-se a construção teórica de Duguit que formulou um Estado composto dos seguintes alicerces: (i) pelo direito objetivo; (ii) pela descentralização; e (iii) pelo serviço público, sendo este último o fundamento de maior influência. Para José Fernando de Castro Farias

A noção de serviço público faz dos enunciados de Duguit um dos elementos significativos que devem necessariamente compor a reconstituição “arqueológica” do discurso do Estado de Solidariedade. Como expressão de uma transformação social, “a noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público”. Nesse sentido, a noção de serviço público é o corolário de uma lógica que propõe abandonar a soberania para adotar a “solidariedade” como referencia do Estado. Da soberania à “solidariedade”, não se trata unicamente de uma mudança no critério de legitimidade do Estado, mas de toda uma nova maneira de pensar o Estado. [...] Quando Duguit anuncia a noção de serviço público como expressão da “solidariedade social”, isto significa uma descontinuidade com relação ao Estado Liberal. Estamos diante da origem de uma outra forma de Estado: o Estado de Solidariedade (FARIAS, 1999, p. 87).

Em seguida, as trágicas consequências sociais e econômicas promovidas essencialmente pelas duas Grandes Guerras Mundiais e pela depressão econômica da década de 1930, fizeram com que diversos países europeus e americanos implantassem a política do Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*. Para Hobsbawm, “[...] a nova estratégia envolvia, portanto, uma disposição no sentido de empreender programas de reforma e bem-estar social, que minaram os clássicos acordos liberais [...]” (HOBBSAWM, 2007, p. 150).

Ao Estado imputaram-se obrigações positivas ensejadoras de uma radical mudança estrutural do seu perfil. De abstencionista a intervencionista. Essa transformação é ocasionada essencialmente por dois fatores muito nítidos: os movimentos de massa e o considerável temor que as classes dominantes sentiam com o avanço do socialismo. Tal cenário desencadeou uma atuação positiva por parte do ente estatal

que tomou para si a atribuição de ser o responsável pela proteção dos interesses públicos.

No paradigma anterior, o Estado era, por excelência, legislador e regulador da atuação da Administração Pública pela norma. Em seguida, amplia-se para um Estado centrado no papel do Executivo, administrador por excelência dos serviços que a sociedade apontava como de interesse público. Sobre esse momento histórico, esclarece Eric J. Hobsbawm

Bismarck, [...], já na década de 1880 decidira cortar as raízes da agitação socialista por meio de um ambicioso esquema de previdência social; foi seguido, nesta orientação, pela Áustria e pelos governos liberais ingleses de 1906-1914 (aposentadorias, bolsas de trabalho, seguros de saúde e desemprego) e mesmo pela França, após algumas hesitações (aposentadorias em 1911). [...] Nesse paraíso da iniciativa privada, mesmo o trabalho de menores parecia fora da alçada da lei federal, embora por volta de 1914 existissem leis que o proibiam, teoricamente, até na Itália, na Grécia e na Bulgária. [...] Exceto na Alemanha, tais esquemas de bem-estar social eram modestos até os últimos anos que precederam 1914, e mesmo na Alemanha malograram visivelmente na tentativa de sustar o crescimento do socialismo (HOBSBAWM, 2007, p. 150-151).

Já o Brasil implantou a política do bem-estar social a partir da década de 1930, através do governo de Getúlio Vargas. Nesse período, o cenário econômico e social brasileiro sofreu transformações radicais. O país industrializa-se o que favorece a urbanização e, via de consequência, o êxodo rural. Direitos sociais são oferecidos à massa populacional historicamente desprovida de condições adequadas de vida. Com efeito, Getúlio Vargas torna-se o centro e a principal referência política no Brasil, que governa de forma autoritária, centralizada e fortemente intervencionista.

As políticas públicas implementadas pelo *Welfare State* foram fatores determinantes para a realização de um equilíbrio social. O Direito, por sua vez, aglutina tais transformações e passa a regular e tutelar os direitos de proteção do trabalho, previdência, saúde e educação públicas, impõe um salário mínimo, regula os preços e a moeda, atua no combate ao desemprego. Daí a nomenclatura de Estado Social.

Portanto, o Estado, através do aparato jurídico, disponibiliza as pessoas desfavorecidas direitos ligados à previdência social, proteção da relação de trabalho, educação e saúde públicas, passando a intervir em assuntos antes dotados de

completa autonomia privada, como o valor do salário mínimo recebido por cada trabalhador, quantidade mínima de horas a serem trabalhadas, regulação de preços, sistemas habitacionais, regulamentação e controle do exercício profissional, instituição de sistema público de previdência, enfim, o Estado, diante da necessidade provocada pela pressão social, passa a intervir diretamente em domínios antes destinados à livre iniciativa.

Para Jose Luis Bolzan de Moraes, o desenvolvimento do *Welfare State* se deve, sobretudo, às seguintes razões:

1. Política: que se expressa através da luta pela consagração legislativa e efetivação prática dos direitos individuais, dos direitos políticos e, finalmente, dos direitos sociais e econômicos;
2. Econômica: que se manifesta na transformação da sociedade agrícola em industrial, deixando visível que o desenvolvimento da indústria impõe o acatamento e a solução do problema da segurança social (MORAIS, 1996, p. 94).

A defesa dos interesses públicos no paradigma do Estado Social implica na efetivação de políticas públicas que propiciem a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos no que tange, essencialmente, à proteção das relações de trabalho, fornecimento de serviços públicos ligados à educação, saúde e assistência social. É claro que, segundo Paulo Bonavides, “[...] o Estado social que temos em vista é o que se acha contido juridicamente no constitucionalismo democrático” (2007, p. 187), numa perspectiva de equilibrar os conflitos sociais ocasionados pela luta de classes e promover, sob uma perspectiva coletiva, a justiça social.

Eric J. Hobsbawm afirma que o triunfo do capitalismo foi a temática mais importante das primeiras décadas do século XIX, pois “[...] foi o triunfo de uma sociedade que acreditou que o crescimento econômico repousava na competição da livre iniciativa privada, no sucesso de comprar tudo mais barato (inclusive o trabalho) e vender mais caro” (HOBBSAWM, 1996, p. 19).

Todavia, por trás das glórias dos capitalistas, estavam as massas, apontadas pelo historiador inglês, como “[...] prontas para transformar revoluções moderadamente liberais em revoluções sociais. Por baixo e em volta dos empresários capitalistas, os

“trabalhadores pobres”, descontentes e sem lugar, agitavam-se e insurgiam-se” (HOBSBAWM, 1996, p. 20).

Como consequência da forte pressão popular, o Estado passou a intervir positivamente como o responsável pela garantia da dignidade humana, a fim de efetivar um dos lemas dos revolucionários franceses que ficou esquecido e mitigado pelos interesses burgueses: a fraternidade. O próprio liberalismo provocou o desenrolar de sua primeira grande crise por não promover qualquer solução às contradições sociais e veio acompanhada das “[...] utopias socialistas e, depois, o marxismo: os socialistas sentenciando a intrínseca iniquidade do Estado, e os marxistas, em nome da ciência, das leis históricas, da dialética e do determinismo social, o fim do aparelho de coerção da sociedade” (BONAVIDES, 2007, p. 32), como bem demonstra Paulo Bonavides.

Vale destacar que as mudanças estruturais vivenciadas pela sociedade ocidental no final do século XIX e primeira metade do século XX, pautados na proteção e efetivação pelo ente estatal de direitos fundamentais sociais, foram fortemente influenciadas pelos ideais marxistas⁵.

Portanto, as funções estatais agigantam-se na medida em que é imputado ao Estado a responsabilidade de prestar serviços públicos relevantes para a satisfação dos interesses públicos que surgiram por ocasião de um novo contexto social.

⁵ Paulo Bonavides identifica em Rosseau e Karl Marx os responsáveis por terem conferido as bases doutrinárias para o Estado Social. “De Rousseau [...] deve a doutrina ocidental [...] valer-se de toda a instrumentação política, de bases populares, fundada essencialmente no consentimento. [...] A democracia rousseauniana implica a universalização do sufrágio, o que basta para distingui-la radicalmente da versão do liberalismo”. Já Karl Marx, em sua primeira obra, *Manifesto Comunista* (1848), “[...] escarneceu da presunção de, pelo consentimento, despojar a burguesia de seus privilégios. O marxismo se constrói em meio à aguda crise que separa o trabalho do capital, quando o capitalismo acreditava cegamente no liberalismo, que o favorecia, legitimava-lhe as pretensões iníquas e acalmava a consciência de seus agentes, do mesmo passo que a classe operária dispunha da violência com sua única arma de defesa. Marx conclama, pois, os trabalhadores a uma solução de força. O *Manifesto* faz a apologia da tomada violenta do poder [...]” (BONAVIDES, 2007, p. 176, grifo do autor).

1.3 O INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para a adequada identificação do interesse público no Estado Democrático de Direito, importante analisar o contexto histórico que fomentou o surgimento desse novo paradigma estatal. A partir da década de 1970 do século XX, o mundo perde suas referências ao entrar em uma era de profunda instabilidade e crise, ao passo que o progresso tecnológico tornou o processo de globalização inevitável e irreversível.

Visualiza-se uma profunda crise de financiamento das prestações que o Estado Social impõe, evidenciando divergências entre as receitas e despesas públicas. A custa de uma mitigação da atuação estatal houve o fomento de uma crise estrutural que deixou às claras a insuficiência do Estado em dar soluções imediatas e concretas para os inúmeros interesses públicos.

Nesse cenário, foi imprescindível a reelaboração do próprio sistema capitalista e uma reformulação das próprias funções estatais, adequando-as às novas demandas, principalmente no que se refere à intervenção estatal na gerência da coisa pública e na prestação de serviços públicos. Com isso, fomenta-se a mitigação da atuação estatal através do uso do discurso de retorno ao “Estado mínimo”.

Para tanto, ocorre a implantação do chamado neoliberalismo, que influencia as práticas econômicas e promove uma intensa transformação social, por conta da imposição à sociedade de um novo estilo de vida decorrente de tal modelo econômico, baseado essencialmente no consumo. No atual contexto, o homem é, acima de tudo, consumidor.

Zygmunt Bauman, em sua obra *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*, o consumismo se tornou o principal atributo da sociedade atual, trata-se de “[...] um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros

quanto ao regime”, transformando-os na *principal força propulsora e operativa da sociedade*” (2008, p. 41, grifo do autor).

Além disso, a sociedade ocidental vivencia uma transformação social sem precedentes, influenciada pelo acentuado processo migratório para os centros urbanos, que alterna, por definitivo, a estrutura social, outrora agrária, para a urbana e industrial. Nesse passo, ocorre um enfraquecimento dos mecanismos de controle social desempenhados pela família e pela religiosidade.

O desemprego e pauperização da população, gerada principalmente pela lógica da maximização dos lucros pelas empresas e pelo aperto financeiro dos governos, expõe, segundo Eric J. Hobsbawm, “a tragédia histórica das Décadas de Crise foi a de que a produção agora dispensava visivelmente seres humanos mais rapidamente do que a economia de mercado gerava novos empregos para eles” (2008. p. 404), além disso

[...] esse processo foi acelerado pela competição global, pelo aperto financeiro dos governos, que – direta ou indiretamente – eram os maiores empregadores individuais. [...] **o declínio dos sindicatos, enfraquecidos tanto pela depressão econômica quanto pela hostilidade de governos neoliberais, acelerou esse processo, pois a produção de empregos era uma de suas funções mais estimadas** (HOBSBAWM, 2008, p. 404, grifo nosso).

Esse contexto favorece o aumento desordenado dos índices de criminalidade urbana, bolsões de pobreza e marginalização. Mais uma vez, acostuma-se, em muitos países ricos ou pobres, “[...] a visão diária de mendigos na rua, e mesmo com o espetáculo mais chocante de desabrigados protegendo-se em vãos de portas e caixas de papelão, quando não eram recolhidos pela polícia” (HOBSBAWM, 2008, p. 396). A desigualdade social é implementada a partir de incoerente distribuição de renda, conforme bem demonstra Eric J. Hobsbawm

Pelos padrões mundiais, as ricas “economias de mercado desenvolvidas” não eram – ou ainda não eram – particularmente injustas na distribuição de sua renda. Nas mais desiguais entre elas – Austrália, Nova Zelândia, EUA, Suíça – os 20% de famílias do topo recebiam, em média, entre oito e dez vezes mais que o quinto da base, e os 10% de cima em geral levavam para casa entre 20% a 25% da renda total do país; somente os suíços, os neozelandeses do topo e os ricos de Cingapura e Hong Kong levaram muito mais para casa. Isso não era nada comparado com a desigualdade de países como Filipinas, Malásia, Peru, Jamaica ou Venezuela, onde eles ficavam com mais de um terço da renda total do país, e muito menos com

Guatemala, México, Sri Lanka e Botsuana, onde levavam mais de 40%, para não falar do candidato a campeão mundial de desigualdade econômica, o Brasil. Nesse monumento de injustiça social, os 20% mais pobres da população dividiam entre si 2,5% da renda da nação, enquanto os 20% mais ricos ficavam com quase dois terços dessa renda (HOBBSAWM, 2008, p. 396-397).

Todos esses elementos sociais propiciam o fomento da insegurança, das incertezas e da ausência de garantias, cujas ações são justificadas pela incidência das forças livres do mercado, do livre comércio, a ineficiência e o inchaço dos quadros estatais ao promover direitos sociais. Não há mais a promoção da liberdade e da autoconfiança, pois se estimulam

[...] a leveza do ser para alguns, que redundam numa insuportável opressão do destino para outros. Os postulados da transparência e da flexibilidade referem-se, em última análise, ao controle exercido pelos poderosos e capazes sobre as condições em que os outros, menos confiantes, são forçados a escolher entre o modesto conjunto de opções que lhes resta ou submeter-se ao destino que lhes toca quando não mais qualquer opção (BAUMAN, 2000, p. 33-34).

Zygmunt Bauman, em sua obra *Em busca da política* (2000), trabalha a noção do *Unsicherheit*, a partir do que Freud identificou como *Sicherheit*, palavra alemã que compreende, simultaneamente, as noções de segurança, certeza e garantia, como condições para o exercício da autoconfiança e do agir e pensar de forma racional. A ausência ou carência de um desses elementos gera a dissipação dessa autoconfiança, perda da confiança na própria capacidade e nas dos outros, ansiedade, agressão, sentimentos de culpa, ou seja, a *Unsicherheit*. Essa flexibilização é típica do novo contexto desenvolvido no final do século XX, em que tudo deve seguir seu curso “natural”, regido pelas leis econômicas ditadas pelo mercado livre. Vive-se atualmente, portanto, a era do *Unsicherheit* como aponta Bauman.

A política econômica neoliberal, e com ela todos os valores e consequências sociais, vem sendo, paulatinamente, implantada por diversos países como, por exemplo, na Inglaterra em 1979, nos Estados Unidos da América em 1980, na Alemanha em 1982, na Dinamarca em 1983. No Brasil, tal modelo foi implantado a partir de 1995, no governo do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, através de sucessivas alterações legislativas e constitucionais, que assim justificou

Reformar o Estado não significa desmantelá-lo. Pelo contrário, a reforma jamais poderia significar uma desorganização do sistema administrativo e do sistema político de decisões e, muito menos, é claro, levar à diminuição da capacidade regulatória do Estado, ou ainda, à diminuição do seu poder de liderar o processo de mudanças, definindo o seu rumo.

Mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentra-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e de serviços. Hoje, todos sabemos que a produção de bens e serviços pode e deve ser transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com menor custo para o consumidor (CARDOSO, 1998, p. 15-16).

Todavia, o Estado que deveria ocupar uma postura de defesa da sociedade marcada por crises estruturais provocadas pela política neoliberal, ao revés, modifica-se para permitir que tal lógica seja disseminada, utilizando-se, para tanto, o aparato normativo. Para Bauman

“[...] o discurso neoliberal fica ainda mais “forte” à medida que prossegue a desregulamentação, enfraquecendo as instituições políticas que poderiam em princípio tomar posição contra a liberdade do capital e da movimentação financeira” (2000, p. 36).

Todo esse complexo contexto demonstra o aparecimento de novos interesses públicos na medida em que a sociedade se expande, principalmente em relação ao seu aspecto econômico. Bobbio afirma que “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. [...] Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências” (2004, p. 06). Nesse sentido, o interesse público compreende uma noção altamente mutável que leva em consideração a complexidade de seu tempo histórico.

Todo esse cenário favorece a mudança paradigmática do Estado que então assume a sua mais nova versão Democrático de Direito, cuja principal característica é a proteção dos interesses e dos direitos difusos, sendo que os titulares de tais direitos são sujeitos que não são claramente identificados. A Constituição imputa ao Estado diversas obrigações de fazer, tornando-o diretamente responsável pela efetivação de tais direitos e direta ou indiretamente pelo dano efetivo ou potencial, por ação ou omissão, em razão do risco colocado à sociedade.

Por excelência, a complexidade das relações sociais observadas no Estado Democrático de Direito estabelece que os interesses públicos sejam apropriáveis não apenas de forma individual, mas eminentemente numa perspectiva coletiva, vez que o princípio da solidariedade impõe a tutela dos interesses do gênero humano.

A efetivação da fraternidade torna-se o grande norte desse novo paradigma estatal, pois lhe é imputado, além da defesa das garantias individuais e sociais, herança dos paradigmas anteriores, a efetivação das políticas públicas ligadas, principalmente, ao desenvolvimento econômico, à defesa do meio ambiente, do patrimônio público e das relações de consumo.

Apresenta-se também como característica do novo paradigma estatal a tensão permanente entre as esferas pública e a privada, pois a clássica separação encontra-se em um processo de aglutinação das funções privadas pelo público, e as do público pelo privado, num processo de total confusão de funções, ensejando, via de consequência, o favorecimento da autonomia privada derivada da pública. A respeito do tema em tela e com base nas considerações de Jürgen Habermas tecidas na obra *Mudança estrutural da esfera pública* (2003), Maria Tereza Fonseca Dias assim se manifesta

A autonomia privada passa a ser compreendida como uma autonomia derivada da pública, tais como os direitos de segurança, indenização e livre-desenvolvimento, tendo suas funções redefinidas, não se baseiam mais num direito público estabilizado mediante interesses da troca burguesa de mercadorias. Ao contrário, repousam numa integração dos interesses de todas as organizações ativas democraticamente relacionadas com o Estado (DIAS, 2003, p. 97).

Como característica desse modelo estatal, há que ressaltar a importância da comunicação entre o Estado e a sociedade, que favorece a mudança estrutural da esfera pública no sentido de equilibrar a tensão permanente entre as esferas pública e privada. A comunicação é orientada com o intuito de se buscar o entendimento e, nesse sentido, Habermas propõe a chamada teoria da ação comunicativa que “[...] enseja descrever o papel desempenhado pelo direito na modernidade e esclarecer em que medida o ordenamento jurídico pode ou não garantir a liberdade” (DIAS, 2003, p. 100).

Num contexto marcado por uma sociedade complexa, o Estado deve efetivar meios democráticos para o alcance da legitimidade de sua atuação. A integração social, com base numa atuação comunicativa, propicia o alcance do entendimento mútuo e do equilíbrio entre a tensão das esferas público e privada. O direito deixa de compreender a noção de imposição de uma realidade objetiva imposta pelo Poder Legislativo, mas tal realidade é legitimamente alcançada a partir do envolvimento da população na formulação das normas jurídicas.

Para Maria Tereza Fonseca Dias, “o princípio do discurso exige do cidadão participante uma disposição ao diálogo e à obtenção de consenso no momento de configurar sua autolegislação” (2003, p. 115). Assim, o princípio democrático encontra-se no cerne de toda a atividade política e a positivação e efetivação dos direitos fundamentais importam numa atuação imediata por parte dos seus titulares, em legítimo exercício da cidadania.

Relevante os estudos feitos por José Luiz Quadros de Magalhães em sua obra *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro* (1999) em relação à importância de reconstrução do conceito de democracia, na proposta de um Estado Democrático de Direito. Para o autor

[...] a proposta de um Estado Democrático de Direito, baseado numa democracia econômica, social e política, propõe um rompimento democrático das estruturas socioeconômicas, por meio de nova leitura dos textos constitucionais, a partir da reconstrução do conceito de democracia. A democracia nessa perspectiva deixa de ser apenas direito de votar e ser votado, como forma de participação no poder do Estado, transformando-se em **um conceito construído a partir da idéia de uma sociedade democrática, como fundamento de um Estado efetivamente democrático, sensível às constantes indicações dessa sociedade sobre qual caminho deve seguir** (MAGALHÃES, 1999, p. 35-36, grifo nosso).

Dessa forma, a legitimidade da atuação estatal é obtida por intermédio do fomento de amplos canais de comunicação com os destinatários de tal atuação, sejam eles os próprios cidadãos ou as instituições privadas ou públicas.

Outro fenômeno da atualidade e que influenciou a mudança paradigmática do Estado moderno, é a importância que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 teve sobre a judicialização da dignidade da pessoa humana. A

partir de então, fomentou-se a tutela de todos os interesses relacionados à proteção da dignidade humana, passando a ser tratados como direito fundamental e, portanto, orientando e vinculando todo o ordenamento jurídico.

O neoconstitucionalismo que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX estabelece, inclusive, uma nova atuação estatal, pautada na defesa e efetivação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e não mais como fomento da individualidade das relações humanas, como foi no Estado de Direito.

Jose Luis Bolzan de Moraes conclui que este novo modelo “[...] impõe a solidarização dos indivíduos naquilo que será inevitavelmente benefícios ou prejuízos para um e todos, para todos e para nenhum” (1996, p. 168), e ao Direito é dado representar juridicamente essas novas aspirações, que se traduzem em novos interesses públicos. Para tanto, foi de significativa importância a constitucionalização de diversos direitos transindividuais⁶, tidos também como direitos fundamentais.

[...] as disposições relativas aos direitos fundamentais têm caráter preceptivo, aparecendo como *imposições constitucionais* das quais originam-se pretensões que permitem sua invocação em caso de omissão do legislador. É fundamental a transformação que se opera aqui, passando-se de uma *pretensão de omissão* a uma *proibição de omissão* (MORAIS, 1996, p. 179-180).

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, a Constituição apresenta-se como a maior expressão da vontade popular e aglutinadora das novas demandas sociais. Imprescindível ao legislador dar tratamento normativo aos interesses públicos que se apresentam por conta de uma sociedade que está em constante transformação e, via de consequência, vinculando a atividade do Poder Executivo no que tange à efetivação da satisfação dos interesses públicos.

⁶ Para Jose Luis Bolzan de Moraes, a opção pela utilização da palavra transindividual, em detrimento da palavra metaindividual, significa “[...] uma apelo a uma melhor compreensão do objeto designado pelo signo, pois em se tratando de interesses envolvendo conjunto de interessados, importa referendar a idéia de que se trata de pretensões que, embora ultrapassem o indivíduo singularmente definindo, perpassam-no. O prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns(nitários), tocam imeditata e individualmente [...] cada componente desta coletividade, ao passo que a consagração do prefixo *meta* importa uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de forma alguma” (MORAIS, 1996, p. 126, grifo do autor).

Em importante obra, intitulada *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*, na qual se discute a releitura dos principais alicerces do direito administrativo à luz das complexidades típicas da contemporaneidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetizou adequadamente o novo conceito de constitucionalização no Estado Democrático de Direito que impõe uma funcionalização das atividades do Estado voltadas para “[...] 1. *afirmar* o seu primado de valores, 2. também *garanti-los* e, além disso, 3. *promove-los* através de políticas públicas adequadas, pautadas pelo primado dos dois macro-princípios: o dos *direitos humanos* e o da *democracia substancial*” (MOREIRA NETO, 2008, p. 24).

Esse cenário vivenciado após a segunda metade do século XX retrata o surgimento de novos e complexos interesses públicos. De um lado, uma sociedade cada vez mais influenciada pelo fomento ao consumo, de outro um setor privado que, com sutileza, se apodera de espaços públicos, mitigando-os e apropriando-os, fazendo, claramente, que estejam a serviço de seus interesses e não propriamente os interesses da coletividade. Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil impõe como garantias fundamentais um amplo rol de direitos, cujos meios para o usufruto devem ser efetivados principalmente pelo Estado.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apresentam boa síntese sobre os direitos fundamentais assegurados na vigente Constituição brasileira (2007, p. 52-53):

Além do referido Título II “direitos e garantias fundamentais” que se repete no § 1º do art. 5º, podem ser encontrados na Constituição Federal vigente os seguintes termos:

- “direitos sociais e individuais” (Preâmbulo);
- “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II);
- “direitos humanos” (art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 7º do ADCT);
- “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI);
- “direitos civis” (art. 12, § 4º, II, *b*);
- “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17, *caput*);
- “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, *b*);
- “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV);
- “direitos” (art. 136, § 1º, I);
- “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º).

Tais direitos fundamentais compreende um mínimo de direitos a serem garantidos e efetivados por todos os Poderes estatais, apresentando-se como os mais legítimos interesses públicos, por decorrer de um reconhecimento social e político por parte da

sociedade brasileira e ocupar o núcleo basilar de todo o ordenamento jurídico. Sobre o assunto, leciona Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

[...] Os direitos garantidos na Constituição são fundamentais porque se encontram no texto que regulamenta os fundamentos da organização política e social. [...] É bastante genérico, podendo abranger os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e políticos, os direitos de liberdade e os de igualdade. [...] Indica que nem todos os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico são tratados no âmbito do direito constitucional. Aqui interessam apenas os direitos que gozam de proteção constitucional, isto é, da peculiar força jurídica que lhes oferece a supremacia das normas constitucionais, retirando-os da disposição do legislador ordinário. Os direitos fundamentais constituem um mínimo de direitos garantidos, podendo o legislador ordinário acrescentar outros, mas não tendo a possibilidade de abolir os tidos como fundamentais. (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 53-55).

Portanto, os interesses públicos positivados como direitos fundamentais, não podem ser passíveis de supressão, por se apresentarem de cláusulas pétreas, na forma do artigo 60, da CRFB. Todavia, permite-se a inclusão no bojo do texto constitucional de novos direitos, haja vista a possibilidade de que ocorram mudanças nos interesses que a sociedade considera como públicos e lhes dê a feição de direitos fundamentais.

Tecidas tais considerações, torna-se imprescindível a análise do próprio desenvolvimento do direito administrativo como ramo que, por excelência, dita as regras de exercício da atuação estatal, evidenciando a mudança do seu objeto com o intuito de adequar a vinculação da atividade administrativa à legalidade e à predominância dos novos interesses que a sociedade atribui ao Estado.

1.4 O INTERESSE PÚBLICO COMO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo, como os demais ramos do direito, sofreu uma profunda mutação em seus alicerces teóricos por conta de uma crescente complexidade das relações humanas desde seu reconhecimento como um ramo dotado de autonomia científica, jurídica e didática.

Tal análise deve ser abordada uma vez que cada ciência possui um objeto de análise e, no presente caso, tal objeto modificou-se significativamente levando em consideração a mudança paradigmática da estrutura estatal, sendo utilizados vários critérios para a definição desse objeto⁷. Para fins deste trabalho, limita-se a análise da contribuição dos critérios do serviço público, proposto por Léon Duguit (1996), e do interesse público, este último defendido por Héctor Jorge Escola (1989).

Em princípio, entendia-se como objeto científico e como fundamento do direito administrativo a noção de serviço público. Deve-se tal construção teórica à doutrina francesa, principalmente por influência de Léon Duguit, denominado de pai da “Escola do Serviço Público”, que aglutinou em torno da noção de serviço público toda a estrutura do direito administrativo, que passou a ser conceituado como o conjunto de regras aplicadas no funcionamento de serviços públicos.

Duguit (1859-1928) foi o teórico responsável por organizar um Estado de Direito prestacional, colocando o serviço público como fundamento do direito público. Assim, no século XX, desenvolve-se na França a noção do Estado-solidariedade por influência de Léon Duguit.

Alexandre Santos Aragão, ao comentar a teoria de Léon Duguit, afirma que

[...] é o estado de consciência da massa dos indivíduos que compõem em um determinado grupo social a força criadora do Direito, que eclode quando o grupo social entende e admite que possa ser socialmente organizada em uma reação contra os violadores da regra, momento em que a simples norma social, fundada sobre a solidariedade e interdependência dos indivíduos que compõem a sociedade, se transforma em norma jurídica, que é originariamente um fato social, não uma criação do Estado ou expressão da sua soberania. Essas normas se impõem objetivamente ao Estado, assim como a todos os indivíduos (ARAGÃO, 2008, p. 82).

⁷ Além dos trabalhados no texto, a partir dos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cita-se outros critérios como o (i) do Poder Executivo que aglutina os princípios jurídicos que disciplinam a atividade do Executivo; (ii) das relações jurídicas que considera direito administrativo as regras que disciplinam as relações entre a Administração e os administrados; (iii) o critério teleológico que diz que o direito administrativo é o sistema jurídico que regula a atividade do Estado voltado para seus fins; (iv) critério negativo ou residual que destina-se a regular a atividade estatal excluídas as atividades legislativas e jurisdicionais; (v) o critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado que dita as regras da atividade jurídica não contenciosa do Estado e regula a constituição de seus órgãos; (vi) critério da Administração Pública, bem mais completo e aglutinador das ideias de todos os critérios anteriores, que entende o direito administrativo como o conjunto de regras e princípios que vinculam órgãos, entidades e agentes públicos que realizam de forma concreta e imediata os fins do Estado (DI PIETRO, 2009, p. 43-47).

Assim, resta claro que o desenvolvimento da Escola do Serviço Público ocorreu influenciada pela profunda transformação que passava o próprio Estado no início do século XX. Nesse sentido, Léon Duguit constrói sua teoria com base no paradigma do Estado Social de Direito, uma vez que o alicerce de seu pensamento foi a noção de solidariedade e interdependência social.

[...] quando se observa uma sociedade, identifica-se a solidariedade como força de coesão que a mantém, por similitude ou por divisão de trabalho; a sociedade apresenta-se tanto mais forte quanto mais estreitos forem os laços de solidariedade entre seus integrantes. [...] Os homens tornam-se acentuadamente diferentes entre si, diferentes por suas aptidões, necessidades, aspirações e, em função disso, o intercâmbio de serviços que adquire um caráter bastante complexo e freqüente; daí os laços de solidariedade se tornarem mais intensos (DUGUIT, 1996, p. 23-24).

Para Duguit, as regras do direito como eram até então concebidas, sob a perspectiva liberal, não se constituíam num modelo ideal, daí propor uma concepção do direito fundada na solidariedade social, na postura de cada homem desempenhar um papel social, já que “[...] o homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las” (DUGUIT, 1996, p. 27). O Estado de Solidariedade não compreendia uma reforma do Estado liberal clássico, mas correspondia a uma significativa mudança nas práticas estatais voltadas para o atendimento de políticas sociais, principalmente no fornecimento de serviços públicos.

A respeito das transformações das funções do Estado e da noção de serviço público para Duguit, ensina José Fernando de Castro Farias

[...] Quando Duguit anuncia a noção de serviço público como expressão da “solidariedade social”, isto significa uma descontinuidade com relação ao Estado Liberal. Estamos diante de uma outra forma de Estado: o Estado de Solidariedade. [...] Apresentada como critério geral no campo de ação do Estado, a noção de serviço público implica essencialmente uma idéia de obrigação positiva. Da *soberania ao serviço público*, passa-se de uma visão do Estado como poder público a uma concepção de Estado como “função social”. [...] O Estado era chamado a responder por obrigações positivas que a cada dia adquiriam uma maior extensão, como os serviços de assistência, trabalhos públicos, iluminação, correios, telégrafos, estrada de ferro etc” (FARIAS, 1999, p. 87-89, grifo do autor).

Assim, a ampliação da intervenção do Estado passa a exigir também uma mudança do próprio direito, como forma de regulamentar e disciplinar a prestação do serviço público.

Todavia, atrelar o objeto do direito administrativo tão somente à prestação de serviço público não foi suficiente para abarcar toda a complexidade da atividade administrativa exercida pelo ente estatal. Daí a necessidade de encontrar outro objeto mais adequado e que melhor sistematizasse a disciplina jurídica que expandia suas bases teóricas simultaneamente com o desenvolvimento do próprio Estado e das atividades administrativas, principalmente em relação ao favorecimento da vinculação com o princípio da legalidade⁸. Nesse sentido, o ato administrativo, como objeto do direito administrativo, passou a ser estruturado a partir de seus elementos, atributos, competência, pela análise da vontade administrativa em torno do mérito e da discricionariedade, finalidades e formalidades.

Mesmo assim tal objeto não expressou essencialmente a atividade administrativa, principalmente porque em muitos aspectos a Administração Pública não atua por meio de atos administrativos.

Perfilha-se, neste trabalho, o posicionamento de Héctor Jorge Escola, que propõe o interesse público como objeto do direito administrativo. Em sua obra *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (1989), o jurista argentino efetua um profundo estudo a fim de demonstrar como o interesse público está no cerne dos principais institutos do direito administrativo, como a organização administrativa, os serviços públicos, o ato administrativo, o contrato administrativo, entre outros.

⁸ O princípio da legalidade surge com o Estado de Direito, como expressão burguesa de organização estatal, que impôs ao Estado a limitação da ação dos governantes. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo já que o Direito Administrativo [...] nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei (MELLO, 2005, p. 99-100, grifo do autor).

Héctor Jorge Escola levando em consideração a amplitude das funções administrativas, propõe que o direito administrativo seja estruturado para possibilitar e assegurar que a Administração Pública, e toda sua estrutura organizacional composta por órgãos e entidades, desenvolva atos, procedimentos, tendentes a alcançar dos seus fins que não são os determinados pela própria Administração, tampouco pelo direito administrativo, mas por fins externos, devidamente adequados com fins gerais do Estado (ESCOLA, 1989, p. 20).

Tais fins externos a que o autor aduz compreendem a noção de bem-estar geral, esta definida constitucionalmente, e que encontra correlato jurídico na noção de interesse público assim entendido não somente como o somatório da maioria dos interesses individuais coincidentes, “[...] mas também no resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, na qual a maioria dos indivíduos reconhecem, também, como um interesse próprio e direto” (ESCOLA, 1989, p. 31, tradução nossa)⁹.

É a vinculação com o interesse dos indivíduos inserido numa comunidade que justifica a atuação estatal garantidora e protetora dos direitos e garantias fundamentais, evitando, via de consequência, possíveis práticas injustificadas e indesejadas por parte das autoridades públicas envolvidas e responsáveis pela administração da *res publica*.

O intervencionismo estatal é justificado na medida em que assegura o bem-estar geral que, nesse sentido, permite aos indivíduos desfrutar da liberdade e dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

[...] o direito administrativo está concebido para possibilitar e assegurar que a administração pública consiga de maneira concreta os objetivos que são fixados, satisfazendo as necessidades da comunidade e dos indivíduos que a integram, alcançando o bem-estar geral que é o sustento de nossas liberdades e direitos, opondo barreiras eficazes a um intervencionismo estatal que se reconhece necessário, somente admissível quando concorre

⁹ No original: “[...] sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo”.

ao resultado do bem-estar geral [...] (ESCOLA, 1989, p. 31, tradução nossa)¹⁰.

Compete inferir que a atividade administrativa, congruente com o modelo de Estado Democrático de Direito, deve se pautar na busca da satisfação dos interesses públicos condizentes com a vontade da coletividade e obtidos a partir de práticas democráticas e de acordo com os fins do Estado constitucionalmente definidos, em especial os que asseguram direitos e garantias fundamentais.

¹⁰ No original: “[...] el derecho administrativo está concebido para posibilitar y asegurar que la administración pública logre de manera concreta los objetivos que le han sido fijados, satisfaciendo las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran, alcanzando el bienestar general que es sustento de nuestras libertades y derechos, oponiendo vallas eficaces a un intervencionismo estatal que si se reconoce necesario, solo resulta admisible cuando concurre al logro de ese bienestar general”.

2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tecidas as considerações sobre a noção de interesse público nos paradigmas estatais, compete analisar especificamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, interpretando-o à luz da teoria constitucional e das características definidoras do Estado Democrático de Direito.

Vale destacar que se trata de um grande desafio examinar o mais relevante alicerce do direito administrativo que é o princípio da supremacia do interesse público, não a partir do poder de império¹¹ que sempre gozou a Administração Pública, mas pela importância de sua atuação voltada, num contexto de Estado Democrático de Direito, para a análise de sua legitimidade fincada na satisfação do interesse público, uma vez que, segundo Héctor Jorge Escola, o direito administrativo é o direito do interesse público (1989, p. 13).

Como já analisado, o Estado moderno é instituído num ambiente de afirmação de valores individualistas que influenciaram tanto o espaço privado como também o espaço público. Contemporaneamente, por ocasião da mudança paradigmática do Estado, à satisfação de interesses coletivos, desenvolve-se a noção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O direito administrativo, enquanto disciplina jurídica autônoma, é possuidor de regras e princípios próprios e sistematizados que lhe dão identidade e o diferencia dos demais ramos do Direito. Nesse sentido, há princípios que são específicos desse

¹¹ Poder de império compreende a atuação administrativa pautada no exercício de prerrogativas de autoridade. Trata-se de tradicional classificação do ato administrativo, em relação à posição jurídica da Administração, sendo conceituado por Hely Lopes Meirelles como “atos de império ou de autoridade são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. É o que ocorre nas desapropriações, nas interdições de atividade, nas ordens estatutárias. Tais atos podem ser gerais ou individuais, internos ou externos, mas sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. São, normalmente, atos revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu. Essa conceituação não se revive a vetusta e abandonada teoria da dupla personalidade do Estado ora através como pessoa pública, expedido atos de império, ora agiria como pessoa privada, praticando atos de gestão” (MEIRELLES, 2000, p. 155-156).

ramo do conhecimento, dentre eles o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹² (2009), fundamenta o regime jurídico administrativo¹³. Para o administrativista brasileiro, **“todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração”** (MELLO, 2009, p. 56, grifo nosso).

Portanto, a noção tradicional do interesse público influencia a identificação dos principais postulados do regime jurídico administrativo que são o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é responsável por conferir legitimidade à posição de superioridade da Administração Pública e, para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 70), produz as seguintes consequências: (i) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e (ii) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

Conforme observado no capítulo anterior, a satisfação do interesse público foi, aos poucos, se transformando na principal categoria do direito administrativo e objeto desse ramo do conhecimento.

¹² O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello ainda inclui o princípio da indisponibilidade do interesse público que compreende os interesses qualificados como próprios da coletividade e impostos ao setor público que “[...] não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, não sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*” (MELLO, 2009, p. 73-74).

¹³ Explica a Prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime jurídico administrativo** é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa” (2009, p. 60, grifo do autor).

O surgimento do direito administrativo está intimamente ligado com o desenvolvimento da noção de interesse público, tendo nos autores contratualistas, principalmente em Rousseau, a disseminação do imaginário de uma atuação estatal concretizadora dos interesses coletivos em prol de um bem comum. O ideário construído em torno do interesse público se transformou na base da sociedade política moderna e vetor da atividade administrativa. Nesse passo, o interesse público tornou-se a razão de ser e real fundamento do direito administrativo, nos termos do que leciona Héctor Jorge Escola (1989, p. 13).

Todavia, sabe-se que esse ramo do direito surgiu por conta de uma necessária vinculação do administrador público às regras estabelecidas na lei e não propriamente como o ente responsável pela efetivação das garantias e interesses dos administrados.

Assim, com o desenvolvimento da própria sociedade, esta cada vez mais passou a influenciar a atuação do Estado e impondo uma atuação estatal voltada para a satisfação de seus interesses. Maria Tereza Fonseca Dias, ao analisar a mudança da função do Estado desde a modernidade até a contemporaneidade, influenciada pelos movimentos denominados de pós-modernidade¹⁴, demonstra que

[...] **o Estado** perde seu privilégio de transcendência quando **passa a necessitar do auxílio da sociedade na realização de suas funções**, e a norma jurídica, dependendo do crivo da legitimidade, não pode mais ser definida como “expressão da vontade geral”, visto que a lei é formulada

¹⁴ Refere-se ao contexto atual denominado de pós-modernidade. Trata-se da condição do capitalismo contemporâneo que produz influências em toda atuação humana. François de Lyotard foi um dos pioneiros na identificação desse movimento na obra “A condição pós-moderna” (1979), caracterizada pelo fim das grandes metanarrativas, ou seja, o descrédito dos grandes esquemas explicativos do saber e da política. Dominam, neste cenário, os *experts*, o saber científico se reduz a tal ponto de ficar restrito a especialistas.

Vários autores atualmente debruçam suas análises para compreensão dos efeitos desse movimento, em que destacamos Zygmunt Bauman, que nomeia de “modernidade líquida”, esse processo de elevação do indivíduo enquanto consumidor, descrença dos valores “sólidos”, velocidade diante da revolução tecnológica que impõe um ritmo esquizofrênico à vida, a exclusão dos elementos “impuros” da sociedade entre eles a segregação racial, e, acima de tudo, **a pós-modernidade “... vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregulamentar e privatizar.** (...) A busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas; a busca da pureza pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes”. BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26, grifo nosso.

segundo um conjunto de relações políticas e sociais contingentes (DIAS, 2003, p. 34, grifo nosso).

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito obtém a legitimidade de suas atuações quando estas estiverem diretamente ligadas aos interesses da sociedade e em caso de conflito entre interesse privado e interesse público, este último deve ser implementado pelo ente estatal.

De uma atuação fincada na proteção dos interesses individuais para atuação uma dedicada à satisfação dos interesses da coletividade, tal mudança paradigmática influenciou no desenvolvimento dos pressupostos jurídicos que integram o regime jurídico administrativo, pautado em prerrogativas e sujeições.

Decorre do ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009) que as prerrogativas¹⁵ e as sujeições¹⁶ existentes no regime jurídico administrativo são por conta de um antagonismo típico dessa disciplina jurídica: a tutela da liberdade dos indivíduos e o exercício da autoridade pela Administração, necessitando, para cada qual, de um trato diferenciado, vez que

Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégio que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.

[...]

Ao mesmo tempo que as **prerrogativas** colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração (DI PIETRO, 2009, p. 61-62, grifo do autor).

¹⁵ Como prerrogativas é possível exemplificar com a possibilidade de impor desapropriações; instituir servidões administrativas; a imposição de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos como as que permitem a alteração ou rescisão unilateral do contrato; privilégios tributários como as imunidades tributárias entre entes federados previstas no artigo 150, da CRFB, privilégios processuais como os prazos dilatados previstos no artigo 188 do Código de Processo Civil; prevenir, fiscalizar e punir no exercício do poder de polícia.

¹⁶ As restrições podem ser exemplificadas a partir da obrigatoriedade de observância aos princípios elencados no *caput* do artigo 37, da CRFB como a legalidade; a impessoalidade - que obriga a existência das licitações e dos concursos públicos para a escolha de servidores públicos; a moralidade; a publicidade - pela necessária divulgação dos atos administrativos; e a eficiência que impõe uma análise do custo e do benefício de toda atuação estatal.

Portanto, o direito administrativo se alicerça sobre duas ideias aparentemente antagônicas que é a proteção dos direitos individuais frente às forças do Estado e a necessária satisfação dos interesses públicos. Daí as sujeições, acima de tudo ao princípio da legalidade, e os privilégios e prerrogativas que conferem legitimidade à posição de supremacia que detém o Estado.

A supremacia jurídica que a Administração Pública possui decorre do Estado ser o agente responsável pela satisfação das necessidades concretas e específicas da coletividade. Assim, o interesse público se coloca como legitimador da atuação estatal, pois as atividades administrativas devem ocorrer em prol da satisfação dos interesses da coletividade e, para tanto, o sistema jurídico assegura uma diferenciação do ente público em relação ao particular como forma de garantir a implementação das medidas administrativas necessárias para a efetivação dos interesses da coletividade. Sobre essa mudança no perfil do direito administrativo, sintetizou Alexandre Santos de Aragão

De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (“administrado”), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais (ARAGÃO, 2005, p. 04).

Nesse sentido, é que o princípio “[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2009, p. 69). Não há que se falar em conflitos entre a atuação estatal e a supremacia do interesse público, pois tais situações, já tratadas de forma antagônica, passam a ter um mesmo significado.

Decorre do princípio da supremacia a posição de autoridade da Administração Pública, uma vez que a lei a torna responsável pela efetivação de diversos interesses públicos. “[...] Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente, aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto” (MELLO, 2009, p. 70). Decorre, portanto, do aludido princípio a verticalidade das relações existentes

entre o público e o privado, importando, sempre, no desequilíbrio natural em favor do ente estatal.

A problemática aparece quando a autoridade administrativa é exercida de forma a efetivar as “razões de Estado”, ou seja, quando a função administrativa é realizada para a satisfação de interesses privados dos detentores do poder que acaba por gerar o exercício reiterado de autoritarismo por parte do Estado, distante dos preceitos do Estado Democrático de Direito e da nova disposição constitucional que impõe a observância e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

O interesse público acaba por aglutinar qualquer atuação estatal, vez que basta sua alegação para que seja aparentemente suprimida qualquer possibilidade de crítica, permitindo, via de consequência, que o administrador aja sem qualquer tipo de comprovação da efetiva vinculação da atuação estatal com os reais interesses públicos, acrescido ao fato de que o exercício de práticas democráticas não fazem parte da rotina administrativa brasileira.

Diante desse cenário, no Brasil, um grupo de juristas¹⁷ implementou, através da obra *“Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”* (2005), severas críticas ao princípio da supremacia do interesse público, tendo como base a concepção moderna da teoria constitucional e uso indevido e ultrapassado do aludido princípio no país, voltado muito mais para práticas de autoritarismo do que propriamente satisfação de interesses coletivos, assegurando uma atuação estatal voltada para a defesa da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁷ Luís Roberto Barroso autor do texto *“O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público”*; Daniel Sarmento autor do texto *“Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”*; Alexandre Santos Aragão autor do artigo intitulado *“A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo”*; Gustavo Binenbojm autor do artigo intitulado *“Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”*; Humberto Ávila autor de *“Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, e, finalmente, Paulo Ricardo Schier autor do texto *“Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais”*. Todos esses textos estão reunidos na obra: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Tais críticas fizeram com que teóricos do direito administrativo partissem em defesa do princípio em tela, dentre eles destaca-se Alice Gonzales Borges que assim se manifestou

Se a Administração Pública, no exercício de suas funções, não pudesse usar, por exemplo, de certas prerrogativas de potestade pública, tais como a *imperatividade*, a *exigibilidade* e a *presunção de legitimidade dos seus atos*, nem, em circunstâncias especiais perfeitamente delineadas pela lei, a *auto-executoriedade* de certas medidas urgentes, então teríamos verdadeiro caos. Ficariamos com uma sociedade anárquica e desorganizada, e os cidadãos ver-se-iam privados de um de seus bens mais preciosos, que é o mínimo de *segurança jurídica* indispensável para a vida em sociedade.

[...]

É preciso não confundir a *supremacia do interesse público* – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é o princípio: é, antes, de sua aplicação prática (BORGES, 2006, p. 30-31, grifo do autor).

Fábio Medina Osório (2000, p. 69-107), também em defesa, tanto reconhece a existência do princípio da supremacia do interesse público como o entende como princípio implícito na ordem constitucional brasileira, já que a Constituição é repleta de situações que impõe a superioridade do Estado com vistas a atingir seu fim teleológico que é a satisfação do interesse público. Nesse sentido, assim se manifesta

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, com direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. **Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado** (OSÓRIO, 2000, p. 86-87, grifo nosso).

Vale lembrar, a título meramente exemplificativo, algumas normas constitucionais onde o interesse público se apresenta em grau de desigualdade em relação ao interesse particular, como a função social da propriedade privada, assegurada no inciso XXIII do artigo 5º, e, para efetivar tal função social, a Constituição dispõe sobre os institutos da requisição da propriedade em caso de eminente perigo (artigo

5º, inciso XXV, CRFB), a desapropriação ordinária por interesse social ou necessidade e utilidade pública (artigo 5º, inciso XXIV, CRFB), desapropriação de forma sancionatória em caso de descumprimento da função social da propriedade urbana (artigo 182, § 4º, III, CRFB) e da propriedade rural, sendo esta última destinada a implantação de políticas de reforma agrária (artigo 184, CRFB); bem como o confisco da propriedade privada, caso seja utilizada para cultivo de culturas ilegais de plantas psicotrópicas (artigo 243, CRFB).

2.1 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

A teoria administrativa brasileira, por influência do direito italiano, classifica o interesse público em primário e secundário. Tais noções decorrem primordialmente dos ensinamentos do publicista italiano Renato Alessi quando da análise da supremacia jurídica que goza a Administração Pública e seus limites (ALESSI, 1953, p. 147-182).

Considerando que a Administração Pública representa o agente estatal responsável pela satisfação das necessidades concretas e específicas da coletividade, para Alessi essa função caracteriza a posição jurídica de desigualdade e as peculiaridades que distinguem a Administração em relação ao indivíduo.

A primeira particularidade apontada por Alessi refere-se ao poder de império que dispõe a Administração Pública, essencial para a posição jurídica do Estado em relação ao particular, de forma a fazer prevalecer coercitivamente a vontade da Administração em detrimento do interesse particular.

Para que o poder de império seja exercido nos termos do Estado de Direito, Alessi adverte que o poder ilimitado pode gerar arbítrio e opressão por parte do governante, daí a importância da divisão dos poderes. Dessa forma, Alessi ressalta os limites para a supremacia administrativa elencando, em primeiro lugar, a importância que uma norma jurídica possui ao legitimar o comando administrativo a fim de oferecer “[...] uma certa garantia de tutela dos indivíduos contra a

possibilidade de arbítrio e opressão por parte dos governantes”¹⁸ (ALESSI, 1953, p. 151, tradução nossa) evitando que estes façam uso do poder de forma diversa daquela que impõe a satisfação do interesse público.

Estas considerações mostram claramente o primeiro limite que atenda a supremacia da administração e do seu poder para impor sua vontade coercitivamente, limite que, salvo em casos excepcionais em que a própria administração expressamente confere o poder de promulgar comandos primários (normas jurídicas) e comandos subsidiários (decisões jurisdicionais), pode ser sintetizado pela natureza necessariamente complementar do comando administrativo: deve ser simplesmente a aplicação concreta de um comando contido em uma norma abstrata antecedente¹⁹ (ALESSI, 1953, p. 150, tradução nossa).

Outra peculiaridade é o exercício de função administrativa que compreende o encargo de concretizar e realizar os interesses públicos, e estes não são simplesmente os interesses da Administração enquanto pessoa jurídica. Nesse sentido, Renato Alessi identifica interesses primários e secundários do Estado.

Os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos de indivíduos inseridos num dado contexto social. Os interesses secundários decorrem de toda manifestação de vontade do Estado enquanto pessoa jurídica, “[...] interesse, portanto, subjetivo, em quanto próprio do sujeito, e também, em sentido lato, patrimonial”²⁰ (ALESSI, 1953, p. 152, tradução nossa).

Todavia, como bem ressalta o jurista italiano, outro limitador da supremacia administrativa deriva do entendimento de que os interesses secundários são apenas legítimos se forem coincidentes com os interesses primários e, assim, se colocam

¹⁸ No original: “[...] *una certa garanzia di tutela dei singoli contro la possibilità di arbitrî ed oppressione da parte dei governanti*”.

¹⁹ No original: “*Da queste considerazioni emerge chiaramente il primo limite che incontra la supremazia dell'amministrazione e la sua potestà di imporre coattivamente la sua volontà, limite che [a parte i casi eccezionali in cui all'amministrazione stessa si espressamente conferita la potestà di emanare comandi primari (norme giuridiche) e comandi sussidiari (decisioni giurisdizionali)] può essere sintetizzato nela natura necessariamente complementare del comando amministrativo: esso deve essere semplicemente attuazione concreta di un comando astratto contenuto in una norma antecedente*”.

²⁰ No original: “[...] *interessi, pertanto, soggettivi, in quanto propri del singolo soggetto, od anche, in senso assai lato, patrimoniali*”.

como garantia “[...] de que a ação administrativa seja efetivamente direta na realização do interesse público”²¹ (ALESSI, 1953, p. 153, tradução nossa).

Tal diferenciação também é analisada por Luís Roberto Barroso que apresenta relevante síntese

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário que seja parte da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (BARROSO, 2005, XIII).

Barroso ainda ressalta que tanto o interesse público primário como secundário são importantes, posto que o primeiro se presta a efetivar os direitos de natureza individual ou coletiva, mas reconhecidos socialmente como públicos; ao passo que o interesse secundário torna-se relevante na medida em que impõe ao administrador público um controle financeiro imprescindível para a efetivação de interesses públicos primários. “[...] Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam” (BARROSO, 2005, p. XIV). Todavia, o inviável é o sacrifício do interesse primário em prol de alcançar a satisfação do interesse patrimonial do Estado.

O interesse público primário desfrutará de supremacia numa perspectiva de um Estado alicerçado em parâmetros democráticos e constitucionais, não sendo possível o exercício da ponderação ao efetivar tal interesse, pois “[...] o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover” (BARROSO, 2005, p. XVI).

Já o interesse secundário nunca desfrutará de supremacia *a priori* e abstrato em relação ao interesse privado e caso haja conflito, este deve ser solucionado pela

²¹ No original: “[...] che l’azione amministrativa sia diretta effettivamente alla realizzazione dell’interesse pubblico”.

aplicação da ponderação “[...] à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto” (BARROSO, 2005, p. XV).

À luz do Estado Democrático de Direito marcado pela centralidade da Constituição e da vinculação das normas constitucionais por todos os Poderes, entende-se que o princípio da supremacia do interesse público não é o fundamento do regime jurídico administrativo. A supremacia decorre da estrutura jurídica hierarquizada, constitucionalmente disposta, e que vincula a Administração Pública e não propriamente um axioma do direito administrativo, vetor de interpretação dos institutos jurídicos administrativos.

Sobre a posição de supremacia das normas constitucionais que vincula a estruturação o regime jurídico administrativo, Marçal Justen Filho esclarece que

A estruturação do regime de direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delineia os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo. Ainda que o conteúdo concreto do regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas, pode-se afirmar que sua identidade é determinada pela Constituição (JUSTEN FILHO, 2009, p. 54).

Portanto, não se trata de supremacia do interesse público e sim supremacia das normas constitucionais, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, a estrutura nuclear do regime jurídico administrativo não reside no interesse público, mas na satisfação dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, manifesta-se Marçal Justen Filho

[...] Quando se invoca o “interesse público” somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade pode ser atribuída ao Estado precisamente pela inviabilidade de sua realização pelos sujeitos privados, de modo individual (JUSTEN FILHO, 2009, p. 67).

Ademais, entende-se que o posicionamento doutrinário, fortemente influenciado pela teoria administrativa italiana, que considera o interesse público em primário e secundário ensejou, no Brasil, grande desvirtuação da incidência do princípio da supremacia do interesse público, pois se trata, na verdade, da supremacia da satisfação dos direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente determinados, de observância obrigatória por parte do Estado.

Defende-se que o interesse público secundário compreende uma construção inadequada, vez que se refere ao controle do erário, das finanças públicas, do Estado enquanto ente dotado de interesses patrimoniais. O interesse secundário decorre do múnus de administrar, ou seja, gerir finanças e recursos públicos, manter a equilíbrio das contas públicas compreendem encargos típicos de quem administra, seja no âmbito público ou privado.

Marçal Justen Filho também discorda do posicionamento doutrinário que entende o interesse secundário como interesse público. Para o jurista

[...] **O chamado “interesse secundário” (ALESSI) ou “interesse da Administração Pública” não é público.** Ousa-se afirmar que nem ao menos são “interesses”, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conclusão não é admissível para **o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral** (JUSTEN FILHO, 2009, p. 61, grifo nosso).

Além da acepção jurídica, cabe ressaltar que a formação social e política do Brasil, marcado sobremaneira por práticas coronelísticas²² e clientelistas²³, do trato da coisa pública como propriedade privada do governante, ainda tão presente no exercício da atividade política, a defesa realizada pela teoria administrativa que considera o interesse secundário como interesse público é algo que, se utilizado de forma incoerente com os ditames constitucionais e éticos que vinculam a

²² Sobre a tradição política brasileira, pode-se “[...] definir o coronelismo como umas instituições imaginárias centrais da sociedade brasileira. Foi a instituição imaginária que permitiu durante longo tempo a existência histórica dos mais diversos personagens políticos, dotando-os de significação. A sobrevivência do coronelismo até hoje é devida à profunda impregnação das práticas sócio-políticas brasileiras pelo imaginário do coronel. [...] Os coronéis são, de fato, criadores de códigos de comportamento social bem brasileiros, numa sociedade fechada à cidadania e centrada nas grandes famílias oligárquicas”. GUALBERTO, João. **A invenção do coronel: ensaio sobre as raízes do imaginário político brasileiro**. Vitória: SPDC/UFES, 1995. p. 15.

²³ O clientelismo consolidou-se no Brasil na primeira fase do período republicano, entre 1889 a 1930, período dominado pela alternância política entre latifundiários de São Paulo e Minas Gerais (República do Café com Leite), que ascendiam ao poder através da utilização do forte controle político que exerciam sobre a população, apoderando-se da utilização de meios que sufocavam o exercício democrático, com a manipulação do processo eleitoral e a utilização do voto de cabresto, dando continuidade ao *status quo* desenvolvido desde o período colonial, mantendo, dessa forma, o poder e controle político, econômico e social. Nesse contexto, têm-se clientes, além de cidadãos. Sobre o assunto, conferir: LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

Administração Pública, entende-se que importará no exercício de autoritarismo, com auxílio e justificativa doutrinária.

Cabe aqui, portanto, a defesa da supremacia dos direitos e garantias fundamentais que subordina a atividade administrativa no contexto do Estado Democrático de Direito.

2.2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.2.1 A teoria dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais compreendem o cerne do atual constitucionalismo e consagram o reconhecimento dos direitos inalienáveis dos indivíduos. O Título II da CRFB dispõe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e ao longo de todo o texto constitucional são encontrados diversos dispositivos que asseguram a proteção dos direitos essenciais a toda pessoa humana, mesmo abrangendo um amplo e diferenciado rol de direitos como os sociais e os políticos, os individuais e os coletivos, de liberdade e de igualdade.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins definem os direitos fundamentais como

[...] os direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 54).

Desse conceito, verifica-se a forte ligação entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, haja vista que somente em um Estado organizado sob a supremacia da lei, é possível a positivação dos direitos individuais, estes, limitadores do exercício do poder estatal.

Para J.J. Gomes Canotilho, os direitos fundamentais referem-se aos direitos jurídicos positivados numa ordem constitucional, vez que

[...] o local exacto desta positivação jurídica é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os <direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). (CANOTILHO, 2002, p. 377, grifo do autor).

Os direitos positivados e incorporados ao texto constitucional passam a receber tratamento de direitos fundamentais e, a partir daí, obtém a necessária proteção por meio dos instrumentos jurídicos do direito constitucional, como por exemplo o controle de constitucionalidade.

Na medida em que ocorre a mudança paradigmática do Estado, como visto no capítulo anterior, os direitos fundamentais deixam de possuir apenas a visão de defesa da liberdade individual e, por isso, limitador do poder estatal, para assegurado de direitos sociais.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins asseveram que a principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos “[...] uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado” (2007, p. 63).

Para Antonio E. Perez Luño paulatinamente “[...] os direitos fundamentais deixam de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para definir um conjunto de valores ou fins diretos da atuação positiva dos poderes públicos”²⁴ (2004, p. 21, tradução nossa).

²⁴ No original: “[...] los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.”

Além disso, para o citado autor, sob a égide do atual constitucionalismo, os direitos fundamentais exercem duas funções:

[...] no plano *subjetivo* seguem atuando como garantias da liberdade individual, se bem que este papel básico se coaduna, hoje, com a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que o *objetivo* foi assumido numa dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionar para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados (PERES LUÑO, 2004, p. 25, tradução nossa, grifo do autor)²⁵.

A respeito do tema, Ingo W. Sarlet (2008, p. 86-89) ressalta que em relação à noção de direitos fundamentais está intrínseca a característica da fundamentalidade, nos termos da lição de Robert Alexy, recepcionada pela doutrina de J.J. Gomes Canotilho, no que tange proteção desses direitos num aspecto formal e num aspecto material.

Toma-se como premissa para este trabalho dissertativo o aspecto formal dos direitos fundamentais, referentes aos seguintes aspectos: (a) como parte da Constituição, os direitos fundamentais encontram-se no topo do ordenamento jurídico; (b) como normas constitucionais, são submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional; (c) são normas de aplicação imediata e que vinculam diretamente entidades públicas e privadas, por força do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Para Robert Alexy, os direitos fundamentais são considerados como o núcleo de todo o constitucionalismo moderno e os direitos do homem e os direitos fundamentais possuem uma estreita relação. Os direitos do homem possuem como características os seguintes aspectos: são (i) universais, (ii) fundamentais, (iii) preferenciais, (iv) abstratos e (v) morais. Já os direitos fundamentais, por outro lado, são os direitos que foram acolhidos em uma Constituição com o intuito de positivizar os direitos do homem. A positivação não anula os direitos do homem, mas confere validade jurídica a eles (2008, p. 10).

²⁵ No original: “[...] en el plano *subjetivo* siguen actuando como garantias de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivo de la subjetividad, mientras que en el *objetivo* han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

A positivação jurídica dos direitos do homem na Constituição “[...] significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo”, leciona J. J. Gomes Canotilho, e sem essa positivação “[...] os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política” (2002, p. 377).

Decorre daí que os direitos fundamentais são vinculativos, pois uma vez positivados no corpo constitucional, impõem a observância obrigatória por todos os Poderes, Legislativo, Judiciário e Executivo, em razão da superioridade que as normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais possuem em nosso ordenamento jurídico.

Especificamente no artigo 5º, § 1º, da CRFB, assegura que todos os direitos e garantias fundamentais – e aí se incluem os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, independente da localização de tais direitos ao longo do texto constitucional brasileiro – possuem aplicação imediata. Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais são imediatamente vinculantes a todos os poderes estatais legalmente constituídos. Todas as normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata (SARLET, 2008, p. 384-404).

Nesse sentido, os direitos e garantias fundamentais vinculam aos Poderes do Estado, cada um dentro do exercício de suas funções típicas e atípicas, bem como particulares. Para fins desta pesquisa, relevante é a vinculação que a Administração Pública deve possuir em relação ao fomento e aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, que exercem força vinculante sobre toda a atividade administrativa.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em relação ao aspecto funcional, considerando as diversas funções que possuem. Dimoulis e Martins (2007, p. 63-68), com fundamento na tradicional teoria de Georg Jellinek e na contemporânea de Robert Alexy, as relações entre o Estado e os indivíduos são marcados pelos direitos negativos (ou de resistência), pelos direitos sociais e pelos direitos políticos.

Ingo W. Sarlet (2008, p. 184-185) classifica os direitos fundamentais quanto as suas funções em dois grupos: (a) os direitos de defesa do cidadão contra o Estado e para efetivá-lo o ente estatal deve exercer ações negativas ou de abstenções; e (b) direitos a prestações que se subdivide, em direitos a prestações em sentido amplo e em sentido restrito.

Os direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção estatal refere-se aos direitos que permitem aos indivíduos a resistência diante de uma possível atuação estatal, preservando a esfera de liberdade constitucionalmente assegurada. “A essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado de *deixa de fazer algo*” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 65, grifo dos autores). Com esses direitos, visa-se inibir qualquer intervenção arbitrária na esfera individual por parte do Estado.

Os direitos de *status positivus* ou sociais ou a prestações são todos os direitos que propiciam na melhoria das condições de vida, necessários para o exercício e materialização da liberdade e da igualdade, através de ações concretas e materiais por parte do Estado. Sobre o tema, ensina Dimoulis e Martins que “[...] o termo “direitos sociais” se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social” (2007, p. 67).

Há que se ressaltar também que as prestações estatais que efetivam direitos sociais podem apresentar-se de duas espécies. A primeira refere-se às prestações materiais e “[...] que podem consistir no oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado (alimentação, educação, saúde etc.) ou no oferecimento universal de serviços monopolizados pelo Estado (segurança pública)” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 67). A segunda, por sua vez, compreende prestações de natureza normativa “[...] que consistem na criação de normas jurídicas que tutelam interesses individuais” (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 67).

Os direitos de *status activus* ou políticos ou de participação que compreendem as formas de participação do indivíduo na esfera política e, segundo Dimoulis e Martins,

“[...] os direitos mais característicos são o direito a escolher os representantes políticos (sufrágio) e de participar diretamente na formação da vontade política (referendo, participação em partidos políticos” (2007, p. 68), portanto esses direitos são intrínsecos ao regime democrático. Como forma de efetivá-los o poder público deve ampliar os meios de participação da coletividade como orçamentos participativos, leis de iniciativa popular e consultas populares.

Tecidas tais considerações, resta evidente que seja qual for a função dos direitos e garantias fundamentais, em razão da posição jurídica que ocupam, exercerão força vinculante sobre toda atuação estatal, exercida por todos os Poderes do Estado. Para fins desse trabalho, resta-nos delimitar a atuação da Administração Pública que, de forma típica, é exercida pelo Poder Executivo.

2.2.2 O princípio da supremacia do interesse público, direitos fundamentais e Estado Democrático de Direito

Como visto, o vigente sistema constitucional, cujo núcleo é a defesa dos direitos e garantias fundamentais, vincula todos os Poderes estatais e está no centro de todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, a função precípua do Estado compreende o exercício de atividades voltadas para a satisfação dos direitos e garantias fundamentais²⁶.

A Constituição apenas é devidamente compreendida se interpretada e efetivada a partir dos direitos fundamentais, pois esses “[...] é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder” (SCHIER, 2005, p. 222). Assim, o catálogo de direitos e garantias fundamentais é que protege o direito dos indivíduos frente às razões de Estado, que

²⁶ O fomento de políticas públicas é uma das formas de se aglutinar diversas atividades administrativas a serem desenvolvidas pelo Estado, com vistas a efetivação dos chamados direitos fundamentais sociais. Portanto, as políticas públicas são os meios pelos quais os direitos sociais constitucionalmente assegurados, podem ser concretizados de forma planejada e sistemática. Sobre o tema, vale destaque a dissertação de mestrado elaborado por Thiago Lima Breus, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito pela Universidade Federal do Paraná, intitulado “Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública brasileira contemporânea”.

por algumas vezes, levando em consideração o contexto político brasileiro, são permeadas por atos de autoritarismo, em detrimento da satisfação dos interesses públicos.

O princípio da supremacia do interesse público adentra ao ordenamento jurídico brasileiro nesse espírito de imposição de uma superioridade *a priori* não para fins de realização das razões de Estado, mas para o exercício de uma desigualdade frente aos interesses privados, apenas para a imposição e satisfação dos direitos e garantias fundamentais, inseridos na atual ordem constitucional, como legítimos interesses públicos. “[...] O Estado legitima-se e justifica-se a partir dos direitos fundamentais e não estes a partir daquele. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos direitos fundamentais” (SCHIER, 2005, p. 223).

Nesse sentido, o interesse coletivo que requer tratamento desigual por parte do poder público é o interesse que efetiva os direitos fundamentais. Para tanto, a própria Constituição assegura patamar de desigualdade para o ente estatal efetivar a satisfação do interesse público.

[...] Assim, os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como “concessões” estatais e nem tampouco podem ser vistos como um “resto” de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais “nobres”, quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica (SCHIER, 2005, p. 228).

Considerando que diversos interesses privados também adentram ao amplo rol de direitos fundamentais, em caso de conflito entre o interesse público e o privado, a Administração Pública deve, apenas, se sobrepor ao interesse privado se houver a satisfação do interesse público primário e, como visto, é aquele direcionado para a real satisfação dos interesses da coletividade, pois a partir de uma interpretação da Constituição de forma sistêmica, “[...] interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. [...] Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar de hierarquia” (SCHIER, 2005, p. 233), já que nem os interesses públicos são superiores aos privados, tampouco os privados são superiores aos públicos.

Todavia, parte-se da premissa que a satisfação do interesse público secundário não efetiva diretamente direitos fundamentais e, nesse caso, a Administração Pública não está constitucionalmente autorizada a exercer o tratamento pautado na desigualdade para fins de efetivar interesses patrimoniais do Estado. Em caso de conflito entre o interesse privado e público secundário, deve prevalecer o interesse do primeiro, sob pena de violação ao núcleo essencial da Constituição.

Nesse diapasão, a Administração Pública detém inúmeras funções impostas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, todas convergentes para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, considerados para efeito deste trabalho, como legítimos interesses públicos.

Todavia, perfilha-se o entendimento exarado por Daniel Sarmento que defende a existência de uma “[...] absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira” (SARMENTO, 2005, p. 27), em razão dos riscos que os direitos fundamentais sofrem pela posição de autoridade do Poder Público. Ressalta que num contexto de Estado Democrático de Direito, a existência dos poderes públicos decorrem do encargo que possuem na tutela e efetivação dos direitos humanos, uma vez que

[...] a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2005, p. 27).

Além disso, Sarmento adverte sobre a indeterminação do conceito de interesse público aliado ao fato da fragmentação política vivenciada na contemporaneidade. Nesse contexto, explica o autor “[...] o interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais [...]” (SARMENTO, 2005, p. 25).

Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que a estrutura do conceito de interesse público pressupõe a positivação dos múltiplos interesses na Constituição, vez que

[...] Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. [...] Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.

Sobre a temática, leciona Gustavo Binbenojm no sentido de que atualmente erige-se “[...] a idéia de *constitucionalização do direito administrativo* [...], pela adoção dos *sistemas de direitos fundamentais e de democracia*, tal como instituídos na Constituição, [...] a pautar a atuação da Administração Pública” (2005, p. 127, grifo do autor).

Nesse sentido, o direito administrativo está vinculado aos preceitos estatuídos constitucionalmente que impõe a observância, por excelência, do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir desse novo contexto, Gustavo Binbenojm sugere que

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos fundamentais e outros valores e interesses *metaindividuais* constitucionalmente assegurados;
- (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação e à eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública (BINENBOJM, 2005, p. 128-129).

À luz do Estado Democrático de Direito, o direito administrativo fixa suas estruturas teóricas no respeito aos preceitos constitucionais, sendo que o Estado, enquanto administrador da *res publica*, deve impor a promoção e efetivação dos direitos individuais e coletivos. A partir desse novo paradigma, a Constituição apresenta-se como verdadeiro condicionante da atuação estatal, uma vez que as escolhas não mais se fundamentam na autoridade e supremacia do Estado, mas em mecanismos que visam à efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Diante desse cenário, considerando a nova sistemática constitucional comprometida “[...] com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo” (BINENBOJM, 2005, p. 129), resta evidente a inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público, uma vez que o direito administrativo não deve mais ser explicado e aplicado com base na supremacia *a priori* que Estado detém, mas a partir do postulado da satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

2.2.3 A ponderação e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

2.2.3.1 A técnica da ponderação em Robert Alexy

A ponderação foi proposta por Robert Alexy sendo considerada como referência nos estudos da Filosofia do Direito, Teoria da Constituição e como um método para a aplicação prática do direito, vez que o sistema de regras muitas vezes não confere ao aplicador da norma caminhos para a solução do caso concreto. Em alguns casos, para que seja implementada a melhor decisão, será necessário interpretar e ponderar pela aplicação de princípios que, em determinado caso concreto, poderão estar em conflito.

Para Alexy, as normas constitucionais que garantem e asseguram os direitos fundamentais são distinguidas entre dois tipos de normas: as regras e os princípios. Tanto as regras como os princípios devem ser compreendidos como *normas* porque ambos dizem o que *deve ser*. Isto é, ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deônticas básicas de ordem (mandado), de permissão e de proibição.

Os princípios podem ser caracterizados como *mandados ou ordens de otimização* (*Optimierungsgebote*). Nas palavras de Alexy, “[...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, em relação com as

possibilidades jurídicas e fáticas” (2002, p. 13, tradução nossa)²⁷. As regras, por sua vez, são normas que exigem um cumprimento pleno e que podem ou não ser cumpridas. Caso a regra seja válida, é obrigatório fazer exatamente o que ordena, nem mais nem menos, assim, as regras possuem *determinações* no campo do fático e juridicamente possível.

Em síntese, se a norma a ser aplicada exige a maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, estamos diante de um princípio. Todavia, se a norma exige somente uma determinada medida de cumprimento, trata-se de uma regra. Nesse sentido, esclarece Alexy

A base do argumento de princípio forma a distinção entre regras e princípios. Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quanto os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma da aplicação da regra é a da subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. (...) A forma de aplicação para eles típica é, por isso, a ponderação (ALEXY, 2008, p. 37).

Os princípios não possuem um caráter de definitividade e subsunção como as regras, mas ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, levando em consideração possibilidades jurídicas e fáticas postas no caso concreto. Assim, os princípios não são mandatos definitivos, mas apenas um dever *prima facie*. Diferente é o caso das regras. Como exigem que se haja exatamente o que se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar, o que pode conduzir a invalidez da regra; mas se não for o caso, vale definitivamente, cumpre exatamente o seu comando deontico. Por isso, em um primeiro momento é possível deduzir que os princípios possuem um mesmo caráter *prima facie* e as regras um caráter definitivo.

Considerando o caráter *prima facie* dos princípios, estes podem entrar em conflito daí ser necessário identificar os princípios com o "valor", já que "[...] toda colisão entre princípios pode expressar como uma colisão entre valores e vice-versa"

²⁷ No original: “[...] los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, em relación con las posibilidades jurídicas y fáticas”.

(ALEXY, 2002, p. 16, tradução nossa)²⁸. Assim, Alexy propõe uma teoria dos princípios baseadas em três elementos:

(i) um sistema de condições de prioridade: por ocasião de colisão entre princípios, deve-se resolver mediante a aplicação da ponderação no caso concreto, sendo possível, também, estabelecer relações de prioridade com a decisão de outros casos similares. Dessa forma, ao elencar prioridades, permite-se a possibilidade de um procedimento de argumentação jurídica, de forma a eleger o princípio que será aplicado ao caso concreto.

(ii) um sistema de estruturas de ponderação: os princípios, enquanto mandatos de otimização, exigem uma realização a mais completa possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Quanto às possibilidades fáticas leva aos conhecidos princípios de adequação e necessidade. Quanto às possibilidades jurídicas implica numa “lei da ponderação” que pode ser formulada da seguinte forma: quanto mais alto o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

(iii) um sistema de prioridades *prima facie*: estabelecem cargas de argumentação e criam certa ordem no campo de princípios. Assim, não contém uma determinação definitiva e sim uma determinação mais forte dos argumentos em favor de uma prioridade de um princípio que julga em sentido contrário. Com isso, a ordem depende de uma argumentação.

Portanto, em breve síntese, expôs-se a construção teórica de Robert Alexy que possui grande relevância para a afirmação e consolidação de uma cultura jurídica pautada na valoração de elementos negligenciados pelo positivismo jurídico como a importância aos valores e aos princípios constitucionais.

²⁸ No original: “[...] Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”.

2.2.3.2 A ponderação como critério para satisfação do interesse público

Considerando a importância que os direitos fundamentais possuem na ordem jurídica contemporânea marcada pela preponderância das normas constitucionais, diante do conflito entre a satisfação do interesse público em detrimento do interesse privado, a incidência do princípio da supremacia do interesse público não constitui no critério mais acertado para a solução do conflito. Nesse sentido, que alguns teóricos brasileiros propõem a incidência da técnica da ponderação.

À luz da constitucionalização do direito e, via de consequência, da centralidade dos direitos fundamentais sobre todo o sistema normativo que impõe uma reinterpretação dos institutos jurídicos sob a ótica constitucional, nesse sentido é que a aplicação da técnica da ponderação é sugerida como forma de substituição da incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Dentre os teóricos que defende a utilização da técnica da ponderação destaca-se Gustavo Binbenojm. Em artigo científico dedicado ao tema²⁹, demonstra como os tradicionais paradigmas do direito administrativo encontram-se em crise, o que propicia a emergência de um novo modelo teórico que, de fato, sirva para o atendimento das necessidades e expectativas dos administrados

Essa crise também decorre na necessária constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico através da definitiva “[...] adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos [...] a pautar a atuação da Administração Pública” (BINENBOJM, 2005, p. 127).

Os paradigmas tradicionais do direito administrativo compreendem o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; e a intangibilidade do mérito administrativo. Para fins deste trabalho, interessa a discussão sobre o princípio da supremacia do interesse público.

²⁹ Cf. BINENBOJM, 2005, p. 117-169.

Segundo Binenbojm, o direito administrativo não pode ser explicado mais a partir da prerrogativa da supremacia, mas de proporcionalidade que propicie uma atuação administrativa “[...] comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo” (BINENBOJM, 2005, p. 129).

Considerando a centralidade do sistema de direitos fundamentais aliado à impossibilidade de se definir *a priori* o interesse público que exija tratamento diferenciado, “[...] impõe ao legislador e à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização” (BINENBOJM, 2005, p. 149, grifo do autor).

Se a própria Constituição ou a norma infraconstitucional não esgotar as possibilidades de ponderação de interesses públicos e privados, nesse caso caberá à Administração Pública efetuar a ponderação dos interesses envolvidos, objetivando a otimização da atuação estatal. Assim, o

[...] raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional (BINENBOJM, 2005, p. 150).

O resultado do “raciocínio ponderativo” leva ao melhor interesse público, ou seja, “[...] o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública” (BINENBOJM, 2005, p. 151). Sendo que a ponderação só é alcançada a partir da incidência do princípio da proporcionalidade, em seus três aspectos: a análise da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁰.

³⁰ Em relação ao princípio da proporcionalidade, Robert Alexy o conceitua nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. [...] O balanceamento sujeita-se a um terceiro sub-princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio expressa o que significa a otimização relativa às possibilidades jurídicas (legal). (ALEXY, 2003, p. 135-136).

Nesse sentido, considerando que diante da existência de interesses conflitantes, públicos e privados, Gustavo Binbenojm defende que

[...] o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

[...]

A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. (BINENBOJM, 2005, p. 167, grifo do autor).

Dessa forma, para o aludido autor, a ponderação de interesses se apresenta como o melhor instrumento de resolução de conflitos de interesses públicos e privados, por levar em consideração os interesses individuais e coletivos, tomando por parâmetro situações concretas, sem que haja a supremacia *a priori* de qualquer das partes do conflito.

Daniel Sarmento³¹ analisa o conflito entre a satisfação de interesses públicos e direitos fundamentais e manifesta-se, de plano, que o princípio da supremacia do interesse público não constitui no critério mais acertado para a resolução do conflito. Para tanto, propõe uma solução não por meio da dogmática do direito público, mas através da teoria dos direitos fundamentais, já que

Na verdade, o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais. O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservação passa a depender de valorações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso (SARMENTO, 2005, p. 89).

Assim, em razão da vigente ordem constitucional, a restrição a direitos fundamentais não se justifica com soluções simplistas como a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

³¹ Cf. SARMENTO, 2005, p. 23-116.

Nesse sentido, Daniel Sarmento defende a ponderação que deverá ser efetivada pela Administração Pública levando em consideração que cada restrição a interesse em jogo será justificada na medida em que “[...] (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico” (2003, p. 96), ou seja, a partir da incidência do princípio da proporcionalidade, vez que

O emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro. Nesse sentido, ele é de especial importância no campo dos direitos fundamentais, como fórmula de limitação de medidas que restrinjam estes direitos. [...] Só o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão [...] o interesse público envolvido, independente das nuances do caso concreto, e impondo o consequente sacrifício do interesse privado contraposto (SARMENTO, 2005, p. 100).

Luís Roberto Barroso³² também sugere a aplicação da ponderação em caso de colisão de interesses públicos primários voltados para a satisfação de uma meta coletiva e os interesses primários que sirvam para a garantia de um direito fundamental.

Para tanto, sugere que seja realizada uma ponderação com base da observância de dois parâmetros: a análise da razão pública e da dignidade da pessoa humana. O uso da razão pública “[...] consiste na busca por elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político” (BARROSO, 2005, p. XVI). O princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, pressupõe que o ser humano seja tratado como um fim em si mesmo e evita, via de consequência, que “[...] seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de metas individuais” (BARROSO, 2005, p. XVII). Dessa forma, se numa atuação estatal que visa alcançar uma meta coletiva, a dignidade da pessoa humana for desrespeitada, tal atuação deve ser evitada.

³² Cf. BARROSO, 2005, p. VII-XVIII.

3 A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO A PARTIR DA FILOSOFIA DE JACQUES DERRIDA

A desconstrução de direitos fundamentais a ser trabalhada na presente dissertação possui como fundamentação teórica a filosofia desenvolvida por Jacques Derrida (1930-2004), que sugeriu uma leitura crítica de textos de forma que iam muito além da própria filosofia.

Derrida promovia essa leitura crítica e, assim, desconstruía textos de várias áreas do conhecimento como a linguística, a antropologia, a literatura e o direito. Seu maior objetivo foi descortinar o que o texto deixava oculto e revelar como o mesmo texto se prestava a atender a alguns intentos típicos da sociedade ocidental, como o eurocentrismo, a simplificação e homogeneização, o império da razão, o binarismo, a tradução e, em relação ao direito, a relação de força existente para o exercício da autoridade imposta pela lei.

As críticas realizadas por Derrida serão analisadas no presente capítulo e servirão como marco teórico para a análise dos direitos fundamentais, de práticas administrativas brasileiras e do direito administrativo. No capítulo seguinte, servirão como supedâneo para uma leitura, ao estilo derridaniano, de decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, de forma a clarear os intentos e interpretações estrategicamente ocultados, a fim de evidenciar como direitos fundamentais são violados pela Administração Pública a partir da incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim, imprescindível o aprofundamento na filosofia de Jacques Derrida que sirva de base para um diálogo sobre os direitos fundamentais, o direito administrativo e as práticas administrativas brasileiras, para, no capítulo seguinte, promover a leitura e desconstrução de decisões do STJ que importam na violação a direitos fundamentais, a partir da observação de sutis práticas de autoritarismo tão presentes

na Administração Pública, apesar da República Federativa do Brasil, nos termos da vigente Constituição, constituir-se em Estado Democrático de Direito³³.

Vale ressaltar que não há aqui a intenção de efetuar um estudo sistemático e esquematizado que sirva como fundamentação doutrinária sobre o direito administrativo, sobre a atuação da administração pública brasileira e a respeito dos direitos fundamentais. Pretende-se, tão-somente, efetuar uma análise que se preste a realizar um diálogo, ao estilo derridaniano, sobre decisões tomadas pelo poder público, transformadas em processos judiciais e apreciadas, *a posteriori*, pelo STJ.

Almeja-se promover um repensar, uma reanálise, uma atitude de não aceitação das verdades discursivamente construídas e reconhecidas com passividade. Ademais, a alegação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado já legitima essa atuação desigual da Administração Pública e contra ela o cidadão pouco pode fazer. Pretende-se evidenciar que a noção de interesse público acaba por aglutinar qualquer conteúdo desde que coincidente com a vontade dos detentores do Poder, ou melhor, dos “donos do poder”, numa alusão bem apropriada à obra de Raymundo Faoro³⁴, capazes de conduzir a gerência dos negócios públicos em prol, apenas, de seus interesses, deixando os interesses coletivos à margem de suas prioridades.

³³ Vale aqui ressaltar a obra de José Luiz Quadros de Magalhães, *Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro* (1999) que defende a ideia de uma Constituição aberta no sentido de permitir constantes mudanças para a efetivação de práticas democráticas plenas pelo Estado. A partir do reconhecimento dos mecanismos de poder, afirma que não apenas no Brasil, mas nos países que adotam o sistema presidencial, há uma prevalência do “[...] autoritarismo, personalismo e a supremacia do Poder Executivo sobre os demais [...]” (1999, p. 58), pois “[...] os fatos históricos comprovam a inadequação do sistema presidencial que, apesar de visar a um objetivo, ao personalizar o Poder Executivo e lhe conferir grande estabilidade, incentiva desvios autoritários. Seja gerando autoritarismos ou seja opção de culturas autoritárias o presidencialismo não é adequado à construção de uma democracia efetiva”. Daí a necessidade de fomento de práticas democracia participativa, principalmente conferindo autonomia aos municípios por estarem mais próximas das necessidades e anseios da comunidade. “O planejamento nacional e regional para a construção de uma economia nacional forte inserida no mercado global estará garantido por intermédio das normas premiaias nacionais e estaduais, enquanto o Município estará livre para estabelecer na sua Constituição a construção de uma ordem econômica local, com seu próprio modelo de repartição econômica e de propriedade dos meios de produção seja da terra, da indústria ou do comércio” (1993, p. 215).

³⁴ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

3.1 A IDEIA DE DESCONSTRUÇÃO EM JACQUES DERRIDA

A ideia de desconstrução está ligada ao filósofo argelino Jacques Derrida (1930-2004), que ao longo de sua vasta obra pretendeu dissolver a aparente verdade posta nos textos que analisava. Imprescindível, portanto, o estudo das premissas filosóficas de forma a obter uma definição a respeito da desconstrução.

O intento filosófico de Derrida foi denunciar o *eurocentrismo* – a leitura a partir dos padrões europeus; o *logocentrismo* – que compreende a sobreposição e hipervaloração da razão; o *fonocentrismo* – a supremacia da palavra falada; e o *falocentrismo* – a superioridade do elemento masculino.

O filósofo partia de uma premissa muito clara: a pluralidade de interpretações e o reconhecimento da complexidade típica da vida humana. Via de consequência, não aceita as características estruturantes de toda a sociedade ocidental, desenvolvidas principalmente após o movimento iluminista³⁵, como o individualismo, a homogeneidade e a simplificação, entretanto sugere o movimento, a crítica cerrada, a revelação das estratégias de reprodução dos valores ocidentais. Eis, sucintamente, a desconstrução.

Considerando que o maior legado de Derrida foi o resgate do movimento, trata-se de uma tarefa de extrema complexidade delinear as linhas desse capítulo, diante da ousadia que é escrever sobre a construção teórica de um filósofo, cuja escrita é fortemente marcada pela abstração e pela abertura. Seus textos são obras abertas, na contramão de sistemas que trazem em si conceitos fechados e acabados.

³⁵ A respeito do conceito e características do Iluminismo, para Aloísio Krohling “o iluminismo é a fusão das ideias cartesianas da racionalidade e das ideias baconianas da realidade, sintetizadas no termo “modernidade” ou “paradigma do pensamento moderno”. Foi o movimento cultural e intelectual surgido na Europa, no século XVIII, herdeiro do humanismo do Renascimento e originado do racionalismo e do empirismo da época moderna, baseado no uso e na exaltação da razão. Considerava o conhecimento, a liberdade e a felicidade como objetivos do homem. [...] A França teve destacado desenvolvimento em tais ideias, e entre seus pensadores mais importantes figuram Voltare, Montesquieu, Diderot, D’Alembert e Rousseau. [...] As características básicas do Iluminismo são: racionalismo, cientificismo, antiabsolutismo, anticlericalismo e a defesa das liberdades individuais” (KROHLING, 2009, p. 135-136).

Ler Derrida significa que ao leitor é dada a capacidade de refletir e, em seguida, interpretar e buscar a força de um pensamento marcado sobremaneira pela crítica, pela não aceitação, pela contraposição. Em tudo há o que se ler com “outros olhos”, com olhos críticos capazes de descortinar o que não foi, estrategicamente, lançado no texto.

Permanecer fiel a uma obra que, por sua essência, está em constante mutação, inserida em um processo de mudança que nunca se acaba, acrescido ao fato da completa ausência de uma metodologia clara e precisa. É como ser infiel e fiel simultaneamente. Infiel pelo trabalho de desconstruir as aporias dos textos que se analisa; fiel, pois não intenta nada além do diálogo, da crítica, da análise, sem que isso seja condenar o texto à própria morte.

A importância da desconstrução ocorre por conta da identificação das aporias, pelo fato de haver ou parecer haver razões análogas nos textos, desprovidas de contradição. Para isso, Derrida não propõe um novo método, apenas os desconstrói. “[...] Se nossa leitura permanece inacabada, é também por outra razão: embora não tenhamos a ambição de ilustrar um novo método, tentamos produzir, muitas vezes embaraçando-nos neles, problemas de leitura crítica” (DERRIDA, 2004, p. VIII).

Derrida utiliza, portanto, uma sistemática pouco comum: a leitura e o diálogo cerrado com outros pensadores, que através de citações e comentários, demonstra seu raciocínio e evidencia seu anseio de denunciar o propósito ocultado, mas que se encontra embutido nos textos.

E essa forma de leitura que será utilizada no presente trabalho dissertativo, a partir da análise crítica de decisões do STJ, com o intuito de descortinar o ocultado, de demonstrar práticas de autoritarismo e de violação de direitos e garantias fundamentais.

Através da leitura das principais obras de Jacques Derrida como *Gramatologia* (2004); *Torres de Babel* (2002) e *Força de lei: o fundamento místico da autoridade* (2007), torna-se possível inferir que a desconstrução possui como real intuito a

desestabilização dos principais alicerces e axiomas do pensamento ocidental, normalmente aceitos e reconhecidos com total passividade, que foram moldados desde a Antiguidade, mas que tiveram, no Iluminismo, suas estruturas arquitetadamente definidas.

Derrida comumente é associado ao pós-estruturalismo³⁶ em razão das críticas que teceu aos grandes nomes do estruturalismo³⁷, como Ferdinand de Saussure, Lévi-Strauss e Lacan. Seu foco de análise foi, basicamente, a linguagem (esta observada no discurso); a total desconfiança das “verdades” discursivamente construídas; e a evidência da significação como resultado de um jogo de relações intrínsecas e de diferenças.

Conforme se depreende em entrevistas por ele concedidas³⁸, não se considerava um niilista, porque sua preocupação era sempre positiva, fomentava a análise constante dos conceitos ante a sua inerente necessidade de reajuste e adaptação.

³⁶ Derrida é mundialmente conhecido como pertencente a uma geração de intelectuais como Michel Foucault, Gilles Deleuze, Jean-François Lyotard e Roland Barthes, que influenciaram as diversas correntes de pensamento a partir de 1960. O termo pós-estruturalista se deve à leitura norte-americana que tentou identificar nesses autores a composição de uma escola ou um movimento próprio, comprometida com uma postura filosófica, capaz de pensar o sujeito de outras e novas formas e maneiras. Segundo Leyla Perrone-Moisés (2004, p. 219), tal sucesso se deveu mais ao fato de que “nos anos de 1980 e 1990, instalou-se a ideologia do “politicamente correto”, acirraram-se as reivindicações das “minorias”, contestaram-se as hierarquias culturais e as fronteiras entre alta cultura e cultura de massa. Nas universidades, implantaram-se os “estudos culturais” em suas várias vertentes: feminismo, estudos do gênero, estudos de etnia, estudos pós-coloniais, neo-marxismo. Na plataforma de cada uma dessas vertentes se encontram teóricos franceses: Foucault, por sua crítica ao poder, à ordem dos discursos e à defesa dos vários “outros” (da loucura, da sexualidade). Deleuze, pela ênfase na diferença e suas propostas anarquistas. Barthes, pela sua crítica das mitologias veiculadas na cultura de massa, nas imagens da publicidade. Derrida pelo conceito de logocentrismo e pela proposta de descentramento. Lyotard, pelo anúncio do “fim dos grandes relatos”. Althusser, pela releitura de Marx e Freud. [...] Concomitantemente, caíram em descrédito a estética, a teoria literária e a própria literatura, como instituição, colocadas sob suspeita e idealismo e elitismo pela crítica ideológica”.

³⁷ Estruturalismo compreende todo método ou processo de pesquisa que faça uso de teorias sociais que surgiram a partir da antropologia cultural, desde o final dos anos 40 do século XX, com a obra de Claude Lévi-Strauss. Entende o indivíduo sob o ponto de vista holístico, ou seja, não é a parte (o indivíduo) que explica o todo, mas é o todo que deve explicar a parte. O estruturalismo nasce com essa posição globalizante, segundo a qual: a) os fatos sociais são realidades independentes de outros planos da existência humana; b) os fatos sociais são solidários e não podem ser estudados individualmente, como fenômenos isolados; mas c) devem ser analisados a partir de uma totalidade, de um sistema; e d) os fatos sociais devem ser vistos em suas relações uns com os outros. SILVA, Benedicto (coord.). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: FGV, 1986. p. 429-430.

³⁸ Cita-se como exemplo: Jacques Derrida. “A democracia é uma promessa”. Entrevista com Elena Fernandes. *Jornal de Letras, Artes e Ideias*, 12/10/1994, p. 9-10; Sergio Paulo Rouanet. “A Técnica segundo Derrida”, “Mais!”, Folha de São Paulo, 19/8/2001.

Não era irracionalista, porque defendia a racionalidade, só que com “mais Luzes”, “outras Luzes” ou na própria “reinvenção do Iluminismo” que seja capaz de pensar, contextualizadamente, os problemas filosóficos atuais.

3.1.1 A desconstrução como fundamento filosófico para uma reflexão a respeito das práticas administrativas brasileiras e a violação a direitos fundamentais

Derrida procedeu, ao longo de sua vasta obra, severas críticas aos aspectos fundamentais do pensamento ocidental. Vale ressaltar que sua filosofia não compreende um estudo sistemático, preocupada em tecer, de forma didática, seus contornos metodológicos, conceitos e definições claras das aporias e neologismos propostas pelo filósofo. Ao revés, sua filosofia baseia-se num processo de leitura com outras obras, especialmente as literárias, efetuando um diálogo crítico. Nesse processo dialógico, Derrida explana seus alicerces teóricos e filosóficos que marcam seu pensamento.

Em uma de suas primeiras obras, *Gramatologia* (2004), Derrida empreende algo aparentemente ambicioso: questionar os elementos tradicionais do pensamento ocidental, numa abordagem que não sugere a remoção ou a extinção desses elementos e paradoxos existentes, mas, tão-somente, revelá-los e propiciar, este sim é seu intuito, a criatividade e a invenção na filosofia.

Derrida critica o que se apresenta como hegemônico, trazendo à tona discussões que haviam sido negadas na obra ou em um texto, especialmente de Saussure, Lévi-Strauss, Lacan e Rousseau. Assim, ao estabelecer um diálogo com os textos, Derrida os deixa falar de si mesmos, por intermédio de suas próprias contradições.

O resgate do movimento e da criatividade são os grandes intuítos do filósofo, em contraposição às leis do pensamento ocidental, que são: a simplicidade, pois em tudo existe uma realidade essencial, desprovida de qualquer contradição; homogeneidade, ou melhor, tudo possui uma mesma substância ou ordem; e

separada e distinta de qualquer complexidade que envolva a discussão sobre a origem e a consciência de si. Tudo o que está fora dessas “leis”, tende a ser excluído. Dessa forma, excluem-se a complexidade, a mediação e a diferença, sendo tratadas como “impurezas” pela sociedade ocidental.

Em relação à prática administrativa brasileira, a simples alegação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado já afasta qualquer visão crítica da atuação do poder público. Basta a devida correlação e a motivação do ato administrativo com o interesse público, para que a atuação administrativa fique revestida de legalidade.

Pouco importa se práticas democráticas tenham sido tomadas para convalidar a decisão, na esteira dos procedimentos assegurados constitucionalmente, responsáveis por efetivar o Estado Democrático de Direito no Brasil. Dessa forma, resta inferir que o aludido princípio vai ao encontro dos aspectos que foram denunciados por Derrida.

Verifica-se, na verdade, uma atuação estatal pautada na homogeneidade, distante da contradição intrínseca à prática administrativa; no favorecimento de uma linguagem simples que camufla os desafios enfrentados na resolução das necessidades sociais da população brasileira; na utilização de discurso midiático que se apodera de números estatísticos, capazes de simplificar, por excelência, a grande heterogeneidade da sociedade brasileira, camuflando-se problemas existentes no cerne da estrutura social; na publicidade utilizada responsável por difundir uma imagem de total inexistência de divergências e diferenças, promotora da máxima perfeição na prática administrativa e, como isso, do fomento na sociedade de um sentimento generalizado de felicidade.

A contabilidade pública é restrita a órgãos³⁹ que pouco se importam na transparência de suas ações; as legislações específicas⁴⁰ impõem a transparência dos gastos públicos, entretanto através dos cálculos contábeis acessíveis praticamente para os exímios conhecedores desse ramo do conhecimento. Há um desconhecimento generalizado a respeito de balancetes contábeis e de expressões típicas como déficits, superávits, restos a pagar, dividendos, fluxo de caixa, suprimento de fundos, ativo e passivo financeiros. Assim, não há como se ter a real noção de como os recursos públicos são devidamente gastos. Todavia, basta a publicação dos balancetes contábeis das prestações de contas que a sociedade se dá por satisfeita. E como isso, para os exercentes do Poder, práticas de corrupção e desvio de recursos públicos se tornam práticas reiteradas e, porque não, “normais”.

Essa ausência do reconhecimento da complexidade típica da atuação administrativa favorece a uma atuação desconexa com os reais interesses públicos, no fortalecimento de práticas democráticas, na efetivação dos princípios constitucionais, no respeito e satisfação dos direitos e garantias fundamentais.

A sociedade brasileira, de forma majoritária, não se interessa sobre os assuntos ligados aos negócios públicos. O chamamento da coletividade a partir da efetivação de práticas democráticas de gestão, como referendo, plebiscito, conselhos populares, orçamentos participativos, não configura numa habitualidade pela Administração Pública brasileira.

³⁹ O controle da Administração Pública no Brasil é realizado por diversos órgãos, dentre eles destacam-se os Tribunais de Contas por possuírem a atribuição específica para o exercício do controle, em auxílio ao Poder Legislativo. Suas funções são definidas na CRFB, nos artigos 71 a 74, e realizam a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no que tange à verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos que importam na aplicação de recursos públicos. Apesar das importantes funções constitucionais, os Tribunais de Contas no Brasil possuem uma atuação tímida e são pouco atuantes no combate aos desvios de recursos públicos.

⁴⁰ A respeito do controle contábil dos recursos públicos, são aplicadas as disposições contidas na Lei n. 4.320/1964 e na Lei Complementar n. 101/2000. Esta última, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, nos artigos 52 e 53, exige dos administradores públicos a publicação a cada bimestre do exercício financeiro do relatório resumido de execução orçamentária, ou seja, bimestralmente são divulgados os dados contábeis de receitas e despesas públicas e a forma que o orçamento público está sendo executado durante toda a gestão do administrador público. A LC n. 101/2000 também exige, a cada quadrimestre, a publicação do relatório de gestão fiscal, conforme artigos 54 e 55, que compreende a divulgação dos dados referentes aos gastos com a folha de pagamento de servidores, dívidas, concessões de garantias e operações de crédito.

Conforme visto no capítulo I, nos termos do ensinamento de Hector Jorge Escola (1989, p. 240), será interesse público todo querer e pretensão consciente de uma maioria, exteriorizado através da solidariedade e da integração social. Portanto, o reconhecimento do interesse público que autorize a incidência do princípio da supremacia do interesse público, deve haver, obrigatoriamente, a efetivação de práticas democráticas, sob pena do interesse se tornar uma vontade do Estado, próprio da Administração Pública, mas não um interesse público.

O interesse público compreende toda e qualquer necessidade da coletividade, que não se confunde com o interesse da Administração Pública, pois, neste caso, direitos e garantias fundamentais podem sutilmente ser violados por conta de práticas de verdadeiros atos de autoritarismo. Assim, entende-se que apenas é possível a incidência do princípio da supremacia do interesse público desde que esse interesse corresponda, de fato, com a vontade da coletividade.

3.1.2 A desconstrução e *differance* como fundamentos filosóficos para uma reflexão sobre o binarismo público *versus* privado e o direito administrativo

Jacques Derrida também adverte a respeito de outro traço característico do pensamento moderno é a instituição de conceitos sempre voltados para significados apresentados de forma dual: sensível/inteligível; ideal/ real; interno/externo; bem/mal; bom/ruim; ficção/verdade; natureza/cultura; fala/escrita; atividade/passividade etc.

Para fazer a crítica a esse dualismo tão presente na metafísica ocidental, Derrida propõe a noção de *differance*, melhor traduzido para o português como diferença, que remete tanto às diferenças semânticas, genéricas, históricas, étnicas, culturais como também à prorrogação do sentido final, da verdade estabelecida, de forma que não há uma verdade e sim sua construção permanente e infinita, diante da impossibilidade de deter a verdade em uma positivação. Há sempre movimento para

reintroduzir a negatividade da dúvida, que propositadamente empurra a análise da verdade sempre para frente.

Em relação ao direito, há tradicional classificação entre o direito público e o direito privado, cabendo ao primeiro os assuntos do Estado, e ao segundo aos marcados pela predominância da autonomia da vontade, nas relações de trato particular. Assim, os assuntos de Estado e os assuntos particulares são abordados por ramos do direito devidamente equidistantes, aparentemente impossibilitados de aproximação e interdisciplinariedade.

Cabe aqui a *differance*, cabe explorar as diferenças teóricas do binarismo público/privado que tanto influencia a ciência do direito, em especial ao direito administrativo⁴¹.

Enquanto ramo do direito público, o direito administrativo foi instituído de forma a aglutinar as regras para o exercício da atividade administrativa. A relação da Administração com os administrados passou, sutilmente, a ser basear, em atos de dominação e subordinação. Nesse diapasão, o direito administrativo confere ao administrador o arcabouço jurídico que, dentro da esfera da legalidade, impõe suas decisões com força e autoridade, todavia sem adentrar na esfera privada dos administrados.

Reproduz-se, com isso, a ideia que apenas a interferência dos cidadãos no ato de escolha dos representantes políticos já basta para o exercício da democracia e fomento da esfera pública, uma vez que não é imprescindível que a sociedade delibere sobre a atuação estatal. Dessa forma, a concepção de democracia mostra-se esvaziado e mitigado em razão da visão binária do próprio direito.

Imprescindível aqui trazer os ensinamentos de Hannah Arendt quando analisa que essa equidistância entre as esferas pública e privada existe desde a Antiguidade,

⁴¹ Sobre o tema, vale destaque a obra *Direito Administrativo pós-moderno* (2003) em que a autora Maria Tereza Fonseca Dias faz uma relevante análise sobre esse importante ramo do direito, através de novos paradigmas teóricos, a fim de demonstrar a importância do processo discursivo de atuação dos cidadãos de forma a legitimar as ações da Administração Pública brasileira.

fruto da criação da polis que organizou a fixação das pessoas e a relação delas com os assuntos políticos, comuns a todos os cidadãos.

Segundo o pensamento grego, a capacidade humana de organização política não apenas difere mas é diretamente oposta a essa associação natural cujo centro é constituído pela casa (*oikia*) e pela família. O surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, “além da vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*)” [...] **precedera a fundação da polis a destruição de todas as unidades organizadas à base do parentesco** [...]. (ARENDDT, 2008, p. 33, grifo nosso)

Na Antiguidade, a esfera privada relacionava-se com as necessidades particulares; já a esfera pública com a liberdade na vida política, no pleno exercício da cidadania.

Já a modernidade, para Arendt, é responsável por criar a esfera do social, responsável por separar as questões como família e política, antes englobadas na esfera pública, o que fomenta o uso da força e da violência de forma exclusiva pelo Estado. A respeito da promoção do social, leciona que

A passagem da sociedade – a ascensão da administração caseira, de suas atividades, seus problemas e recursos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública não apenas diluiu a antiga divisão entre o privado e o público, mas também alterou o significado dos dois termos e sua importância para a vida do indivíduo e do cidadão, ao ponto de transformá-los quase irreconhecíveis (ARENDDT, 2008, p. 47).

O direito administrativo, enquanto ramo do direito público, foi criado a partir da concepção moderna da esfera pública e não em relação à concepção desenvolvida na Antiguidade, ocasião em que foi retirado o aspecto social da área publicística. Responsável por ditar as regras para o exercício da função administrativa, esse ramo do direito, portanto, traz em seu cerne o monopólio pelo Estado do exercício da força, da imposição coercitiva das decisões administrativas à sociedade e, sutilmente, as relações de dominação, poder e autoritarismo são camufladas a partir do exercício da legalidade.

Por ocasião da análise do interesse público no Estado Democrático de Direito⁴², procurou-se apresentar uma contextualização das características que marcam a

⁴² Cf., sobre o tema, item 1.3.

atualidade, desde o final do século XX, ocasião em que se vivencia as consequências da chamada pós-modernidade. Hodiernamente, o Estado presta-se a efetivar a reelaboração do sistema capitalista fortemente marcado pelos efeitos da globalização financeira que produz considerável concentração de renda a partir da inserção nos países da política neoliberal; fomento ao consumo exarcebado; urbanização da sociedade que gera o enfraquecimento dos mecanismos de controle social como família e religião; e desemprego estrutural provocado, principalmente, pela revolução tecnológica.

Nesse contexto, reproduzem-se práticas administrativas denominadas de “reforma do Estado”, com o intento de reduzir as funções estatais e ampliar a participação da iniciativa privada, principalmente no que se refere à prestação de serviços públicos. Alega-se a inoperância estatal e, ao revés, a eficiência privada.

Considerando as consequências do binarismo público *versus* privado, do esgotamento do espaço público, da retirada dos assuntos sociais da esfera pública, nesse contexto se impõe as forças do poderio econômico em detrimento dos direitos fundamentais que tutelam a coletividade contra os arbítrios do Estado e de particulares.

José Luiz Quadros de Magalhães (1999) adverte sobre os riscos que o poder econômico exerce sobre a ordem constitucional que exige a efetivação de práticas democráticas para legitimação da atuação estatal. Nesse sentido, propõe que os princípios econômicos devam ser retirados do texto constitucional, com a desconstitucionalização da propriedade privada, uma vez que os direitos universais básicos não podem ser reduzidos a meras questões de ordem econômica, ditadas, inclusive, por importantes grupos financeiros internacionais.

[...] a Constituição democrática, que pensamos, deve se aproximar de um texto que reduza seus princípios àqueles considerados universais, somados a princípios regionais, desde que não inibidores da evolução de modelos locais, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento de modelos socioeconômicos pré-fabricados pelos conglomerados econômicos mundiais (MAGALHÃES, 1999, p. 202).

Diante desse cenário, importante observar a *differance*, relevante destacar como o desenvolvimento do binarismo público *versus* privado propiciou ao esgotamento do espaço público, à mitigação das práticas democráticas, ao enfraquecimento da atuação estatal comprometida com a efetivação de direitos fundamentais e ao fomento da condução privada dos negócios públicos guiados pelos interesses econômicos que, sutilmente, são camuflados e revestidos com o discurso de satisfação do interesse público.

3.1.3 A desconstrução, fonocentrismo e logocentrismo como fundamentos filosóficos para a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e a teoria dos direitos fundamentais

Outra discussão marcante feita por Jacques Derrida constante também na obra *Gramatologia* (2004), foi no que denominou de *fonocentrismo*, ou seja, a superioridade da metafísica da escritura fonética, que influencia na superioridade e dominação dos seguintes aspectos:

1. do próprio conceito de escritura;
2. da história da metafísica, dos pré-socráticos a Heidegger, que sempre atribuiu ao *logos*⁴³ a origem da verdade em geral;
3. do conceito de ciência ou da cientificidade da ciência – que sempre foi denominado pela filosofia como lógica – não deixa de contestar o imperialismo do *logos*, utilizando-se, para tanto, a escritura não-fonética (DERRIDA, 2004, p. 04).

⁴³ Logos compreende uma terminologia grega que significa a palavra razão. “É com Heráclito que o logos entre no campo da reflexão filosófica, como razão comum a todos os seres. Sentido transcendente e razão que governa o mundo e exprime “a ordem das coisas”, o logos – para esse pré-socrático – ainda tem de ser decifrado, embora a mensagem que ele transmite não seja totalmente acessível. A seguir, o logos torna-se entre os estóicos a razão (logos universal) que anima todas as partes do universo e em Plotino e nos neoplatônicos, um ser inteligível intermediário entre Deus e o mundo. Observemos que no cristianismo, designa o Verbo, ou a segunda pessoa da Trindade. Na filosofia contemporânea (principalmente em Heidegger), o termo reencontra sua acepção etimológica para designar um “recolhimento” do próprio Ser, que fundamenta a possibilidade de uma ontologia”. DUROZOL, Gerard; ROUSSEL, André. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas: Papirus, 1996. p. 293.

Toda noção de verdade, na concepção nascida do *logos*, que gera uma “racionalidade” hegemônica, simplista e homogênea que é o alvo da crítica de Derrida e que denominou de *logocentrismo*.

O foco do ataque de Derrida foi o pensamento de Ferdinand de Saussure (1857-1913), considerado um dos grandes representantes do estruturalismo, na seara da linguística. Teceu severas críticas ao idealismo do signo e seu dualismo entre significante (como imagem acústica, ou seja, impressão psíquica do som na representação de um signo) e significado (o conceito da representação do signo), pressupondo a representação; bem como os modelos racionais até então utilizados na linguística, na antropologia e na crítica literária.

Saussure, como fundador da linguística moderna, defendeu que a linguagem compreende um sistema⁴⁴, só possuindo significação se for relacionado com outros elementos externos, e não o contrário, os próprios e intrínsecos elementos da linguagem responsáveis pelo seu significado.

A noção do signo, se visto como algo resultante da união do seu significante com seu significado, é arbitrária, pois é necessário investigar as estruturas profundas que influenciaram na definição dos elementos constituintes da linguagem. Nesse espaço que entra o trabalho do antropólogo para discernir essas estruturas profundas. No presente caso, Derrida analisa o texto *Tristes Trópicos* (1955) de Lévi-Strauss.

Em contraposição à Saussure, Derrida entende que a língua compreende um sistema de diferenças entre signos – até aqui há identidade entre os dois estudiosos –, mas o significado não é obtido externamente, como entendeu Saussure, e sim internamente. O pensamento humano, composto pelo que o homem diz e escreve, compreende uma exploração das possibilidades internas do sistema, e não apenas uma análise da realidade e dos fatos externos que são relevantes para ele.

⁴⁴ Para Saussure, a língua é um sistema no qual o sentido de cada palavra é a diferença entre ela e todas as outras, pois “quando se diz que os valores correspondem a conceitos, subentende-se que são puramente diferenciais, definidos não positivamente por seu conteúdo, mas negativamente por suas relações com os outros termos do sistema. Sua característica mais exata é ser o que os outros não são.” SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 20 ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2000. p. 136.

Derrida contesta o papel da escritura como ocupante de um papel secundário em relação à fala, que ele denomina de *fonocentrismo*. Comumente, a fala é associada à razão e à racionalidade (aqui utilizada com a noção grega de *logos*) e a voz é aceita como a mais próxima da verdade, por refletir a consciência individual. A escritura, por sua vez, é considerada como secundária ou suplemento da voz por se tratar de uma tecnologia criada humanamente. Nesse sentido, Derrida esclarece:

Todas as determinações metafísicas da verdade [...] são mais ou menos imediatamente inseparáveis da instância do *logos* ou de uma razão pensada na descendência do *logos*, em qualquer sentido que seja entendida: no sentido do entendimento infinito de Deus ou no sentido antropológico, no sentido pré-hegeliano ou no sentido pós-hegeliano. Ora, dentro deste *logos*, nunca foi rompido o liame originário e essencial com a *phoné*. [...] a essência da *phoné* estaria imediatamente próxima daquilo que, no “pensamento” como *logos*, tem relação com o “sentido”; daquilo que o produz, que o recebe, que o diz, que o “reúne”. (...) é porque a voz, produtora dos *primeiros símbolos*, tem com a alma uma relação de proximidade essência e imediata. (...) E a primeira convenção, a que se referiria imediatamente à ordem da significação natural e universal, produzir-se-ia como linguagem falada. A linguagem escrita fixaria convenções, que ligariam entre si outras convenções (2004, p. 13, grifo do autor).

Observa-se que desde o nascedouro da concepção, a voz é tida com a mais próxima do significado da coisa, e o significante escrito ocupa uma posição secundária, derivada, meramente técnica e representativa. Nesse sentido, “[...] a leitura e a escritura, a produção ou a interpretação dos signos, os textos em geral, como tecido de signos, deixam-se confinar na secundariedade. Precedem-nos uma verdade ou um sentido já constituído pelo e no elemento do *logos*” (DERRIDA, 2004, p. 18).

O filósofo evidencia que desde Platão (427-347 a.C.) o Ocidente privilegia a voz, considerada como a verdadeira essência da verdade, portadora do sentido e do significado, em detrimento da escritura e toda a história do ocidente retrata esse esvaziamento. A gramatologia se impõe, portanto, como a “ciência” da escritura que dá aos signos à sua reconhecida libertação. Dessa forma, Derrida deixa como legado a supremacia da escrita e da textualidade.

Há portanto uma boa e uma má escritura: boa e natural, a inscrição divina no coração e na alma; perversa e artificiosa, a técnica, exilada na

exterioridade do corpo. Modificação totalmente interior do esquema platônico: escritura da alma e escritura do corpo, escritura do dentro e escritura do fora, escritura da consciência e escritura das paixões, assim como há uma voz da alma e uma voz do corpo: “A consciência é a voz da alma, as paixões são a voz do corpo” (*Profissão de Fé*). A “voz da natureza”, a “santa voz da natureza”, confundindo-se com a inscrição e a prescrição divinas, é preciso voltar-se incessantemente a ela, entreter-se nela, dialogar entre seus signos, falar-se e responder-se entre suas páginas (DERRIDA, 2004, p. 21, grifo do autor).

Derrida procede à desconstrução dos alicerces dos principais expoentes do estruturalismo, Saussure e Lévi-Strauss, e traz à tona, em relação a postura de Saussure, como total prisioneira da tradição ocidental, por visualizar o sujeito presente para si mesmo por meio da sua fala, desvalorizando a escrita e apresentando-a tão somente como representação da fala.

De um lado, segundo a tradição ocidental que rege não só teoricamente mas na prática (*no princípio de sua prática*) as relações entre a fala e a escritura, Saussure reconhece a esta não mais que uma função *estrita e derivada*. Estrita porque não é senão uma entre outras, modalidade dos eventos que podem sobrevir a uma linguagem cuja essência, conforme parecem ensinar os fatos, sempre pode permanecer pura de qualquer relação com a escritura. [...] Derivada porque *representativa*: significante do significante primeiro, representação da voz presente a si, da significação imediata, natural e direta do sentido (do significado, do conceito, do objeto ideal ou como se queira). (DERRIDA, 2004, p. 36-37).

Nesse sentido, Derrida defende uma prevalência e supremacia da escrita e da textualidade, em razão do próprio desenvolvimento humano. Todavia, torna-se imprescindível a leitura com desconfiança, a não aceitação do que está posto, o reconhecimento de que a verdade está em construção. Ou seja, Derrida propõe a desconstrução permanente dos textos.

A intenção de Derrida não é destruir e sim desvelar os conceitos e argumentos, as sequências e as associações de ideias dos referidos autores que analisa, ou seja, revelando a estrutura interna que ele denomina de *logocentrismo*. A importância desse movimento de desconstrução é a ampliação dos quadros de referência que normalmente moldam nossas concepções e são tidas como verdades e acabam por proporcionar uma restrição em nossa compreensão do mundo.

Não é por acaso que a consideração exclusiva da escritura fonética permite responder à exigência do “sistema interno”. A escritura fonética tem justamente como princípio funcional respeitar e proteger a integridade do

“sistema interno” da língua, mesmo que não o consiga de fato. *A limitação saussuriana não satisfaz, por uma feliz comodidade, à exigência científica do “sistema interno”. Esta exigência mesma é constituída, enquanto exigência epistemológica em geral, pela própria possibilidade da escritura fonética e pela exteriorização da “notação” à lógica interna* (DERRIDA, 2004, p. 41, grifo do autor).

A separação entre o discurso e a escrita é insustentável para Derrida. Entende que os estruturalistas operam com um conceito coloquial de escrita, que acaba por não levar em consideração toda a complexidade existente. Na medida em que a escrita inclui complexos elementos pictográficos, ideográficos e fonéticos, é considerada “impura” e secundária. E, como tal, desafia a ideia de identidade e da origem tida como “simples”.

Mas o que, de fato, significam estes limites e pressupostos a respeito da escritura tecidos por Derrida? Explica o filósofo que

[...] Primeiramente, que uma lingüística não é *geral* enquanto definir seu fora e seu dentro, a partir de modelos lingüísticos *determinados*; enquanto não distinguir rigorosamente a essência e o fato em seus graus respectivos de generalidade. O sistema da escritura em geral não é exterior ao sistema da língua em geral, a não ser que se admita que a divisão entre o exterior e o interior passe no interior do interior ou no exterior do exterior, chegando a imanência da língua a ser essencialmente exposta à intervenção de forças aparentemente estranhas a seu sistema. Pela mesma razão a escritura em geral, a não ser que se reconsidere a natureza, a lógica e o funcionamento da imagem no sistema de que se quereria excluí-la. A escritura não é signo do signo, a não ser que o afirmemos, o que seria mais profundamente verdadeiro, de todo signo. Se todo signo remete a um signo, e se “signo de signo” significa escritura, tornar-se-ão inevitáveis algumas conclusões, que se consideraremos no momento oportuno. O que Saussure via sem vê-lo, sabia sem *poder* levá-lo em conta [...] é que um certo modelos de escritura impôs-se necessária mas provisoriamente (quase à infidelidade de princípio, à insuficiência de fato e à usurpação permanente) como instrumento e técnica de representação de um sistema de língua. E que este movimento, único em seu estilo, foi mesmo tão profundo que permitiu pensar, *na língua*, conceitos tais como os de signo, técnica, representação, língua. É no sistema de língua associado à escritura fonético-alfabética que se produziu a metafísica logocêntrica determinado o sentido do ser como presença (DERRIDA, 2004, p. 52-53, grifo do autor).

O que está subjacente a este entendimento é incessante trabalho filosófico de trazer à tona situações que aparentemente são negligenciadas se vistas sob o olhar da simplicidade e da unidade. A escritura, em seu sentido mais estrito, é virtual (como aquilo que não se realizou, mas é possível de se realizar), e não um reflexo secundário e fenomenal. A escritura não apenas reflete o que foi produzido, numa visão simplesmente subsuntiva, mas o que torna a produção possível.

A importância do pensamento de Derrida é a capacidade de colocar tudo em movimento, promover um repensar constante e fazer da dúvida a parte integrante de todo o processo, pois a identidade do significado esquivava-se de si mesma e deslocava-se incessantemente. O logocentrismo da fala, segundo Derrida,

[...] *suspendeu*, reprimiu, por razões essenciais, toda a reflexão livre sobre a origem e o estatuto da escritura, toda ciência da escritura que não fosse *tecnologia e história de uma técnica* apoiadas numa mitologia e numa metafórica da escritura natural. É este logocentrismo que, ao limitar através de uma má abstração o sistema interno de língua em geral, impede a Saussure e à maior parte de seus sucessores a determinação pela e explícita do que tem como nome “o objeto integral e concreto da lingüística” (DERRIDA, 2004, p. 53, grifo do autor).

Torna-se imprescindível vincular o legado de Derrida à hermenêutica constitucional, em especial à hermenêutica dos direitos fundamentais. É preciso efetuar um repensar constante, fazer da interpretação constitucional uma melhor forma de efetivação dos direitos fundamentais. Cada caso concreto exige uma interpretação específica e, com isso, uma melhor forma de sua efetivação.

Na esteira desse entendimento, manifesta-se Alexandre de Castro Coura no sentido de que

[...] a interpretação de qualquer texto normativo, mesmo quando ensejar a aplicação de uma regra, deve passar por um realinhamento constitucional, o que requer a análise de todo o sistema jurídico, a cada situação de aplicação. [...] **A interpretação correta será a que expressar a efetivação dos direitos e garantias fundamentais no caso concreto**, para o que os textos legais existem. [...] O caminho aberto pela ideia de Interpretação Constitucional é uma via de mão dupla, na medida em que a Constituição filtra a interpretação das normas infraconstitucionais, ao mesmo tempo em que a **aplicação dessas normas configura instrumento para a efetivação da Constituição, com a afirmação do sistema de direitos e garantias fundamentais em cada decisão** (COURA, 2009, p. 262-263, grifo nosso).

Considerando que os direitos fundamentais compreendem um catálogo de direitos a serem efetivados pelos Poderes estatais, apresentando-se como legítimos interesses públicos, importante que cada atuação administrativa que importe na incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, deva ter a devida correlação com a efetivação de direitos fundamentais.

Como discutido no capítulo anterior⁴⁵, críticos ao aludido princípio, propõe que caso haja conflito entre a satisfação de interesses públicos e privados, a solução deva ser buscada não na dogmática do direito público, mas através da teoria dos direitos fundamentais, a partir da incidência da técnica da ponderação. Gustavo Binenbojm entende que o “[...] o **raciocínio ponderativo** funciona como **verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública**”, por traduzir na postura “[...] mais **objetivamente comprometida** com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional” (BINENBOJM, 2005, p. 150, grifo nosso).

A técnica da ponderação, na esteira do que propõe Robert Alexy, leva em consideração a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade da medida, que importe na opção pela otimização dentre as várias possibilidades jurídicas existentes.

Imprescindível, aqui, apoderar-se do raciocínio de Derrida. A técnica da ponderação apresenta-se como um artifício para a aplicação da melhor racionalidade, na esteira do que foi denominado de *logocentrismo*.

A ponderação é apresentada como a melhor forma de solução dos conflitos existentes entre os interesses público e particular, pois a partir da incidência de carga de argumentação, decisões administrativas formuladas podem ocultar os reais interesses que, de fato, influenciaram na tomada da decisão.

O apego à racionalidade pode importar na aplicação legítima de violência e poder por parte da autoridade pública, travestida de legalidade. Através do uso da argumentação, esta tida como racional, o administrador público pode fundamentar sua decisão naquela que melhor solucione o conflito entre os interesses público e privado, mas que na verdade imponha o interesse da Administração Pública e não propriamente o interesse da coletividade. Trata-se, portanto, de verdadeiro simulacro e aporia. Daí a importância do diálogo com a filosofia de Jacques Derrida.

⁴⁵ Cf. item 2.2.3.

Derrida nos aguça o prazer de penetrar no texto. Fazer o texto falar por si. Instigar até que seus espectros se revelem. Para os grandes linguistas, que aqui cita-se o seu maior representante, Ferdinand de Saussure, a língua falada é a que mais se aproxima da verdade. Trata-se de uma grande ilusão da modernidade, já que a língua escrita traz em si muito mais do que está propriamente está escrito. Daí a necessidade desse tipo de leitura para o direito. É preciso trazer à luz o que, de fato, está dissimulado nas decisões administrativas.

É preciso inserir, ao estilo derridaniano, a dúvida, a não aceitação de atos administrativos que já impõe a supremacia *a priori* da Administração Pública sem a devida correlação com a satisfação de direitos e garantias fundamentais e com a utilização de práticas democráticas para a indicação do real interesse público.

Os fenômenos jurídicos são, por natureza, complexos, todavia a modernidade imprimiu a árdua tarefa de torná-los simples, homogêneos e desprovidos de toda a inerente complexidade. Mister resgatar e reconhecê-los como tal.

A técnica da ponderação reflete, incontestavelmente, uma nova fase do direito. Contudo, direitos fundamentais não podem ser relativizados em nome da racionalidade na definição do que seja o direito fundamental a ser mitigado em prol da incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

3.1.4 A desconstrução e a tradução como fundamentos filosóficos para a análise do interesse público primário e secundário

A tradução compreende a pedra de toque da filosofia de Jacques Derrida, pois é através da consciência desse processo que fomenta seu intento de denunciar o eurocentrismo. A tradução promove a abertura e o reconhecimento de outras línguas, culturas, contextos e sujeitos, daí abalar a hegemonia eurocêntrica.

Derrida chamou a atenção para o processo de tradução em sua obra *Torres de Babel*, iniciando-a com a passagem bíblica constante no Livro de Gêneses que trata

da revolta organizada pelo líder tirano Ninrode contra Deus, cujo intento era organizar os homens, que até então falavam a mesma língua e viviam no mesmo lugar.

Como forma de unir a terra ao céu, o tirano decide construir uma cidade e uma torre, cujo topo penetrasse o céu, como forma de centralizar o poder e tomá-lo de Deus. Na sua ira, Deus decide separar os homens dando-lhes uma multiplicidade irreduzível de línguas. Como não conseguiam mais se comunicar, as obras da Torre foram encerradas, bem como o projeto de dominação.

Nessa passagem, Deus instaura a confusão, a dispersão e a disseminação dos homens que passam a criar novas culturas, esfacelando, portanto, o poder centralizador humano desde a sua gênese. Diante da diferença instaurada, novas culturas são criadas e, nesse processo, logo ocorre a hegemonia de uma cultura de dominantes que se impõe a dominados.

Diante desse fato, Derrida inicia sua desconstrução analisando a nomenclatura “Babel” e, para tanto, utiliza a definição de Voltaire constante em seu Dicionário de Filosofia (*Dictionnaire philosophique*). Segundo o filósofo, Deus, ao destruir e provocar a disseminação, torna-se o próprio significado da palavra (*Ba* significa pai nas línguas orientais e *Bel* significa Deus; logo Babel compreende a cidade de Deus).

Entretanto, há outro significado para a mesma terminologia que remonta à confusão imposta por Deus, fruto de Sua ira. Assim, a torre arruinada e o autor da ruína, e de todas as consequências, possuem o mesmo significado: Deus.

“Babel: antes de tudo um nome próprio, seja. Mas quando dizemos Babel, hoje, sabemos o que nomeamos? Sabemos quem nomeamos? Consideremos a sobrevida de um texto legado, a narrativa ou o mito da torre de Babel: ele não forma uma *figura* em meio a outras. Falando ao menos da inadequação de uma língua a outra, de um lugar na enciclopédia a outro, da linguagem a ela mesma e ao sentido, ele também fala da necessidade da figuração, do mito, dos tropos, das circunlocuções [des tours], da tradução inadequada para suprir aquilo que a multiplicidade nos interdiz. Nesse sentido, ele seria o mito da origem do mito, a metáfora da metáfora, a narrativa da narrativa, a tradução da tradução. Ele não seria a única estrutura a se aprofundar assim, mas o faria à sua maneira (ela

mesma *por pouco* intraduzível, como um nome próprio) e seria necessário salvar seu idioma” (DERRIDA, 2002, p. 11).

Deus destina aos homens à sujeição “[...] à lei de uma tradução necessária e impossível. [...] A tradução torna-se a lei, o dever e a dívida, mas dívida que não se pode mais quitar” (2002, p. 25), pois, simultaneamente, se traduz e não se traduz, “[...] pertence sem pertencer a uma língua e endivida-se junto dele mesmo de uma dívida insolvente, ao lado dele mesmo como outro. Tal seria a performance babélica” (DERRIDA, 2002, p. 25-26).

Em Torres de Babel, Derrida dialoga com a obra de Walter Benjamin, “*Die Aufgabe des Übersetzers*” (*A tarefa do tradutor*), traduzido para o francês (constante da obra “*Mythe et violence*”) por Maurice de Gandillac, que foi professor de História da Filosofia da Sorbonne, de 1946 a 1977 e lecionou para os pensadores mais influentes desse período como o próprio Derrida, Foucault, Althusser e Deleuze e conviveu profissionalmente com Bachelard, Simone de Beauvoir, Sartre, entre outros.

A obra de Benjamin trata da missão que a tradução possui: engajamento, dever, dívida e responsabilidade com a “reconciliação”. Convoca-nos a pensar na vida a partir de seus elementos históricos e espirituais e não apenas a partir da visão orgânica.

O que está em jogo é uma lei, de uma injunção à qual o tradutor deve responder. Ele *deve quitar-se* também, e de qualquer coisa que implique talvez em uma falha, uma queda, uma falta, até mesmo um crime. Ver-se-á que o ensaio tem por horizonte a “reconciliação”. E tudo isso dentro de um discurso, multiplicando os motivos genealógicos e as alusões – mais ou menos metafóricas – à transmissão de uma semente familiar. O tradutor é endividado, ele se apresenta como tradutor na situação da dívida; e a sua tarefa é de *devolver*, de devolver o que devia ter sido dado (DERRIDA, 2002, p. 27, grifo do autor).

Daí pensar na tarefa do tradutor e não na tradução, diante da capacidade que este possui de dar “sobrevida” ao texto, sendo, dessa forma, simultaneamente herdeiro e devedor – diante da capacidade de conferir “sobrevida” às obras e não dos seus autores; dos nomes e assinaturas dos autores, e não deles próprios, enquanto seres biológicos.

Dessa forma, conclui que a tradução não é anunciada a partir de uma recepção, não se destina a comunicar e não se configura como uma reprodução – “a tradução não é nem uma imagem nem uma cópia”. A tradução destina-se a vocação de confluir todas as línguas, diante do reconhecimento do seu passado supra-histórico, babélico, reconciliando o que foi dispersado.

Derrida intervém nesta obra, dialogando com Benjamin, e alerta que, em razão das diferenças existentes, qualquer tentativa de plenitude e centralização se torna inviável. Diante do reconhecimento desse fato, eis que se torna imprescindível a tarefa do tradutor. Mas, segundo o filósofo, nada é mais grave que uma tradução, pois

[...] todo tradutor está em posição de falar *da* tradução, em um lugar que não é nada menos que segundo ou secundário. Pois se a estrutura do original é marcada pela exigência de ser traduzido, é que, fazendo disso a lei, o original começa por endividar-se *também* em relação ao tradutor (DERRIDA, 2002, p. 40, grifo do autor).

Ou seja, a tradução coloca-se como forma suplementar de promover a aproximação entre as línguas, contudo, essa intenção de aproximação por si só não é capaz de apagar as diferenças existentes. Além disso, é mister valorar o endividamento da tradução em relação ao original, as repercussões da obra traduzida e sua inserção em contextos que, por sua natureza e gênese, são essencialmente diferentes. “[...] Pois Babel é intraduzível” (DERRIDA, 2002, p. 40).

A tradução promete um reino à reconciliação das línguas. [...] Tratar-se-ia da verdade como autenticidade verdade de ato ou de acontecimento que pertenceria ao original mais do que à tradução, mesmo se o original já está em situação de demanda ou dívida. E se existisse uma tal autenticidade e uma tal força de acontecimento no que se chama correntemente uma tradução, é que ela se produziria de alguma forma como obra original. Existiria então uma maneira original e inaugural de endividar-se, seriam o lugar e a data do que se chama original, uma obra (DERRIDA, 2002, p. 64-65).

Assim, ao desconstruir, Derrida adverte que o problema que se coloca em relação à tradução é como as obras traduzidas são assimiladas, em razão da dívida em relação ao original. A tradução pode não expressar adequadamente o sentido e o contexto no qual o original foi escrito, mas segundo as necessidades de quem o traduz, uma vez que o “[...] o parentesco não implica necessariamente a semelhança” (DERRIDA, 2002, p. 65).

Esse raciocínio é fundamental para as conclusões que se almeja alcançar a respeito da utilização no Brasil da classificação oriunda da teoria administrativa italiana que atribui ao interesse público os aspectos primário e secundário, como analisado no capítulo anterior⁴⁶. Pretende-se, a partir das considerações feitas por Derrida, demonstrar que a tarefa de traduzir não é imparcial, pois não consegue trazer consigo toda a complexidade de uma realidade para a qual uma teoria foi elaborada. Simultaneamente, o original torna-se tributário do seu tradutor que impregna, naturalmente, suas próprias marcas no texto traduzido.

Ora, a tese acima descrita foi pensada e formulada para um contexto de organização administrativa bem diversa da realidade brasileira. Para o publicista italiano Renato Alessi (1953), os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos individuais, ao passo que os interesses secundários decorrem de toda manifestação de vontade do Estado enquanto pessoa jurídica, interesses estes de cunho patrimonial.

No Brasil, tradicionalmente a Administração Pública convive com atos reiterados de corrupção, desvio de recursos públicos e práticas de autoritarismo. Entende-se que o interesse secundário não se configura em interesse público, por mais que haja a alegação de que apenas através de rígido controle patrimonial ocorra a adequada satisfação dos interesses primários.

Como já afirmado, o interesse público que impõe a atuação desigual pela Administração Pública é aquele que satisfaz direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente determinados e de observância e efetivação obrigatória por parte dos Poderes, em especial pelo Poder Executivo. O interesse secundário decorre do múnus de administrar, de gerir as finanças e os recursos públicos. Nesse sentido, manter a equilíbrio das contas públicas compreende um encargo típico de quem administra. Daí o grande legado da filosofia de Derrida: através da desconstrução trazer à luz as próprias contradições do objeto analisado.

⁴⁶ Cf. item 2.1.

Não se está diante da nobre tarefa de reunir o que babelicamente foi separado, ou seja, a tradução aqui não se refere à simples inserção de uma teoria em um ordenamento jurídico diverso para o qual foi, inicialmente, formulada.

Derrida nos adverte que o tradutor implementa sua marca, portanto, não há que se falar em uma tradução totalmente descompromissada com o original. As línguas foram, divinamente, separadas e, agora, não há como obter o perdão de Deus pela pretensão humana de construir a Torre de Babel. Assim, o original torna-se tributário da tradução. Eis um grande risco.

Resta inferir que, no caso da Administração Pública, a alegação de incidência do interesse público secundário que importe numa atuação pautada na desigualdade frente ao particular, pode se traduzir em um grande risco de violação a direitos fundamentais e na utilização de práticas autoritárias, em nome do interesse da coletividade. Ademais, sua influência na teoria administrativa brasileira demonstra a hegemonia eurocêntrica que inviabiliza a construção teórica adaptada ao nosso contexto social, político e administrativo.

3.1.5 A desconstrução da lei e do direito como fundamentos filosóficos para a análise do princípio da supremacia do interesse público e da técnica da ponderação aplicável na atividade administrativa

Importante análise fomentada por Derrida é com relação às questões como a justiça e o direito. Na obra *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade* (2007), Derrida efetua uma análise que ele mesmo identifica como “a desconstrução e a possibilidade da justiça” como forma de responder ao seguinte questionamento: “será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade da justiça? Será que ela torna possível a justiça ou um discurso consequente sobre a justiça e sobre as condições de possibilidade da justiça?” (DERRIDA, 2007, p. 03-04).

A referida obra compreende dois textos. O primeiro foi apresentado na abertura do colóquio “*Deconstruction and the Possibility of Justice*”, realizado na *Cardozo Law School*, em outubro de 1989, que reuniu filósofos e juristas. A segunda parte refere-se ao texto lido no colóquio “*Nazism and the ‘Final Solucion’: Probing the Limits of Representation*”, realizado em 26 de abril de 1990 na Universidade da Califórnia, em Los Angeles.

Derrida evidencia que o direito possui comumente o que denominou de “*enforceability*”, melhor traduzido como “aplicabilidade”. Não há direito sem força, o direito se torna justiça na medida em que se transforma em lei para, em seguida, ser aplicado justamente com a utilização da força. Nesse sentido, “[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica ou tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável” (DERRIDA, 2007, p. 07-08).

A força para criar o direito compreende um ato de violência, pois o direito é observado não porque ele é justo, mas sim porque reflete a imposição de uma autoridade. Daí a necessidade de desconstrução. Ao reconhecer o direito como algo criado, e não como um direito natural, é possível a direção do direito para aquilo socialmente reconhecido como justiça. Assim, a força do direito não se dá por um direito natural, mas por sua força simbólica:

“Tudo seria ainda simples se essa distinção entre justiça e direito fosse uma verdadeira distinção, uma oposição cujo funcionamento permanecesse logicamente regulado e dominável. Mas acontece que o direito pretende exercer-se em nome da justiça, e que a justiça exige ser instalada num direito que dever ser posto em ação (constituído e aplicado – pela força, “*enforced*”)” (DERRIDA, 2007, p. 42-43).

Através da desconstrução, Derrida identifica três aporias em relação à justiça e ao direito, consideradas como verdadeiros axiomas pela sociedade ocidental, capazes, portanto, de desestabilizar o entendimento posto. A primeira refere-se a “*epokhé* da regra”. É comum acreditar na liberdade de tal modo que, para ser justo ou até mesmo injusto, cada indivíduo deve ser responsável por sua decisão.

A esfera de liberdade ou escolha da decisão do justo deve haver simetria com uma lei, uma prescrição ou uma regra. Se houver margem para a realização de decisões, esta deverá ser conforme o direito e, conseqüentemente, justa. Nesse caso, por exemplo, o juiz quando decide não deve apenas seguir uma lei geral, mas aprová-la, esclarecer seu valor, interpretá-la em cada novo caso, pois o sentido do texto da lei está sempre aberto, a espera de nova interpretação.

“Cada exercício da justiça como direito só pode ser justo se for um “juízo novamente fresco”. (...) Em suma, **para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, em um momento próprio**, se houver um, **ela seja ao mesmo tempo regra e sem regra**, conservadora da lei e suficientemente destruidora ou suspensiva da lei para dever reinventá-la em cada caso, re-justificá-la, reinventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre de seu princípio” (DERRIDA, 2007, p. 44, grifo nosso).

Acredita-se que para cada caso deverá existir uma decisão justa, diferente e interpretada de forma única, nesse sentido Derrida chega a identificar a tarefa do julgador como uma verdadeira “máquina de calcular”. Assim, a justiça enquanto aporia, compreende a imposição de um sistema, tido como justo, como algo que nunca é aqui e agora, no presente, mas que continua sendo válido, pois traz em si a possibilidade de ser aquilo a que se predispõe, mas em outro caso, ou seja, no futuro.

Dessa forma, além de “justo”, para Derrida o melhor seria dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções que “autorizam o cálculo”. Pelo exposto, verifica-se que, no direito, a questão da justiça é, estrategicamente, enterrada e dissimulada. Eis, portanto, o paradigma denominado de *état de droit*.

Derrida denomina de “assombração do indecível” a segunda aporia que, na verdade, trata-se de uma variante da primeira. Nessa, o filósofo apresenta o entendimento comum de que só há o consenso de aplicação da justiça se houver uma decisão indecível, ou seja, se houver dúvida na escolha entre várias as interpretações possíveis. Se não houver essa dúvida, trata-se de aplicação programável e calculada da lei – “Ela seria, talvez, legal, mas não seria justa” (DERRIDA, 2007, p. 47).

A concepção de justiça está diretamente ligada à noção de ética para com o outro, todavia, a decisão escolhida jamais consegue atender inteiramente a singularidade do outro. O espectro sempre fica alojado, independente da opção feita, já que

“[...] se há desconstrução de toda presunção à certeza determinante de uma justiça presente, ela mesma opera a partir de uma “ideia de justiça” infinita, infinita porque é irreduzível, irreduzível porque devida ao outro – devida ao outro, antes de qualquer contrato, porque ela é *vinda*, a vinda do outro como singularidade sempre outra” (DERRIDA, 2007, p. 49, grifo do autor).

Na terceira aporia, a justiça se relaciona com a “urgência que barra o horizonte do saber”, ou seja, diante do entendimento reiterado de que a justiça é algo que tem estar no presente, dar conta de problemas atuais, pois “... a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. (...) Uma decisão justa é sempre requerida *imediatamente*, de pronto, o mais rápido possível” (DERRIDA, 2007, p. 51, grifo do autor). Por ser dessa forma, a justiça não poder ser tratada como um ideal que pode ser alcançado, aprofundada a sua análise e reflexão.

A justiça se apresenta como aporia para Derrida por não se realizar no presente, tampouco é refletida para se realizar no futuro. Na verdade ela nunca se efetiva, pois considerando que a justiça reflete a responsabilidade com o outro, essa postura de alteridade é inalcançável.

Segundo o filósofo, a justiça não se refere somente a um conceito jurídico ou político, diante da possibilidade de se abrir à transformação, à refundição ou refundação do próprio direito e da política e, a cada avanço, é preciso, novamente, reconsiderar e reinventar os próprios fundamentos do direito.

“[...] “Talvez”, é preciso sempre dizer *talvez* quanto à justiça. Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. (...) Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de alibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado, entre instituições e entre Estados. Abandonada a si mesma, a ideia incalculável e doadora da justiça está mais perto do mal, ou do pior, pois ela pode sempre ser reapropriada pelo mais perverso dos cálculos. (...) Uma garantia absoluta

contra esse risco só pode saturar ou suturar a abertura do apelo à justiça” (DERRIDA, 2007, p. 55, grifo do autor).

Essas três contradições existentes e aceitas axiomaticamente são reveladas por Derrida e demonstram a sua ânsia pela justiça, capaz de desconstruí-la e almejar a construção de um direito para além dos limites por ele mesmo definidos. É preciso ter comprometimento e consciência do que está por vir, do que está para acontecer, a fim de ser possível a reflexão, o repensar, o reanalisar das construções previamente estabelecidas e fomentar o movimento, o diálogo, a mudança e, porque não, a justiça.

Derrida anseia e reivindica uma justiça que seja vista de forma distinta do que comumente é aceito, como significado apenas de direito e lei. A justiça deve ser tratada como condição indesconstrutível da desconstrução, enquanto defesa evidente de uma filosofia da alteridade, numa postura de completo respeito ao outro.

Tecidas tais considerações relevantes para a observância mais aprimorada da teoria da técnica da ponderação proposta como o critério mais acertado para a solução do conflito entre os interesses público e privado, conforme analisado no item 2.2.3, em detrimento da incidência do princípio da supremacia do interesse público. Para esta análise, serão utilizadas as reflexões tecidas por Jacques Derrida em sua obra *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*, em que fomenta a tarefa de desconstruir questões como a justiça e o direito.

Como visto, Derrida deixou às claras que o direito possui, comumente, o que denominou de "*enforceability*", melhor traduzido como "aplicabilidade". Segundo o filósofo, não há direito sem força, o direito se torna justiça na medida em que se transforma em lei para, em seguida, ser aplicado justamente com a utilização da força. Nesse sentido, "[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica ou tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável" (DERRIDA, 2007. p. 07-08).

A força para criar o direito compreende um ato de violência por parte da autoridade, pois o direito é observado não porque ele é justo, mas sim porque reflete a imposição de uma autoridade. Daí a necessidade de desconstrução. Ao reconhecer

o direito como algo criado, e não como um direito natural, é possível a direção do direito para aquilo socialmente reconhecido como justiça. Assim, a força do direito não se dá por um direito natural, mas por sua força simbólica.

Nesse sentido, a proposta de ponderação desenvolvida por Robert Alexy configurou-se numa forma, argumentativamente construída, que forneça caminhos racionais para que o administrador público tenha em suas mãos um método adequado para motivar a escolha, no caso concreto, do interesse público ou o privado que será mitigado em prol da satisfação da vontade da coletividade. Diante do conflito, o direito é implementado e imposto pelo administrador não como um fato natural, mas como algo que é artificialmente construído para que, no caso concreto, a melhor opção seja a escolhida e o interesse cumpra, de fato, seu mandado de otimização. Dessa forma, em razão do cumprimento de um método, estamos diante de um direito que se impõe de forma legítima, por refletir, necessariamente, a imposição de uma autoridade e, conseqüentemente, revestindo-se de violência.

Diante de conflitos entre interesses públicos, que satisfação de direitos e garantias fundamentais, a aplicabilidade de um deles em detrimento do outro, baseado em Derrida, sempre será um ato de força, de incidência necessária da violência da autoridade envolvida neste caso. Dessa forma, muito se distancia da justiça tão proclamada e almejada.

Ao efetuar a desconstrução da lei e do direito, Derrida identifica três aporias em relação à justiça e ao direito, consideradas como verdadeiros axiomas pela sociedade ocidental.

A primeira refere-se a "*epokhé* da regra". É comum a crença na liberdade de tal modo que, para ser justo ou até mesmo injusto, cada indivíduo deve ser responsável por sua decisão, sendo que essa esfera de liberdade ou escolha da decisão do justo deve haver simetria com uma lei, uma prescrição ou uma regra. Se houver margem para a realização de decisões, esta deverá ser conforme o direito e, conseqüentemente, justa.

Nesse caso, por exemplo, o administrador público quando fundamenta a escolha administrativa com a incidência do princípio da supremacia do interesse público, age como se estivesse aplicando uma regra, de forma mecânica e, assim, injusta. A melhor atuação administrativa é aquela que não impõe a decisão apenas com fundamento na autoridade que a regra confere *a priori*, todavia deve analisar o caso concreto, fomentar a realização de procedimentos democráticos que convalidem que tal interesse corresponde, de fato, com a vontade da coletividade. Assim, a atividade administrativa estará sempre aberta a novas interpretações em cada novo caso, propiciando, assim, a melhoria da sua atuação, vez que não estará reduzida a simples incidência da regra.

Para cada caso deverá existir uma decisão justa, diferente e interpretada de forma única, nesse sentido Derrida chega a identificar tal tarefa como uma verdadeira "máquina de calcular". Assim, a simples incidência do princípio da supremacia do interesse público sem uma devida análise que leve em consideração as consequências da atuação administrativa, enquanto aporia compreende a imposição de um sistema que até pode ser identificado como justo, como algo que nunca é aqui e agora, no presente, mas que continua sendo válido, reconhecidamente legal, já que traz em si a possibilidade de ser aquilo a que se predispõe, mas em outro caso, ou melhor, no futuro. Dessa forma, além de "justo", para Derrida o melhor seria dizer legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções que "autorizam o cálculo".

O administrador público, ao implementar a técnica da ponderação, nada mais está do que reproduzindo a "máquina de calcular", como nos adverte Derrida. O alcance do justo está muito distante dessa tarefa, quiçá mecânica, de cálculo, já que a ponderação será efetivada através da utilização do princípio da proporcionalidade que importa na observância de três sub-princípios: primeiro, a análise da adequação; segundo, a necessidade; e terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito. É a verificação, matematizada, desses três critérios que importará na aplicação racional da técnica da ponderação.

Não basta apenas ponderar para que haja o adequado exercício da função administrativa que imponha a melhor solução do conflito existente entre a satisfação

do interesse público e, com isso, a mitigação do interesse privado. Torna-se imprescindível ao administrador público ter a plena consciência do que está porvir. A decisão administrativa deve levar em consideração a consciência das consequências não apenas no aqui e agora, mas no futuro, nos resultados que a atuação se predispõe a produzir.

Como visto no capítulo anterior, Daniel Sarmiento sugere que a ponderação seja efetivada na medida em que a restrição do interesse em jogo seja justificada na medida em que “[...] (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico” (SARMENTO, 2003, p. 96). Como bem se observa dessa fórmula "perfeitamente" matemática, o sacrifício, o ato de violência, a imposição do entendimento pela autoridade pública pode estar no cerne de um discurso argumentativamente construído para a efetivação de qualquer interesse almejado pela Administração Pública, coincidente com a vontade coletiva ou não.

Assim, é possível inferir que a técnica ponderação propicia a uma visão simplista dos conflitos envolvidos, a partir do momento em que o sacrifício de eleger um interesse público compreenderá, sempre, um ato de violência por parte da autoridade.

Dessas reflexões, cabe a análise da segunda aporia identificada por Derrida que denominou de "assombração do indecível". Esta aporia, na verdade, trata-se de uma variante da primeira, pois o filósofo apresenta o entendimento comum de que só há o consenso de aplicação da justiça se houver uma decisão indecível, ou seja, se houver dúvida na escolha entre as várias interpretações possíveis. Se não houver essa dúvida, trata-se de aplicação programável e calculada da lei - "Ela seria, talvez, legal, mas não seria justa" (DERRIDA, 2007, p. 47).

Mais uma vez imprescindível realizar uma ligação com a técnica da ponderação. A tradição de matematizar os conflitos, favorece a uma concordância de que aparentemente ocorre a aplicação da melhor decisão administrativa possível. Todavia, Derrida fomenta a compreensão de que a concepção de justiça está

diretamente ligada à noção de ética para com o outro, todavia, a decisão escolhida através da ponderação jamais consegue atender inteiramente a singularidade do outro, jamais consegue impor, de fato, a realização do interesse público. Nesse sentido, a imposição pela autoridade administrativa de uma decisão traduz-se em violência, vez que o uso "racional" da força não conseguirá, de fato, promover a justiça e a satisfação do real interesse público.

Conforme nos adverte Derrida, esse é um grande "fundamento místico da autoridade", pois jamais a autoridade pública conseguirá inteiramente compreender a singularidade do outro e, dessa forma, a satisfação do interesse público que acredita implementar trata-se, tão-somente, da imposição de sua força.

Finalmente, a terceira aporia identificada por Derrida leva em consideração que a justiça se relaciona com a "urgência que barra o horizonte do saber", ou seja, diante do entendimento reiterado de que a justiça é algo que tem estar no presente, dar conta de problemas atuais, pois "[...] a justiça, por mais inapresentável que permaneça, não espera. [...] Uma decisão justa é sempre requerida *imediatamente*, de pronto, o mais rápido possível" (DERRIDA, 2007, p. 51). Por ser dessa forma, a justiça não poder ser tratada como um ideal que pode ser alcançado, aprofundada a sua análise e reflexão.

Desse raciocínio, cabe aqui a desconstrução do princípio da eficiência a partir da análise do contexto de propiciou a inclusão deste princípio no bojo do texto constitucional.

A partir da década de 70 do século XX, o Estado Social entra em uma profunda crise. Simultaneamente, o progresso tecnológico tornou o processo de globalização inevitável e irreversível. A inserção econômica em diversos países do mundo de um seleto grupo de empresários se fez a custa de uma mitigação da atuação estatal, do fomento de uma crise estrutural que deixou às claras a insuficiência estatal em dar soluções imediatas e concretas para os inúmeros flagelos e humanos.

No cenário brasileiro, a sociedade vivencia uma transformação social sem precedentes, influenciada pelo acentuado processo migratório para os centros

urbanos, que alterna, por definitivo, a estrutura social outrora agrária para a urbana e industrial. Destaca-se a crescente proletarização, desemprego e pauperização da população, principalmente daquela oriunda do fenômeno migratório, que passa, em sua maioria, a ocupar e integrar os cinturões de pobreza nos contornos dos importantes centros urbanos e industriais do país. Com isso, o aumento desordenado dos índices de criminalidade urbana.

Todo esse contexto promove uma excessiva demanda por prestações de natureza social por parte do Estado, todavia é notória a impossibilidade política e econômica em supri-las. Ademais, o poder centralizado na figura do chefe do Poder Executivo, que possui ao seu dispor diversos instrumentos jurídicos para a manutenção e reprodução de seus interesses, sem a devida valorização do sistema de freios e contrapesos, como, por exemplo, o uso indiscriminado das medidas provisórias, distancia, em muito, do perfil político definido na CRFB.

No Brasil, a reforma do Estado que foi capaz de adaptar a burocracia estatal para o modelo gerencial de gestão administrativa, tendo como metas o enfrentamento dos seguintes problemas: (i) redução do tamanho do Estado, que envolve redução do número de servidores públicos, juntamente com a diminuição da quantidade de serviços públicos prestados à sociedade; (ii) redefinição do papel regulador do Estado, já que por essa lógica de diminuição do aparato estatal, delega-se a execução de serviços públicos para a iniciativa privada, ficando o poder público apenas com o controle e regulação do setor; e (iii) a recuperação e posterior aumento da governança.

No que tange às principais alterações legislativas que inseriram a lógica neoliberal, e com ela o modelo de Administração Pública gerencial, destaca-se, inicialmente, a Emenda Constitucional n. 6 de 15 de agosto de 1995 que eliminou o conceito de empresa brasileira de capital nacional, desprotegendo-a do tratamento diferenciado que recebia nas aquisições de bens e serviços efetúáveis pelo Poder Público.

Em seguida, as Emendas Constitucionais n. 7 e n. 8, a primeira desnacionalizou a exigência de brasileiros como armadores, proprietários, comandantes e de tripulantes de embarcações nacionais na navegação de cabotagem e interior; a

segunda extinguiu a reserva da União da exploração de serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações.

A Emenda n. 9 extinguiu o monopólio estatal do petróleo nos termos e limites previstos, permitindo que a União contratasse com terceiros, sendo empresas nacionais ou internacionais, para atividades de pesquisa e a lavras das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refinação de petróleo; importação e exportação dos produtos derivados do petróleo; bem como o transporte marítimo do petróleo bruto, seus derivados e gás natural.

Mas foi a Emenda Constitucional n. 19/1998, a grande responsável pela reforma administrativa brasileira e que introduziu as principais orientações da administração gerencial que, segundo, Bresser Pereira, então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, passa a ser “[...] **orientada** para o cidadão e **para a obtenção de resultados**” (PEREIRA, 1998, p. 28, grifo nosso).

Promove-se uma alteração no perfil das atividades desenvolvidas pelo ente estatal, que, a partir deste momento histórico, devem pautar-se na obtenção de resultados, sem a preocupação primordial com o rigor dos meios impostos pela burocracia. Para tanto, a Emenda Constitucional n. 19/1998 introduziu no *caput* do artigo 37 da CRFB o princípio da eficiência, determinando a busca da satisfação dos interesses públicos de forma eficiente, menos onerosa e, portanto, mais lucrativa.

A eficiência, a ânsia pelo resultado obtido com o emprego do menor custo financeiro juntamente com a celeridade na satisfação do interesse público são temas conexos quando se analisa o princípio da eficiência. Daí ser imprescindível a vinculação com as considerações tecidas por Derrida, vez que a eficiência pode importar na banalização da complexidade dos conflitos humanos envolvidos em cada caso, simplificando o que é, por sua natureza, complexo.

A técnica da ponderação proposta para a obtenção da melhor solução diante do conflito entre os interesses público e o privado, pode muito contribuir para a "urgência que barra o horizonte do saber", como identificou Derrida, pois a partir do

momento que em nome da celeridade, da busca pelo melhor resultado e, portanto, da eficiência, a satisfação do interesse público pode ocorrer de forma desconexa com os anseios da coletividade, sem a devida análise das consequências sociais da atuação administrativa, sem o devido comprometimento e a responsabilidade do que está por vir.

A inserção da eficiência no texto constitucional impõe ao administrador público uma gestão dos negócios públicos de forma responsável e planejada. Todavia, através do uso da ponderação, as razões de Estado podem muito bem serem utilizadas para a imposição do interesse da Administração. Ao desconstruir, torna-se clara a compreensão que “a urgência que esbarra o horizonte do saber” fomentou alterações constitucionais e a inserção do princípio da eficiência como forma de satisfação não dos direitos e garantias fundamentais, mas aos interesses do poder econômico.

Ao desconstruir, portanto, revela-se como o discurso da eficiência enterra, mascara, dissimula a patrimonialização dos negócios públicos. Paulatinamente, relativizam-se direitos fundamentais em nome da celeridade e da competência, típicas da iniciativa privada.

Resta inferir que essas três contradições existentes e aceitas axiomáticamente são reveladas por Derrida e demonstram a atividade administrativa realizada a partir da incidência da técnica da ponderação pode ser capaz de impor apenas o legítimo exercício de força e violência pela autoridade pública. Derrida aguça o comprometimento e consciência que o administrador público necessita possuir em relação ao que está por vir, do que está para acontecer, a fim de ser possível a reflexão, o repensar, o reanalisar das construções previamente estabelecidas e fomentar o movimento, o diálogo, a mudança e, porque não, a real satisfação do interesse público.

4 A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretende-se neste capítulo realizar uma análise ao estilo derridaniano, confrontando as situações em que a Administração Pública fundamentou suas decisões com o princípio da supremacia do interesse público, a fim de constatar a violação a direitos fundamentais que são sutilmente desrespeitados por conta de uma atuação estatal reprodutora de valores autoritários e arbitrários, em contraposição aos ditames constitucionais que asseguram a existência do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Toma-se como parâmetro para essa análise as decisões do Superior Tribunal de Justiça proferidas no ano de 2009, pertinentes à matéria administrativa, em que o princípio da supremacia do interesse público foi alegado pelo poder público enquanto parte de processos judiciais.

Como já tratado, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é defendido pelos principais teóricos do direito administrativo brasileiro como basilar do regime jurídico administrativo e, dessa forma, os institutos jurídicos desse ramo do direito são interpretados e aplicados tendo como premissa a incidência do aludido princípio, ou seja, a supremacia do interesse público está no cerne de todos os institutos administrativos.

O direito administrativo, enquanto ramo autônomo da ciência do direito, compreende todo o arcabouço de regras e princípios que ditam como o Estado, enquanto ente administrativo, deve realizar e concretizar suas funções, estas estabelecidas pela Constituição da República Federativa do Brasil e pela legislação infraconstitucional, com vistas à concretização dos interesses oriundos da sociedade.

É fruto do Estado de Direito que vinculou a atuação administrativa aos ditames estabelecidos na lei e não mais no arbítrio de quem exerce o comando dos negócios

públicos. Assim, o direito administrativo possui como objeto a missão de limitar, condicionar a atuação estatal pelas determinações estabelecidas pela lei.

Percebe-se que o surgimento desse importante ramo do direito foi criado não para a defesa dos interesses dos administrados, mas como mecanismo de controle do exercício do poder, conferindo à Administração Pública privilégios e prerrogativas, dentre eles o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

No Brasil, práticas autoritárias e arbitrárias são exercidas pela Administração Pública, em descumprimento ao Estado de Direito, à ordem constitucional e, via de consequência, em desrespeito aos direitos fundamentais. Tal cenário só é possível uma vez reconhecido o que Derrida chamou de “*enforceability*”. O direito se traduz numa força autorizada e só pode ser aplicado por tal força. Através do uso dessa citada força, práticas autoritárias são revestidas de aparente legalidade.

Em seguida, serão analisadas decisões do Superior Tribunal de Justiça num diálogo ao estilo derridiano, enfatizando as premissas teóricas trabalhadas nos capítulos anteriores, no sentido de evidenciar como o princípio da supremacia do interesse público não se configura como um axioma de todo o regime jurídico administrativo, como defende a doutrina⁴⁷ e jurisprudência dominante no Brasil, tampouco deve ser substituído pela técnica da ponderação em relação a cada caso concreto, sob pena de violação de direitos e garantias fundamentais.

Defende-se, na esteira do pensamento de Jacques Derrida, a imprescindível responsabilidade que o administrador público deve possuir na realização e satisfação do interesse público que de fato represente a vontade da coletividade, numa postura de consciência do que está porvir, do respeito com o outro e com as consequências dos resultados que sua decisão se predispõe, numa postura de alteridade e ética.

A desconstrução aqui servirá como meio de resgatar a importância da efetivação dos direitos e garantias fundamentais pela Administração Pública brasileira, bem como a

⁴⁷ Cf. MELLO, 2009, p. 56.

defesa de uma atuação estatal compromissada com a ética, alteridade e responsabilidade com o porvir.

4.1 DESCONSTRUINDO O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 22.082 - GO

No Recurso em Mandado de Segurança n. 22.082 – GO⁴⁸ tramitado no Superior Tribunal de Justiça, foi apreciado o Decreto estadual n. 5.735/2003 do Governo do Estado de Goiás que desapropriou por utilidade pública, imóvel localizado na cidade de Pirenópolis, para ser utilizado para a instalação de guichês para uma tradicional festa realizada no Município, denominada de “Cavalhada”.

Alega o proprietário do imóvel discriminação política na escolha da sua propriedade e vícios de natureza formal no decreto expropriatório. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás decidiu por negar a segurança ao impetrante e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, mantendo a decisão do Tribunal de origem. Todas essas decisões foram fundamentadas na alegação de ausência de provas que comprovassem a perseguição política e das deficiências formais do decreto expropriatório, acrescido ao fato de que houve perfeita identificação do terreno desapropriado para os fins pretendidos pela Administração Pública.

Tal entendimento deve-se ao fato de que o ato administrativo sob análise goza de presunção de legitimidade e incide sobre ele o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Diante desses argumentos, a segurança não foi concedida ao impetrante.

A tarefa de desconstruir tal posicionamento judicial requer a instauração da dúvida, do questionamento e a não aceitação do que está posto. A partir de uma leitura atenta, resta evidente que a simples alegação do princípio da supremacia do

⁴⁸ Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança n. 22.082 – GO (2006/0119837-02). Segunda Turma. Data do julgamento: 24 de novembro de 2009. Relator Ministro Castro Meira. Publicado no D.J.e em 03 de dezembro de 2009.

interesse público sobre o privado já importa numa posição de supremacia da Administração Pública já definida *a priori*, pouco importando o interesse e as razões do impetrado. Tal postura já identifica amplo desrespeito à ordem constitucional vigente, uma vez que o interesse individual também se configura como interesse público.

Como analisado, o interesse público no contexto de Estado Democrático de Direito impõe a satisfação de interesses individuais e coletivos, protegidos constitucionalmente com *status* de direitos e garantias fundamentais. A decisão em comento fomenta ao processo denunciado por Derrida de homogeneização e de simplificação, esgotando e tornando impura a complexidade natural dos fenômenos típicos da existência humana. Assim, dotado da vestimenta da legalidade, os fatos apresentam-se legitimamente definidos, cada fase dos processos judicial e administrativo devidamente respeitados, não evidenciando qualquer aparente anomalia ou ilegalidade.

Todavia, trata-se claramente da satisfação de um interesse da Administração Pública, que não se coaduna propriamente com o interesse público. Demonstra o julgado que em razão da perfeita identificação do terreno desapropriado para os fins pretendidos pela Administração Pública, juntamente com a presunção de legitimidade dos atos administrativos e da incidência do princípio da supremacia do interesse público, já afastam a análise do ferimento ao direito fundamental do particular.

Derrida adverte sobre a aporia que incide em relação ao direito e à justiça, ante a análoga situação que denominou de “*epokhé* da regra”, ou seja, a crença de que se a decisão estiver devidamente pautada na regra, simétrica à norma, conforme o direito, esta será justa. No presente caso, a devida vinculação com as regras administrativas que ditam e legitimam o exercício da atividade administrativa já bastam para a definição de que a decisão da Administração Pública fora acertada e, portanto, justa, não importando as razões do indivíduo prejudicado com o ato administrativo.

Do paradoxo existente entre a vontade da Administração e o desrespeito ao direito fundamental que assegura a proteção da propriedade, torna-se também necessária, na forma derridiana, compreender o caso em tela na forma da *différance*, como revelação da diferença, da leitura cerrada de forma a perseguir as respostas, rompendo a verdade posta no texto, moldurada pela simplicidade e pela força sutil e autoritária que detém a Administração Pública no Brasil. E, nesse processo, acusar, denunciar, revelar as formas de dominação e imposição. Ocorre, portanto, a esteira do afirmado por Derrida, a *différance* que

[...] Não comanda nada, não reina sobre nada e não exerce em parte alguma qualquer autoridade. Não se anuncia por nenhuma maiúscula. Não somente não há qualquer reino da diferença⁴⁹ como esta fomenta a subversão de todo e qualquer reino. O que a torna evidentemente ameaçadora e infalivelmente receada por tudo aquilo que em nós deseja o reino, a presença passada ou por vir de um reino. É sempre em nome de um reino que se pode, acreditando vê-la engrandecer-se com uma maiúscula, acusá-la de querer reinar (DERRIDA, 1991, p. 55).

Com a desconstrução, através da *différance*, não há a intenção de se impor um novo e diverso entendimento, em razão do risco dessa nova compreensão ser confundida com outro ato de autoridade. No presente caso, torna-se imprescindível desconstruir, tendo em vista a necessidade de se denunciar que a vontade da Administração não significa, de forma matemática, precisa e exata, com a satisfação do interesse público, vez que a desapropriação de um imóvel deve ser medida excepcional a ser adotada pela Administração Pública, nos termos do inciso XXIV da CRFB.

A motivação do ato administrativo expropriatório, este capaz de impor o sacrifício ao direito fundamental⁵⁰, visando a utilização da propriedade para a instalação de

⁴⁹ Na obra *Margens da filosofia*, o tradutor optou por efetuar a tradução do neografismo *différance* adotando a forma que denominou de “diferença” (DERRIDA, 1991, p. 33). No restante deste trabalho dissertativo, adotou-se a expressão mais utilizada em outras de Derrida, “diferencia” e também a versão sem tradução, *différance*.

⁵⁰ No direito administrativo, a desapropriação é considerada como sacrifício de direito que o Estado pode impor ao administrado. Segundo Carlos Ari Sunfeld, na obra *Direito administrativo ordenador* (1997), “o sacrifício de direito se define como a situação subjetiva passiva, imposta compulsoriamente pelo Estado, com base em lei, aos titulares de direitos de conteúdo patrimonial, através do devido processo judicial (salvo a hipótese de acordo) e mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, implicando em compressão (parcial ou temporária) do conteúdo do direito ou em sua extinção, para permitir sua afetação a um interesse público ou social” (SUNDFELD, 1997, p. 86-87). Nesse sentido, a desapropriação de bens compreende o maior exemplo de sacrifício de direito a ser suportado pelo administrado.

guichês para realização de uma festa municipal que ocorre por três dias ao ano⁵¹, coincidente com a data de comemoração do calendário religioso católico denominado de Pentecostes, importa num evidente conflito entre o interesse público envolvido em almejar a realização de um festejo e, por outro lado, o também interesse público de respeito à propriedade privada, assegurada como direito e garantia fundamental nos termos do artigo 5º, inciso XXII da CRFB.

O direito, através do instituto da desapropriação, apresenta-se como uma força autorizada e sendo imposto através de um ato de sutil violência, “*enforceability*”, e o interesse público eleito coercitivamente, em detrimento da satisfação de direitos fundamentais de natureza individual. Nesse sentido, “[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica ou tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável” (DERRIDA, 2007, p. 07-08).

A CRFB assegura outras formas de intervenção da Administração Pública na propriedade privada como a requisição⁵² e o tombamento⁵³; e com base no artigo 36 do Decreto-Lei n. 3365/41⁵⁴, a ocupação temporária. E pode, ainda, a Administração se utilizar de institutos do direito privado como o aluguel. Observa-se, portanto, que a Administração Pública dispõe de outros meios para intervir na propriedade,

⁵¹ Informação constante no sítio eletrônico de turismo da cidade de Pirenópolis. Disponível em: <<http://www.pirenopolis.tur.br/portal/index.php?id=cavalhadas>>. Acesso em: 5 jan. 2010.

⁵² Art. 5º...

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente pode usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

⁵³ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

⁵⁴ O Decreto-Lei 3365/41 é denominado de Lei Geral das Desapropriações, trazendo em seu bojo a regulamentação da desapropriação por utilidade ou necessidade pública e também aspectos processuais, administrativos e judiciais, para a implementação da desapropriação. No que couber, os procedimentos estabelecidos nessa legislação são aplicáveis para a requisição e para a ocupação temporária.

devendo sempre optar a que promova menor dano à esfera de direitos fundamentais do indivíduo, possuidor de bens que sofrerão a intervenção pelo Poder Público.

À luz do Estado Democrático de Direito, os fundamentos da atuação da Administração Pública brasileira devem ser buscados no texto constitucional, pois é quem determina as funções administrativas e o entendimento do que seja interesse público. Na esteira desse entendimento, Cármen Lúcia Antunes Rocha ensina que

Dois fenômenos parecem estar na base da constitucionalização administrativa: a politização e a profissionalização da Administração Pública; a constatação de que o Estado tem o desempenho mais próximo e mais constante do povo no exercício da atividade administrativa (ROCHA, 1994, p. 15).

O princípio da eficiência, acrescido ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 19 de 04 de junho de 1998, impõe uma atuação administrativa de forma planejada e profissional, afastando a administração dos negócios públicos de forma a atender apelos populistas e com a reprodução de práticas clientelistas pelo gestor público. Na decisão jurídica em tela, confirma como o poder público municipal está claramente engajado numa administração clientelista a partir da violação de um direito fundamental com o objetivo de servir para um festejo que ocorre apenas três dias ao ano.

No presente caso, imprescindível desconstruir, numa atitude de não aceitação da prática administrativa que se apresenta de forma legal, mas traz em seu cerne o legítimo exercício de autoritarismo. Caberia uma atuação responsável, vinculada com a repercussão e com as consequências da decisão, da consciência do que está porvir. Caberia uma compatibilização entre os dois interesses públicos em jogo, merecendo destaque qual deles importaria numa atuação menos onerosa, a que mais atenderia o interesse público sem que para isso fosse violado algum direito fundamental.

4.2 DESCONSTRUINDO O RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 16.065 - SC

O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 16.065 – SC⁵⁵ interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que denegou segurança contra ato do Governador do Estado, exarado por meio do Decreto n. 16/99, responsável pela anulação do Decreto n. 2.956/98 que efetuou a redistribuição da impetrante, ocupante do cargo de Agentes de Serviços Gerais, dos quadros de servidores da Secretaria de Estado da Casa Civil para a Procuradoria Geral do Estado, o que acarretou em relevante redução de seu salário.

A impetrante fora surpreendida com a anulação do citado Decreto, uma vez que já se encontrava aposentada e com o Mandado de Segurança, pleiteou o reconhecimento do direito a voltar a receber a remuneração fixada à época de sua aposentadoria.

Sem a instauração de qualquer procedimento administrativo que garantisse o exercício dos direitos constitucionais referentes ao contraditório e à ampla defesa, o Poder Executivo estadual anulou o Decreto e, via de consequência, a redistribuição da servidora, o que repercutiu diretamente nos proventos de sua aposentadoria. Tal decisão fora motivada pelo poder de autotutela que goza a Administração Pública, pelo respeito ao princípio da legalidade e pelo princípio da supremacia do interesse público.

A anulação é cabível, nos termos das Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal, para os atos administrativos eivados de ilegalidade, por conta do reconhecimento jurisprudencial do princípio da autotutela que autoriza a Administração Pública a retirar do ordenamento jurídico atos que contenham alguma ilegalidade, em razão da prevalência do princípio da legalidade, nos termos do artigo 37, *caput*, da CRFB, em que todos os atos expedidos pela Administração devem

⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança n. 16.065 – SC (2003/0034845-0). Sexta Turma. Data do julgamento: 21 de maio de 2009. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicado no D.J.e em 08 de junho de 2009.

estar de acordo com a lei⁵⁶. Sobre a função da invalidação do ato administrativo, leciona Celso Antonio Bandeira de Mello que

Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antiética à da conformidade com o Direito (validade). [...] Para a Administração o que fundamenta o invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quanto violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável ao caso concreto (MELLO, 2009, p. 454; 456, grifo do autor).

Segundo Parecer exarado pelo Ministério Público nos autos do Mandado de Segurança, considerando que em todo o processo não consta o motivo que ensejou a remoção por meio do Decreto anulado, “[...] mostra-se razoável e lógica a conclusão de que o ato atendeu exclusivamente aos interesses da impetrante [...]. E deduz que por conta de uma majoração nos vencimentos que a beneficiou, houve “arranjo”, “[...] o que, se não invalida por si só o ato, reforça decisivamente a pecha de imoralidade que se lhe imputa”. Após este opinamento, decidiu o Tribunal de Justiça pela denegação da segurança.

Em sede de recurso, reitera os pedidos anteriores e aduz que não lhe foi oportunizado o direito de defesa na via administrativa e o evidente desrespeito aos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, vez que não foram apreciados por ocasião da apreciação do mandado de segurança.

Após apertada síntese, vale adentrar ao texto, fazê-lo revelar suas próprias contradições, cabe, portanto, a desconstrução. De forma imperiosa e autoritária, sem qualquer ciência prévia, o Decreto estadual foi responsável pela anulação de um Decreto anterior que, além de redistribuir a servidora, conferiu-lhe a majoração em sua remuneração. Nesse caso, a anulação adentrou a esfera de interesses individuais, prejudicando a servidora, já aposentada, e com capacidade de modificar a situação jurídica para a qual estava preparada.

⁵⁶ Vale ressaltar que as referidas Súmulas também reconhecem a revogação como outra forma de extinção do ato administrativo. Nesse caso, é aplicável para atos discricionários em caso de inconveniência e inoportunidade. Os atos administrativos discricionários são aqueles expedidos pela Administração Pública em que compete ao administrador público realizar juízo de conveniência e oportunidade, em razão da norma que os legitima não expressar diretamente qual o seu objeto. Em contraposição, há os atos administrativos vinculados em que a norma já indica expressamente o seu objeto.

De forma unilateral, valendo-se da dedução de que a remoção ocorrera de forma imoral e ilegal, o poder público se apodera de sua supremacia, desfaz o ato anterior sem qualquer tipo de defesa por parte da servidora e sem a devida instauração de procedimento administrativo prévio que lhe conferisse a oportunidade de exercício de direitos fundamentais ligados ao contraditório e à ampla defesa.

Resta evidenciado a "*enforceability*" como proclamou Derrida, ou seja, o direito sendo aplicado de forma a conferir legitimidade a atos administrativos que são expedidos para a satisfação da vontade particular do administrador público. Outrora, publica-se um ato conferindo privilégios, depois, este ato é desfeito por outro administrador que o deduz ser imoral.

Derrida advertiu de que não há direito sem força, vez que "[...] o direito é sempre uma força autorizada, uma força que justifica ou tem aplicação justificada, mesmo que essa justificação possa ser julgada, por outro lado, injusta ou injustificável" (DERRIDA, 2007. p. 07-08). No caso em tela, o Direito fora utilizado como forma de impor coercitivamente uma nova decisão, de determinar a incidência de uma necessária e sutil violência por parte da autoridade pública.

A força para criar o direito, alterando a situação jurídica da servidora pública, compreendeu, de fato, um ato de violência por parte da autoridade pública que não pautou sua atuação em procedimentos administrativos prévios que respeitassem e efetivassem direitos fundamentais, mas em meras deduções, por conta da supremacia e desigualdade que goza a Administração.

Um dos fundamentos alegados para a anulação do ato administrativo independentemente de processo administrativo preliminar, foi a incidência do princípio da supremacia do interesse público. Nesse caso cabe o questionamento, a inserção da dúvida a respeito de qual interesse público propriamente que o ato administrativo satisfizesse e que autorizou o uso da desigualdade que detém a Administração.

Ademais, compreende interesse público um ato que confere prerrogativas apenas a um servidor, em detrimento de tantos outros que se encontram na mesma situação jurídica e na visível reprodução de práticas patrimonialistas no seio da atuação administrativa, a partir do momento em que o administrador público simplesmente trata os negócios públicos como seus e promove a ampliação de direitos individuais de apenas um dos servidores, conferindo-lhe, por meio do aparato jurídico, privilégios?

Cabe afirmar que também compreende interesse público a violação a direitos fundamentais ligados ao exercício do contraditório e da ampla defesa, com fundamento no inciso LV, do artigo 5º, da CRFB, que autoriza a Administração, através do uso da formalidade exigida pelo direito, simplesmente em anular seu próprio ato responsável por repercutir diretamente no campo de interesses individuais do administrado?

Essas indagações são necessárias vez que se encontram em divergência ao que foi defendido ao longo deste trabalho. Como visto, a Constituição apenas é adequadamente interpretada se analisada e efetivada a partir dos direitos fundamentais, pois somente eles é que “[...] justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder” (SCHIER, 2005, p. 222).

Assim, todos os Poderes, em especial o Executivo, devem buscar a legitimação de seus atos na própria Constituição, sob pena da atuação importar na violação a direitos e garantias fundamentais, como no presente caso. E o interesse público que autoriza à Administração pautar-se na prerrogativa da supremacia é o interesse que efetiva os direitos fundamentais.

Apenas será interesse público um querer consciente da coletividade, aglutinado pela solidariedade e pela integração social, segundo leciona Héctor Jorge Escola (1989, p. 240). Daí se afirmar que o interesse público alegado no caso em tela compreende uma vontade do Estado, que em nada se aproxima dos interesses públicos propriamente ditos, num legítimo exercício de autoritarismo e arbitrariedade, apesar de se apoiar no direito e na legalidade para impô-los.

Ademais, verifica-se que há total compatibilidade entre os atos administrativos que conferiram e retiraram privilégios com o que Derrida apregoou a respeito da *epokhé* da regra" (DERRIDA, 2007, p. 44), vez que a partir do momento em que cada decisão estiver plenamente vinculada com a legalidade, em simetria com a norma, ou seja, conforme o direito, a decisão será justa, mesmo que importe na imposição de algo injusto.

No presente caso, por exemplo, o administrador público quando fundamenta a escolha administrativa com a incidência da regra e da legalidade, age de forma mecânica e, assim, injusta. A melhor atuação administrativa é aquela que não impõe a decisão apenas com fundamento no exercício de autoridade e desigualdade que a regra confere *a priori* à Administração Pública, todavia deve analisar o caso concreto, fomentar a realização de procedimentos democráticos que convalidem que tal interesse corresponde, de fato, com a vontade da coletividade.

Caso o procedimento administrativo tivesse sido oportunizado à servidora, com respeito aos direitos fundamentais, possibilitaria o alcance de uma conclusão mais justa, responsável por anular ou não o aludido Decreto. Todavia, não seriam violados os direitos fundamentais, fazendo da atuação administrativa muito mais do que uma atividade de subsunção do fato ao que prescreve à norma, muito além do que simplesmente realizar uma atividade mecânica, de mero cálculo. A atividade administrativa deve estar sempre aberta a novas interpretações em cada novo caso, propiciando, assim, a melhoria da prática administrativa, vez que não estará reduzida a simples incidência da regra.

Além de "justo", proclamou Derrida que o melhor seria afirmar legal ou legítimo, em conformidade com um direito, regras ou convenções que "autorizam o cálculo". Pelo exposto, verifica-se que, no direito, a questão da justiça é, estrategicamente, enterrada e dissimulada.

Cabe aqui a compreensão de que a prática administrativa no Brasil necessita de comprometimento com o que está por vir, com a responsabilidade sobre as consequências que um simples ato é capaz de produzir, de pautar a satisfação do

interesse público na decisão mais justa, que é aquela atinge o outro e o protege. Dessa forma, não basta qualquer juízo de ponderação, tampouco a mera alegação da supremacia do interesse público. A melhor atuação administrativa é aquela em que a alteridade e a ética encontram-se no cerne da decisão.

4.3 DESCONSTRUINDO O CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 89.288 – AC

O Conflito de Competência n. 89.288 – AC (2007/0207668-9)⁵⁷ instaurado pelo Estado do Acre diante da divergência existente entre o juízo competente, a Vara da Fazenda Pública ou a Vara do Trabalho. Tal conflito se deve ao fato de que o Sindicato dos Urbanitários ajuizou reclamação trabalhista em face da Companhia de Habitação do Estado do Acre – COHAB. O Juiz do Trabalho determinou a penhora do prédio onde se encontra instalada a sua sede, cujo auto de adjudicação foi expedido em 18 de julho de 2007, com data de entrega do mandado no dia 25 de julho de 2007. Todavia, exatamente no dia posterior, dia 26 de julho de 2007, o Estado do Acre publicou o Decreto n. 1.093 desapropriando o mesmo imóvel objeto da ação trabalhista, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A ação de desapropriação foi ajuizada em 31 de julho de 2007 contra a Companhia de Habitação do Estado do Acre e no dia 1º de agosto no mesmo ano, o Juízo da Fazenda Pública estadual conferiu imissão provisória na posse do bem em sede liminar. Não obstante a decisão proferida pelo Juiz da Vara da Fazenda Pública, em 15 de agosto de 2007, o Juízo Trabalhista determinou o prosseguimento da ação trabalhista. Diante da controvérsia, o STJ fora provocado com intuito de solucionar o conflito de competência.

Esta síntese demonstra claramente o exercício do poder estatal, da atividade administrativa voltada para a defesa do patrimônio público. Daí a necessidade da

⁵⁷ Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 89.288 – AC (2007/0207668-9). Primeira Seção. Data do julgamento: 22 de abril de 2009. Relator Ministro Castro Meira. Publicado no D.J.e em 04 de maio de 2009.

desconstrução, da leitura crítica e da não aceitação do que se impõe como ato de autoridade, em flagrante violação a direitos e garantias fundamentais.

Os funcionários da Companhia de Habitação do Estado do Acre ajuizaram reclamação trabalhista tendo em vista o não pagamento pela entidade estatal dos seus débitos trabalhistas, assegurados na CRFB e na legislação laboral. Em decorrência do reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, o Juízo Trabalhista determina a penhora de um bem como forma de possibilitar o pagamento dos funcionários.

Todavia, num prazo de tempo exímio, o Estado do Acre valendo-se da prerrogativa que possui de atuar de forma desigual em relação aos interesses dos funcionários da COHAB – AC, com fundamento no princípio da supremacia do interesse público, num evidente ato de força e violência, fez publicar o ato determinando a desapropriação do mesmo bem.

Mister efetuar uma leitura na esteira do que já foi discutido nos itens anteriores, pois não há como deixar de reconhecer, no presente caso, como o direito foi utilizado pelo administrador público como forma de impor a satisfação de um possível interesse público, legitimando e motivando sua decisão através da incidência do princípio da supremacia do interesse público.

Considerando a proteção patrimonial de um bem pertencente à Administração Pública, o interesse público alegado refere-se ao secundário, nos termos do que leciona o jurista italiano Renato Alessi⁵⁸. Trata-se de uma atuação pautada na manifestação de vontade do Estado do Acre enquanto pessoa jurídica, em evidente defesa do seu patrimônio.

A Administração Pública estadual intenta uma dupla inadimplência do seu dever de efetivar interesses públicos, tutelados constitucionalmente e elencados no amplo rol de direitos sociais, no momento em que não permite o adequado pagamento dos vencimentos de seus funcionários, nos termos da legislação trabalhista. De um lado,

⁵⁸ Cf. item 2.1.

nega-se a pagar corretamente os vencimentos dos trabalhadores da entidade estatal, de outro retirando coercitivamente o único bem pertencente à entidade estatal pela via da desapropriação e, dessa forma, impedindo a utilização do bem para adimplemento das obrigações trabalhistas, numa postura de flagrante violação aos direitos e garantias fundamentais.

A Companhia de Habitação do Estado do Acre é organizada juridicamente na forma de sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito público e, dessa forma, seus bens não gozam de qualquer tipo de proteção que o regime jurídico de direito público confere aos chamados bens públicos.

Já o Estado do Acre, enquanto ente dotado de personalidade jurídica de direito público, ao impor a supremacia do interesse público, efetuou a expropriação de um bem da entidade integrante da Administração Indireta, numa evidente manobra jurídica, transferindo para si a propriedade. Dessa forma, considerando a utilização do bem pela própria Administração⁵⁹, automaticamente ocorre a sua afetação que compreende a incidência de todas as prerrogativas do regime jurídico de bem público.

O artigo 100 da CRFB determina que débitos judiciais impostos à fazenda pública sejam pagos na forma de precatórios e por força dessa determinação constitucional, os bens públicos se tornam impenhoráveis e inalienáveis, portanto, não sendo possível a sua penhora, como fez o Juiz do Trabalho, ou alienação⁶⁰.

Nesse caso, o interesse público foi sutilmente utilizado como forma de justificar, acobertar e legitimar a prática de extremo autoritarismo por parte da Administração

⁵⁹ Os bens públicos, quanto à sua utilização, e conforme artigo 99 do vigente Código Civil, são classificados como: bens de uso comum do povo que são aqueles usados indistintamente pela coletividade; bens de uso especial como aqueles utilizados pela Administração Pública para a realização de suas funções administrativas; e, finalmente, bens dominicais que são bens sem destinação pública específica, como terrenos baldios e prédios abandonados.

⁶⁰ O regime jurídico dos bens públicos é marcado ainda pela imprescritibilidade, que compreende a incapacidade de aquisição do bem público através do seu uso no tempo, ou seja, são insuscetíveis de usucapião, com fundamento nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único, ambos da CRFB; e no artigo 102 do vigente Código Civil. Outra característica decorrente do artigo 100 da CRFB é a impossibilidade do bem público sofrer oneração com algum direito real de garantia, como penhor e hipoteca.

Pública estadual, em detrimento dos direitos fundamentais de trabalhadores que, organizados, provocaram o Poder Judiciário para, então, ver satisfeitos os pagamentos dos direitos trabalhistas a que fazem jus.

Em seus aspectos primários e secundários, qualquer prática administrativa pode ser incluída no amplo e indeterminado rol de situações que representam o interesse público. E por isso que cabe aqui a desconstrução. Compete demonstrar, como Derrida, o risco em relação à tradução. A tarefa de traduzir não é imparcial, pois não consegue trazer consigo toda a complexidade de uma realidade para a qual uma teoria foi elaborada. Simultaneamente, o original torna-se tributário do seu tradutor que impregna, naturalmente, suas próprias marcas no texto traduzido.

Portanto, a adoção no Brasil da teoria italiana que compreende a supremacia do interesse público em seus aspectos primários e secundários⁶¹, trata-se de uma teoria não adaptada à realidade jurídica, política e administrativa do Brasil, por importar num demasiado risco à ordem democrática estabelecida constitucionalmente.

A supremacia do interesse público secundário, ou melhor, o interesse patrimonial do Estado, não se refere adequadamente a qualquer interesse público, uma vez que esse se configura muito mais em um encargo decorrente da tarefa de administrar, sejam eles os interesses públicos como os privados, dentro da esfera pública como a privada.

Dessa forma, a separação do interesse público em primário e secundário, conforme apresentado pelo jurista italiano Renato Alessi, foi pensada e formulada para um contexto jurídico e para um modelo de organização administrativa, bem diversos que a realidade jurídica e administrativa brasileira. No Brasil, a tradição política e administrativa sempre foi fortemente influenciada pelo clientelismo e patrimonialismo, assim a inserção desta teoria no contexto brasileiro fomenta o trato da coisa pública conforme a vontade de quem ocupa o poder.

⁶¹ Cf. capítulo 2.

O Brasil vivencia um processo de existencialismo constitucional e a sociedade brasileira cada vez mais conscientiza-se que é tutelada por uma ordem constitucional, repleta de garantias, e, aos poucos, vai se reconhecendo como integrantes do processo político, legitimadora da vigente Carta Constitucional e destinatários de diversos direitos e garantias.

A busca demasiada pela racionalização da atuação administrativa capaz de atribuir ao interesse público os aspectos primários e secundários, favorece a uma visão *logocêntrica* como nos adverte Derrida. A extrema racionalização promove um distanciamento na satisfação do real interesse público, que é aquele pautado nos interesses oriundos do tecido social.

Verifica-se que, sutilmente, práticas de evidente autoritarismo são realizadas pela Administração Pública brasileira e legitimadas através do uso do direito. O caso em tela evidencia como o direito pode ser utilizado como forma de impor os interesses patrimoniais da Administração Pública, em detrimento do asseguramento e efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores da própria Administração, através de uma verdadeira manobra jurídica para a imposição da vontade irresponsável e autoritária do Estado.

Derrida proclamou o quanto o direito que se apresenta como uma força autorizada e como imposição de um ato de violência simbólica, “*enforceability*”. A grande contribuição do filósofo, e perfeitamente aplicável ao caso ora sob análise, uma vez que o Direito não é algo natural, por se impor como força a partir da utilização de um discurso reprodutor de práticas de sutil violência. É, portanto, algo criado que só se aproximará da justiça enquanto houver a devida correlação com o respeito ao outro, numa postura de ética, alteridade e responsabilidade com o que está porvir.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O significado do interesse público indica, num primeiro olhar, que se trata da vontade da sociedade imputada ao Estado, este como o agente responsável pela concretização das pretensões coletivas. Em cada contexto, esse significado vai se alterando por aglutinar novas demandas impostas ao administrador público.

O interesse possui algumas funções, dentre elas a de regulação global, conforme lição de Jose Luis Bolzan de Moraes. Essa função própria da juridicidade contemporânea, permite a inclusão de novas pretensões oriundas do tecido social. Assim, a noção do interesse público não se configura em algo estaque, mas permite essa aglutinação, tendo o Estado a função precípua de efetivá-los.

No Estado Democrático de Direito, o interesse público não compreende apenas a tutela dos direitos individuais, compreende muito mais em um querer majoritário, voltado para o êxito e efetivação do valor ou do bem expressado de forma consciente pela comunidade, através da utilização de meios democráticos que confirmam legalidade a atividade administrativa.

Influenciado pelos valores da fraternidade, representam pretensões coletivas, além da defesa das garantias individuais e sociais, a proteção a direitos difusos que envolvem a efetivação, por exemplo, de políticas públicas ligadas, principalmente, para a defesa do meio ambiente, do patrimônio público e das relações de consumo.

Nesse contexto, o princípio democrático encontra-se no cerne de toda a atividade política e administrativa, sendo que tanto a positivação como a efetivação dessas pretensões coletivas importam numa atuação direta por parte dos seus titulares, em legítimo exercício da cidadania.

Dessa forma, o direito deixa de compreender a noção de imposição de uma realidade objetiva imposta, no caso deste trabalho, pelo Poder Executivo através da atuação administrativa, a partir do momento que cada decisão é legitimamente alcançada a partir do envolvimento da coletividade principalmente para a definição

de interesse público que autorizará a Administração Pública exercer sua desigualdade diante do interesse do particular, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Vale ressaltar que a Constituição possui a função de impor um parâmetro de interpretação que valha para todo o ordenamento jurídico, no que tange à imposição do respeito aos direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, considerando que a Constituição apresenta-se como a maior expressão da vontade popular e aglutinadora das novas demandas sociais, os direitos e garantias fundamentais compreendem, portanto, como um mínimo de direitos a serem garantidos e efetivados por todos os Poderes estatais, inclusive o Poder Executivo, configurando como os mais legítimos interesses públicos, por decorrer de um reconhecimento social e político por parte da sociedade brasileira e ocupar o núcleo basilar de todo o ordenamento jurídico.

É a vinculação com o interesse dos indivíduos inserido numa comunidade que justifica a atuação estatal garantidora e protetora dos direitos e garantias fundamentais, e o direito administrativo é inserido nesse contexto como forma de possibilitar e assegurar que a Administração Pública possua os meios legais para realizar e concretizar as pretensões da coletividade a fim de que os indivíduos alcancem o bem-estar geral através da satisfação de seus interesses. Dessa forma, evita-se possíveis práticas injustificadas e indesejadas por parte das autoridades públicas envolvidas e responsáveis pela administração dos negócios públicos.

Nessa lógica, o interesse público apresenta-se como legitimador da atuação estatal, uma vez que as atividades administrativas devem ocorrer em prol da satisfação dos interesses da coletividade e, para tanto, o direito administrativo assegura uma diferenciação do ente público em relação ao privado como forma de garantir a implementação das medidas administrativas necessárias para a efetivação dos interesses da coletividade, através do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O princípio da supremacia do interesse público, portanto, confere legitimidade a posição de autoridade e de verticalidade das relações existentes entre o público e o

privado, importando o desequilíbrio natural em favor da Administração Pública, já que esta é a responsável pela efetivação de diversos interesses públicos.

Todavia, no caso da Administração Pública brasileira, os desvios e as distorções aparecem quando a autoridade administrativa é exercida de forma a efetivar não as pretensões oriundas democraticamente da coletividade, mas quando a função administrativa é exercida para a satisfação de interesses privados dos detentores do poder que acaba por gerar o exercício reiterado de autoritarismo por parte do Estado, distante dos preceitos do Estado Democrático de Direito e da nova disposição constitucional que impõe a observância e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

E essa angústia que motivou a realização desta pesquisa. Entende-se, em divergência à relevante teoria nacional, que à luz do Estado Democrático de Direito, marcado pela centralidade da Constituição, o princípio da supremacia do interesse público não se configura no princípio basilar do regime jurídico administrativo, uma vez que a supremacia decorre da estrutura jurídica hierarquizada, constitucionalmente disposta, e que vincula a Administração Pública.

Defende-se a supremacia da Constituição que somente é devidamente compreendida se interpretada e efetivada a partir dos direitos fundamentais, pois o catálogo de direitos e garantias fundamentais é responsável por proteger os indivíduos frente às razões de Estado, que, por algumas vezes, levando em consideração o contexto político brasileiro, são permeadas por atos de autoritarismo em detrimento da satisfação dos interesses públicos.

A presente pesquisa pretendeu evidenciar que o princípio da supremacia do interesse público apenas deve ser utilizado desde que a desigualdade frente aos interesses privados satisfaça direitos e garantias fundamentais, inseridos na atual ordem constitucional, como legítimos interesses públicos. Portanto, o interesse coletivo que requer tratamento desigual por parte do poder público é o interesse que efetiva os direitos fundamentais.

No Brasil, a Administração Pública reiteradamente vale-se de sua desigualdade frente ao particular para imposição das pretensões que não propriamente tenham correspondência com o interesse da coletividade, mas importam numa vontade do ente estatal, muitas vezes por conta do exercício de autoritarismo ou por conta da defesa do patrimônio estatal e, dessa forma, com maestria e sutileza, viola direitos fundamentais dos cidadãos.

A partir do estudo da filosofia de Jacques Derrida, decisões proferidas pelo STJ no ano de 2009, pertinente à matéria administrativa, foram interpretadas na forma da desconstrução. Para Derrida, a importância da desconstrução ocorre por conta da identificação das aporias, pelo fato de haver ou parecer haver razões análogas nos textos, aparentemente desprovidas de qualquer contradição.

Derrida não propôs qualquer novo método, mas permitiu o resgate da dúvida, do movimento, da posição de não aceitação ao que se apresenta de forma simples, homogênea, racional, e, com isso, propiciar uma leitura que seja capaz de descortinar o que não fora, estrategicamente, lançado no texto.

Através da desconstrução, restou evidenciado como a Administração Pública brasileira se vale do princípio da supremacia do interesse público como forma de impor a sua decisão e o que compreende ser interesse público. Não há qualquer comprometimento no fomento do uso de práticas democráticas que legitimem a atuação estatal. O princípio em tela incentiva que práticas clientelistas e patrimonialistas se perpetuem no exercício da atividade administrativa, com a utilização do simulacro, da ocultação dos atos de autoritarismo sob o manto da legalidade.

O direito é usado como força, como imposição de uma violência sutil, como legitimadora de práticas que em muito se distanciam das pretensões que refletem, de fato, o interesse da coletividade.

O uso do princípio da supremacia do interesse público demonstra como o apego à racionalidade pode importar na aplicação legítima de violência e poder por parte da autoridade pública, travestida, entretanto, de legalidade.

O uso da argumentação e ponderação como sugere alguns críticos ao aludido princípio, também não se configura na melhor opção a ser adotada pelo administrador público, vez que, na verdade, através do discurso, da utilização da argumentação e da racionalidade, a Administração Pública pode efetivar interesses estatais que não tenham correspondência com o interesse da coletividade. Trata-se, portanto, de verdadeiro simulacro e aporia. Daí a importância do diálogo com a filosofia de Jacques Derrida.

Essa pesquisa permitiu afirmar que é preciso inserir, ao estilo derridaniano, a dúvida, a não aceitação de atos administrativos que já impõe a supremacia *a priori* da Administração Pública sem a devida correlação com a satisfação de direitos e garantias fundamentais e com a utilização de práticas democráticas para a indicação do real interesse público.

A atividade matematizada, como apontou Derrida, de simples justificação da atuação administrativa com base no princípio da supremacia do interesse público, bem como a utilização da ponderação não bastam para que haja o adequado exercício da função administrativa que imponha a melhor solução do conflito existente entre a satisfação do interesse público e, com isso, a mitigação do interesse privado. Imprescindível ao administrador público a tarefa de ter a plena consciência do que está porvir, das consequências que sua decisão administrativa pode gerar, não apenas no aqui e agora, mas no futuro, nos resultados que a atuação se predispõe.

O grande legado de Derrida é que fomenta a compreensão de que a concepção de justiça está diretamente ligada à noção de ética para com o outro, de responsabilidade e de alteridade. Daí concluir que a decisão escolhida através da ponderação ou pela aplicação praticamente subsuntiva do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado jamais consegue atender inteiramente a singularidade do outro, jamais consegue impor, de fato, a realização do interesse público. Nesse sentido, a imposição pela autoridade administrativa de uma decisão traduz-se em violência, vez que o uso "racional" da força não conseguirá, de fato, promover a justiça e a satisfação do real interesse público.

Todavia, a partir desta pesquisa, concluiu-se que é imprescindível a adoção de uma postura de não aceitação e de crítica sobre práticas administrativas tomadas pela Administração Pública brasileira que se apresentam como legais e reprodutoras do discurso da satisfação do interesse público.

É preciso ir além. É preciso um aperfeiçoamento da atuação administrativa de forma a ampliar os meios democráticos a fim de obter diretamente na coletividade a legitimidade dos atos administrativos, vez que apenas dessa forma é possível vislumbrar o enfraquecimento de tradicionais fatores que influenciam a atividade administrativa no Brasil, como o clientelismo e o patrimonialismo e, via de consequência, fomentando uma atuação que de fato sirva como resgate dos direitos e garantias fundamentais que à luz do Estado Democrático de Direito apresentam-se como legítimos interesses públicos.

6 REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano. Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2002.

_____. **Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade**. Tradução de Menelick de Carvalho Neto. Ratio Juris. vol. 16, n. 2, jun 2003, p. 131-140.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 01-22.

ARENT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. VII-XVIII.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 117-169.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade Mecum**: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Decreto-lei n. 3365, de 21 de junho de 1941. In: _____. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Código Civil. Lei n. 10.406, de 21 de junho de 1941. In: _____. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela Administração Pública brasileira contemporânea. 2006. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COURA, Alexandre de Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia**. Tradução de Mirian Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Margens da filosofia**. Tradução de Joaquim Torres Costa e António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.

_____. **Torres de Babel**. Tradução de Junia Barreto. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

DOSSE, François. **História do estruturalismo**: o canto do cisne de 1967 aos nossos dias. São Paulo: Ensaio, 1994. v. 2.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno**: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

DUROZOI, Gerard; ROUSSEL, André. **Dicionário de filosofia**. 2 ed. Tradução de Marina Appenzeller. Campinas: Papyrus, 1996.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX**: os enunciados de Léon Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GUALBERTO, João. **A invenção do coronel**: ensaio sobre as raízes do imaginário político brasileiro. Vitória: SPDC/UFES, 1995.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOBBSAWM, Eric. **A era do capital 1848-1875**. Tradução de Luciano Costa Neto. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

_____. **A era dos impérios: 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steildel de Toledo. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **A era dos extremos: O breve século XX: 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

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

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

KUHN, Thomas. **A estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos:** consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder Municipal: paradigmas para o estado constitucional brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigo. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito social aos interesses transindividuais:** o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORIN, Edgar. **Educar na era planetária:** o pensamento complexo como método de aprendizagem no erro e na incerteza humana. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2003.

NASCIMENTO, Evando (org.). **Jacques Derrida:** pensar a desconstrução. São Paulo: Estação Liberdade, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PERES LUÑO, Antonio E. **Los derechos fundamentales**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org.) **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Tradução de Carolina Andrade. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

PERRONE-MOISÉS, Leyla (org.). **Do positivismo à desconstrução: ideias francesas na América**. São Paulo: EDUSP, 2004.

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

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social e outros escritos**. Tradução de Rolando Roque da Silva. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2003.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. 20 ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246.

SILVA, Benedicto (coord.). **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: FGV, 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

WEFFORT, Francisco C. (org.) **Os clássicos da política**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O federalista". 3. ed. São Paulo: Ática, 1991. v. 1.

ANEXOS

ANEXO A – Relatório, Ementa e Acórdão do Recurso em Mandado de
Segurança n. 22.082 – GO

ANEXO B – Relatório, Ementa e Acórdão do Recurso em Mandado de
Segurança n. 16.065 – SC

ANEXO C – Relatório, Ementa e Acórdão do Conflito de Competência
n. 89.288 – AC