

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

INTERESSE PÚBLICO:
reflexões sobre a base de legitimidade das ações estatais: do
processo administrativo como pressuposto do ato

ENEIDA CRISCUOLO GABRIEL BUENO SILVA

BELO HORIZONTE

2012

Eneida Criscuolo Gabriel Bueno Silva

**INTERESSE PÚBLICO:
reflexões sobre a base de legitimidade das ações estatais: do processo
administrativo como pressuposto do ato**

Dissertação apresentada à Universidade FUMEC, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração: Instituições sociais, direito e democracia; linha de pesquisa esfera pública, legitimidade e controle.

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Balbino Gambogi

Belo Horizonte

2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S586i Silva, Eneida Criscuolo Gabriel Bueno,
Interesse público: reflexões sobre a base de legitimidade
das ações estatais: do processo administrativo como
pressuposto do ato / Eneida Criscuolo Gabriel Bueno Silva . -
Belo Horizonte, 2012.

198 f.

Orientador: Luis Carlos Balbino Gambogi
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2012.

1. Direito público. 2. Processo administrativo. 3.
Legitimidade (Direito). I. Título. II. Gambogi, Luis Carlos
Balbino. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 342

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi (Orientador) 

Prof. Dr. Érico Andrade 

Prof. Dr. Alexandre Antônio Alkmim Teixeira 

MESTRANDA: Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“INTERESSE PÚBLICO: REFLEXÕES
SOBRE A BASE DE LEGITIMIDADE DAS
AÇÕES ESTATAIS: DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO COMO PRESSUPOSTO
DO ATO”.**

NOTA: (90) *noventa*

ASSINATURA ORIENTADOR: 

DATA DA DEFESA: 27/04/2012

*À Teresinha Criscuolo Gabriel, exemplo da
minha vida. (in memoriam)*

*Ao Mestre Paulo Neves de Carvalho, muito
além das montanhas de Minas, a chama não
apagará. (in memoriam)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Dr. Luis Carlos Balbino Gambogi pelo apoio e orientação na condução desta pesquisa.

Agradeço ao meu marido Marcelo Bueno da Silva pela contribuição e por entender as horas de dedicação a este trabalho.

Agradeço à Universidade FUMEC e aos professores do Mestrado em Direito por incentivarem as novas ideias no campo da Ciência Jurídica, tão essenciais à inovação da pesquisa e do pensamento jurídico.

“As leis que regem sua própria ação social impuseram-se até aqui aos homens como leis inflexíveis da natureza, exercendo sobre eles um estranho domínio, para o futuro os homens aplicarão essas leis com pleno conhecimento de causa e, por esse motivo, as governarão.”

Friedrich Engels

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo discutir a legitimidade das decisões administrativas no Estado democrático de direito, numa relação de equilíbrio entre Estado e cidadão, em crítica à verticalidade, e, portanto, aos privilégios da Administração Pública e sujeições aos particulares. Correlacionam-se discurso e democracia na contemporaneidade, demonstrando a necessidade da argumentação e discussão pública com a ultrapassagem da verticalidade através do ato administrativo, devendo o interesse público ser demonstrado através do processo administrativo como meio de discussão numa perspectiva democrática. Neste contexto, serão discutidos aspectos da inadequação de conceitos incorporados ao direito administrativo sem a devida conformação com a realidade social, bem como as mudanças no aspecto da legitimidade.

Palavras-chave: Democracia. Interesse público. Ato administrativo. Processo administrativo. Legitimidade.

RIASSUNTO

Questo lavoro si propone di discutere la legittimità delle decisioni amministrative nel democratico Stato di diritto, al fine di un rapporto equilibrato tra Stato e cittadino, in una critica della verticalità e, quindi, i privilegi della pubblica amministrazione e la soggezione degli individui. Il discorso e la democrazia sono correlati nel mondo contemporaneo, mostrando la necessità di argomentazione e discussione pubblica, in tale contesto, con il passaggio della verticalità attraverso l'atto amministrativo, l'interesse pubblico dovrebbe essere dimostrata attraverso del processo amministrativo come mezzo di discussione in una prospettiva democratica. In questo contesto, saranno discussi gli aspetti della inadeguatezza dei concetti incorporati nel diritto amministrativo, senza conformazione corretta con la realtà sociale, così come i modifiche nel contenuto di legittimità.

Riferimento: Democrazia. Interesse pubblico. Atto amministrativo. Processo amministrativo. Legittimità.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DEMOCRACIA E DISCURSO	15
2.1	Análise do discurso e legitimidade	22
2.2	O direito e a linguagem: a concepção de Jürgen Habermas	30
3	ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	38
3.1	As concepções de Estado: de Hobbes a Rousseau	40
3.2	O regime jurídico administrativo	43
3.2.1	Do antigo regime à jurisdição administrativa	45
3.2.2	O pensamento liberal e a construção de liberdades formais	49
3.2.3	O ato administrativo e a necessidade de novo direcionamento	52
3.2.4	Ato administrativo e ato jurídico	56
3.2.5	Os atributos do ato e a vinculatividade constitucional	64
3.2.6	Da revisão do ato e a necessidade de discussão processual	67
3.2.7	Autotutela administrativa e o direito adquirido	73
3.3	Constitucionalização do direito administrativo: o caminho para uma relação equilibrada	79
4	INEXISTÊNCIA PRINCIPOLÓGICA A PRIORI: A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O INTERESSE PÚBLICO	86
4.1	Positivismo jurídico e legalidade estrita	87
4.2	Pós-positivismo jurídico e Estado democrático de direito	91
4.3	A proporcionalidade nas decisões estatais: a adequação entre meios e fins	96
4.4	A delimitação e interpretação do interesse público: questões prévias	105
4.4.1	Interesse público e identidade cultural	109
4.4.2	Interesse público e o interesse das massas	112
4.4.3	Interesse público e direitos humanos	115
4.4.4	Interesse público e conhecimento mínimo ético: a questão dos dos comportamentos, dos padrões morais e das normas jurídicas	118
4.4.5	Interesse público e discricionariedade: a questão dos conceitos jurídicos indeterminados	135
5	PROCESSO E DEMOCRACIA	140
5.1	Processo justo: a ultrapassagem da forma e a busca pela simétrica paridade	141
5.2	O processo administrativo justo	147
5.2.1	Decisão administrativa: a imparcialidade, a celeridade e a questão da presunção de legitimidade	151
5.2.2	As vias de reapreciação administrativa	155
5.2.3	Das medidas cautelares administrativas como instrumento para busca da efetividade dos direitos	159
5.2.4	O recurso popular administrativo como instrumento de anulação de atos e contratos administrativos	162

5.2.5	Exemplo típico de desconformidade constitucional: o ato administrativo de remoção do servidor por interesse público	164
5.2.6	Exemplo de inadequação entre meios e fins: o direito à moradia e a expropriação por dívida: em busca da justiça material	172
5.2.7	A perspectiva relacional processual nos contratos administrativos: um novo direcionamento	178
6	CONCLUSÃO	185
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

1 INTRODUÇÃO

Há tendência de se considerar a supremacia do interesse público sobre o privado como uma regra de preferência (ÁVILA, 2010, p. 176), constituindo uma espécie de comando geral restritivo de direitos e garantias dos cidadãos e de justificação de privilégios e prerrogativas da Administração Pública para embasar vários tipos de ações estatais, considerando-se quase como um fim em si mesmo.

Tratando-se de sujeições e prerrogativas, o instrumento utilizado para o trato vertical entre Estado-Administração e o indivíduo foi invariavelmente o ato administrativo, considerado neste, presente em abstrato o interesse público. Não raro, o ato administrativo apresenta-se em sua vertente autoritária, numa perspectiva não democrática de sujeição dos indivíduos à vontade estatal.

Alega-se o interesse público e este se transforma numa fórmula geral para justificar as ações estatais sem se investigar realmente se aquilo que se denomina interesse público (e aqui não se fala sob a perspectiva exclusiva do desvio de poder) – encontra-se de acordo com os valores abrigados pela sociedade ou se expressam um determinado tipo de visão autoritária da Administração Pública, e, portanto, desconforme com os valores democráticos.

A partir do momento em que haja o redirecionamento da atividade administrativa, afastando-a da centralidade do ato administrativo, o que pode se dar através do processo administrativo como meio de discussão das decisões estatais, verifica-se uma perspectiva mais democrática em busca do interesse público em concreto, ultrapassando a mera sujeição do indivíduo à vontade estatal, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas, validando apenas as interpretações concretamente adequadas à realização dos valores consagrados no ordenamento e vivenciados pela sociedade.

Sendo o interesse público um conceito indeterminado, a sua interpretação requer a conjugação adequada dos princípios constitucionais diante do caso concreto, observando-se as transformações por que passam as sociedades e suas novas aspirações, resguardando especialmente os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Procurou-se estabelecer nesta dissertação uma ligação entre o discurso, incluído o discurso jurídico, com os conceitos e práticas administrativas, enfatizando a análise crítica do discurso como um dos meios de emancipação frente à

democracia. Neste contexto fez-se uma investigação sobre a superioridade em abstrato do interesse público em relação à atuação estatal, questionando-se o regime jurídico administrativo e o eixo central ato administrativo diante do Estado democrático de direito e da necessidade de uma nova perspectiva em relação ao processo.

Desta forma, o processo como meio de discussão estabelecerá limites à demonstração do interesse público através da participação do cidadão, numa perspectiva democrática, procurando assegurar a sua efetividade e realização, desvinculando-se das alegações sem conexão com a realidade apenas para fins de sujeições autoritárias impostas pelo Estado.

Dentro deste contexto é que se procura demonstrar o que vem a ser este interesse público, qual a sua razão de ser, em que se define, onde se limita, não bastando a alegação desvinculada do contexto social e da norma constitucional, exigindo a sua efetiva demonstração através do processo administrativo como meio de discussão para fins de maior legitimidade às ações estatais.

Os problemas surgiram a partir dos próprios conceitos utilizados, conceitos abertos e complexos, a exemplo do interesse público, no qual a dificuldade se apresentou por ser dinâmico, contendo novos conteúdos e significados de acordo com as transformações sociais, envolvendo múltiplos fatores e situações para seu esclarecimento. Investigou-se a existência ou não de um interesse ou bem comum compartilhado por todos diante de uma sociedade complexa, bem como a forma de alcançar a máxima efetividade diante da diversidade social.

Em relação ao processo a dificuldade também se apresentou, sendo abordado se este, por si só, vai garantir que o cidadão não sofra restrições estatais em seus direitos fundamentais, ou se é preciso trazer para a discussão questões prévias, como a autonomia crítica, a eticidade discursiva, a paridade de condições que possibilitem e legitimem democraticamente as decisões e ações estatais.

Diante de tais considerações, a hipótese é de que não há uma superioridade irrefutável do interesse público sobre o privado, devendo ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais, considerando os interesses complexos e as transformações por que passam as sociedades, reconhecendo-se a existência de valores fundamentais que de forma alguma poderão ser sacrificados, sendo que a demonstração e efetividade de tal conceito podem ser alcançadas através do

processo como meio de discussão e da participação dos cidadãos como protagonistas e não meros objetos da atividade estatal.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a adequação do processo como meio de discussão, frente ao caso concreto, para fins de estabelecer o interesse público nas relações entre o particular e o Estado, numa perspectiva democrática, afastando-se a centralidade do ato e a verticalização administrativa.

O referencial teórico utilizado foi Jürgen Habermas, especialmente quanto as suas ideias sobre participação popular, democracia e legitimidade. Neste sentido a legitimação não pode se dar exclusivamente através de procedimentos formais verticalizados, e sim através do processo de discussão entre cidadão e Estado, não havendo como distanciar ou divorciar o Direito e os fatos sociais, desvinculando a norma de um determinado contexto ou realidade sob pena de deslegitimação.

A abordagem da pesquisa foi teórica, baseada em bibliografia de autores atuais, não obstante tenham sido utilizados outros autores e épocas, para verificação da mobilidade e transformação de alguns conceitos no campo social e jurídico, abrangendo a hermenêutica constitucional.

O método utilizado foi o dialético, sendo a investigação realizada jurídico-compreensiva, de natureza multidisciplinar, envolvendo aspectos da Linguística, da Filosofia, da Psicologia e do Direito, sendo apresentadas ao final algumas proposições para fins de melhor efetividade das decisões estatais, considerando-se a participação dos cidadãos.

A dissertação, após a introdução, desenvolve-se em quatro capítulos. No Capítulo intitulado “Democracia e discurso” a importância da participação popular na atividade estatal foi evidenciada. Apresentaram-se algumas concepções em torno do conceito de democracia, constatando-se a exigência não apenas de uma democracia representativa através do voto, surgindo uma nova feição da democracia, exigindo argumentação e decisões racionais, objetivando decisões estatais legítimas, recobrando o cidadão o seu papel político.

Abordaram-se, igualmente, as condicionantes de um discurso democrático, evidenciando-se que a democracia exige não apenas argumentação, mas um discurso permeado por uma constante crítica, além da resistência discursiva de seus participantes, tornando-os emancipados politicamente, sendo de relevância a análise crítica do discurso, além da estabilização da linguagem conforme a teoria habermasiana.

No Capítulo denominado “Estado democrático de direito e o regime jurídico administrativo” foram discutidos os fundamentos do regime jurídico administrativo, demonstrando sua carga ideológica, tendo em vista os ideais da Revolução Francesa, bem como o papel que a legalidade estrita ocupava em tal contexto.

Observa-se, muito embora o forte conteúdo ideológico, que idênticos fundamentos de legitimidade do direito francês foram transpostos para o direito administrativo brasileiro, sem que houvesse uma percepção imediata de sua inadequação, tendo em vista a dinamicidade social, tornando-se insuficiente a utilização do ato administrativo no trato entre cidadão e Estado, bem como a utilização de conceitos jurídicos sem a devida correlação fática para fins de legitimidade das decisões estatais.

Por outro lado, procurou-se demonstrar no referido capítulo, que são insuficientes as concepções em torno do ato administrativo e dos variados critérios para fins de estabelecer a falta de equivalência entre o regime jurídico administrativo e o direito dito “dos particulares”, encontrando o referido regime similaridade no direito comum, além de questionamentos sobre o interesse público poder ser assegurado por um direito não exorbitante, que não conduza a prerrogativas e sujeições sem escopo constitucional, devendo o ato ceder lugar à relação administrativa equilibrada entre Estado e cidadão, o que pode ocorrer através do processo como meio de discussão.

No Capítulo denominado “A inexistência da superioridade *a priori*: a questão da interpretação jurídica e o interesse público” apresentou-se a evolução da interpretação jurídica, indo do formalismo ao antiformalismo jurídico com a normatividade dos princípios, procurando estabelecer a melhor forma de proceder-se a interpretação dos casos colocados a exame, bem como as técnicas utilizadas e a inadequação teórica de alguns métodos interpretativos que não conseguiram assegurar efetividade aos direitos.

Neste contexto, investigou-se a supremacia do interesse público considerada como cláusula geral justificadora das ações estatais frente aos cidadãos e ao constitucionalismo moderno. Procurou-se fixar alguns parâmetros para a determinação do interesse público, bem como se discutiu a existência de um interesse diferenciado a ser protegido, além da sua delimitação para fins de legitimidade das decisões. Após a discussão principiológica, foram ressaltados aspectos peculiares em relação ao interesse público, demonstrando-se que além da

inexistência de superioridade em abstrato, não se encontra o mesmo entregue à discricionariedade administrativa.

No Capítulo “Processo e democracia” após verificar a inadequação do ato administrativo no trato com o cidadão para determinação do interesse público, o processo apresenta-se como o meio através do qual a interpretação se efetivará e o interesse geral poderá ser demonstrado de forma concreta através da discussão entre Estado e cidadão. Considerado o processo como um dos instrumentos da Democracia, tendo em vista a discursividade, foram estabelecidas algumas questões prévias, como a colonização do discurso e as formas de resistência, bem como a necessidade de um processo justo e equilibrado, além da indicação de alguns instrumentos para fins de maior efetividade na defesa dos direitos dos cidadãos.

2 DEMOCRACIA E DISCURSO

A incerteza em torno do conceito de Democracia fez com que fossem apresentadas variáveis conforme os diferentes tipos de governo, dependendo o processo de aperfeiçoamento democrático do contato com a realidade objetiva de cada povo, considerando-se o momento histórico-político vivido por uma determinada sociedade, aspectos perceptíveis desde a democracia ateniense.

No desenvolvimento dos modelos democráticos, por influência das revoluções liberais, a partir de fins do século XVIII surgiu o modelo de democracia representativa inspirado nas ideias de Montesquieu de que em sua generalidade os homens eram incapazes de apreciar e decidir os problemas políticos, devendo ser representados pelos mais capazes (FERREIRA FILHO, 1989, p. 72). A capacidade, entretanto, atrelava-se ao poderio econômico, destinando-se a uma minoria governante com exclusão dos pobres da participação política. Em tal contexto apresentou-se o sufrágio censitário baseado em critérios de poder, cultura e diversidade de sexo, ampliando-se gradualmente o direito de voto, até que em fins do século XIX surgiu o sufrágio universal, porém, a influência da maioria se limitava à eleição de governantes e não à efetiva participação política.

Ressalte-se que no século XVIII havia temor da burguesia quanto à representatividade popular para fins de composição de governo, meios e modos de realizar o bem geral, chegando Siéyes a considerar que o supremo poder não caberia ao povo, mas à nação, a qual deveria ser representada, assim, o povo ao votar escolheria indivíduos cuja deliberação singular ou coletiva formularia a vontade da nação soberana, justificando a soberania do parlamento (FERREIRA FILHO, 1989, p.73).

Em fins do século XIX a democracia no sentido formal de soberania popular sofreu críticas por teóricos das minorias governantes, os quais não negavam categoricamente a democracia, procurando redefini-la, tendo escritores como Ludwing Gumplowicz, Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto admitido que a soberania popular é ideal limite que jamais correspondeu ou corresponderá à realidade de fato, tendo em vista que em qualquer regime político, qualquer que seja a fórmula política sob a qual os governantes e seus ideólogos o representem, será sempre uma minoria denominada de classe política, aquela que deterá o poder efetivo (BOBBIO, 1994, p. 328).

Marx por sua vez, em oposição à democracia representativa do Estado liberal, formulou os elementos de uma nova Democracia, denominando-a autogoverno dos produtores. Inspirado nas reflexões de Marx, Lênin formulou as bases da Democracia dos Conselhos, amplamente debatida pelos teóricos do socialismo no século XX, apresentando-se os conselhos de fábrica como embriões de um novo tipo de Estado: o da comunidade dos trabalhadores, o qual se expandiria para todos os locais da sociedade onde devessem ser tomadas decisões de interesse geral, constituindo o Estado uma Federação de Conselhos.

Modelos ideais, mais que tipos históricos, são considerados por Norberto Bobbio (1994, p. 328) as formas de Democracia analisadas por Robert Dahl em seu livro *A preface to democratic theory* de 1956, quais sejam: democracia madisoniana que consiste, sobretudo, nos mecanismos de freio do poder e coincide com o ideal constitucional do Estado limitado pelo direito ou pelo governo da lei contra o governo dos homens, no qual sempre se manifesta a tirania; democracia populista cujo princípio fundamental é a soberania da maioria; e a democracia poliárquica que busca as condições da ordem democrática não em expedientes de caráter constitucional, mas em pré-requisitos sociais, isto é, no funcionamento de algumas regras fundamentais que permitam e garantam a livre expressão do voto, a prevalência das decisões mais votadas e o controle das decisões por parte dos eleitores.

A concepção liberal da Democracia enfrentou versões opostas no decorrer do século XX, mesmo assim, foi o modelo que se difundiu tendo em vista o desmoronamento dos demais modelos, não obstante apresentar-se em crise, tanto sob o ponto de vista do liame político quanto do vínculo cívico (CHEVALIER, 2009, p. 184). A crise do liame político evidencia-se a partir do momento que os cidadãos não se satisfazem com o papel limitado que lhes fora atribuído, deixando a autoridade dos governantes de ser evidente, reforçando-se a crise da representação pela crise da participação (CHEVALIER, 2009, p. 190).

Jacques Chevallier (2009, p. 190-191) referindo-se à crise da representação indica que a erosão do crédito de confiança que os representantes dispõem não se manifesta apenas em face dos eleitos políticos, mas em relação aos poderes de qualquer natureza, podendo se explicar por vários fatores, como os científicos, econômicos e sociológicos, além do populismo que dela seria subproduto. A desconfiança se mantém por não haver uma resposta eficaz às expectativas dos

cidadãos, aliando-se a isto, procedimentos de manipulação da opinião pública, causando certa apatia participativa.

Verifica-se a existência de descrença no modelo liberal clássico, perdendo a Democracia os pontos de referência por meio dos quais podia reconhecer-se e identificar-se, percebendo-se que a crise do vínculo político é indissociável de uma crise mais profunda do vínculo cívico que constitui a verdadeira substância daquele (CHEVALIER, 2009, p. 196).

Inicialmente o conceito de Democracia baseou-se na existência de uma comunidade política que se reconhecia e identificava pela referência aos valores comuns, a qual sustentava a instituição do poder, fundando a sua legitimidade, “*O vínculo político repousa, portanto, sobre uma consciência mais difusa de pertinência, tocando as próprias raízes da identidade individual e coletiva, que traduz o conceito de cidadania*” (CHEVALLIER, 2009, p. 196), contudo, a cidadania não se exterioriza como uma constatação evidente por si mesma, o que contribui para enfraquecer o alicerce da autoridade política.

Por outro lado, eclodem componentes como o individualismo e os referentes à identidade que vão permear esse processo, notando-se que valores comuns que constituíam a base da cidadania vão se relativizando, sendo os processos de integração comprometidos pela elevação das tensões sociais (CHEVALLIER, 2009, p. 197-199), percebendo-se a erosão das referências em que a democracia moderna sob sua forma representativa foi concebida.

Em decorrência da diversidade social passa-se a exigir um diálogo diferenciado e amplo com a sociedade, apresentando-se a Democracia além do aspecto da representação formal, requerendo a revisão tanto do conceito de representatividade quanto da própria participação política na tomada das decisões e posturas estatais, saindo o espaço de atuação da mera dimensão representativa através do voto para a inclusão política através da discussão pública, sendo questionados aspectos relativos ao próprio acesso ao debate, passando a ser indispensáveis ao conceito de Democracia a inclusão e participação políticas.

A eleição deixa de ser a única fonte de legitimidade, sendo os cidadãos chamados a contribuir para as escolhas coletivas, introduzindo novas formas de representação da opinião no terreno político, além de novos modos de expressão dos interesses sociais (CHEVALLIER, 2009, p. 224) através da instituição de

procedimentos deliberativos nos quais pretendam ter voz, proliferando as formas de debate público.

Na atualidade, verifica-se que a Democracia não se estabelece sobre um conceito indistinto de bem comum, devendo considerar variantes tais como os aspectos culturais, as minorias e os diferenciados interesses sociais, observando-se um interesse público distinto, que se dissocia da ideia de bem social homogêneo. Por sua vez, os indivíduos deixam de ser desconsiderados, ou mesmo indesejados nas questões políticas para transformarem-se em essenciais à estruturação da Democracia e do Estado, entrelaçando-se a vontade geral e a vontade dos indivíduos que devem ser consideradas na tomada das decisões.

A sociedade recobra o seu papel diante da Democracia, necessitando fazer-se ouvida e participar das questões políticas, vez que a representatividade meramente formal não é capaz de assegurar os anseios e objetivos sociais. A Democracia deixa de ser apenas um método político de escolha dos governantes, verificando-se a desmistificação da maioria ser sinônimo de Democracia. As minorias exigem participação política, e o interesse geral sofre o influxo desses aspectos.

A Democracia requer argumentação, passa-se então à democracia deliberativa, ampliando-se a discussão da sociedade civil como estruturante da Democracia, assim, questões como a deliberação pública, a discussão e a participação assumem relevo, cabendo à participação política o resgate da soberania popular.

A discussão pública e a argumentação na qual devem se apresentar decisões aceitáveis racionalmente pelos membros de uma determinada comunidade política alargaram o conceito de Democracia, assistindo-se segundo Jacques Chevallier (2009, p. 223-225) a introdução no terreno político de novas formas organizadas de representação da opinião e a emergência de novos modos de expressão dos interesses sociais que ultrapassam a lógica representativa tradicional, proporcionando abertura estatal à diversidade social, tornando-se um espaço de discussão, um lugar de negociação, apresentando-se a democracia pós-moderna como uma democracia deliberativa, implicando a confrontação de pontos de vista, possibilitando aos cidadãos uma influência mais direta na elaboração das escolhas com o objetivo de preencher o *déficit* de legitimidade ligado à crise da representação política e à desagregação dos modos corporativistas de expressão dos interesses sociais, proliferando as formas de debate público.

Evidencia-se pela crise da representação que deve ser repensada a democracia representativa que se funda no princípio da delegação (CHEVALLIER, 2009, p. 227), na qual a eleição é o instrumento que expropria os cidadãos do poder efetivo em proveito dos governantes, indicando Jacques Chevallier que a lógica democrática implica numa presença muito mais ativa do cidadão nos mecanismos políticos por meio da extensão da democracia semidireta, assim como o surgimento de novas possibilidades de intervenção na tomada das decisões e no funcionamento do aparato do Estado.

Em tal perspectiva muda igualmente o sentido da relação administrativa e a lógica sobre a qual foi edificada. Os cidadãos passam a requerer intervenção direta no funcionamento da Administração Pública, a qual se torna um ponto de apoio da nova democracia, proliferando uma “*democracia do cotidiano*” (CHEVALIER, 2009, p. 230) que passa pela implicação dos administrados no funcionamento dos serviços com os quais eles estão em contato por ocasião do fornecimento das prestações, exigindo por parte da Administração a renúncia a certos traços da personalidade burocrática, questionando-se o modelo das relações administrativas fundado na unilateralidade:

Essa perspectiva modifica profundamente o sentido da relação administrativa e a lógica sobre a qual foi edificada a instituição administrativa. Abandonando o estatuto tradicional de súdito constrangido a submeter-se às prescrições administrativas, ou de simples consumidor passivo de prestações cuja consistência não pode negociar, o administrado, promovido ao nível de “ator”, vê a si reconhecido um direito de fiscalização, uma capacidade de influência sobre o funcionamento dos serviços. Correlativamente, a administração, convidada a abrir-se aos seus usuários, é conduzida a renunciar a determinados traços essenciais da personalidade burocrática para “democratizar-se”: melhor ainda, ela se torna um lugar privilegiado de realização da exigência democrática.

Essa mutação testemunha o alargamento e o aprofundamento da concepção da democracia nas sociedades contemporâneas: não apenas o jogo representativo não responde mais aos anseios dos cidadãos, mas ainda esses não aceitam mais um modelo de relações administrativas fundado sobre o distanciamento e unilateralidade; a democratização do funcionamento administrativo permite satisfazer ao mesmo tempo as duas aspirações (CHEVALLIER, 2009, p. 230).

A participação dos cidadãos assume importância, ultrapassando a ótica do ato indo de encontro ao processo administrativo como meio de discussão das decisões administrativas, representando tal participação conforme Vasco Manuel Paschoal Pereira da Silva uma importante fonte de controle e de limitação ao poder administrativo, indicando que, a tal questão, releva não apenas do domínio jurídico-

administrativo, mas do político, decorrendo conforme a doutrina alemã, da tensão entre o ideal democrático e a realidade, bem como do mal estar do cidadão no Estado administrativo referente às decisões administrativas, considerando que *“independente de quaisquer considerações políticas de caráter global, indiscutível é, no entanto, que a participação dos privados no procedimento constitui uma forma de democratização da Administração Pública”* (SILVA, 2003, p. 401).

A feição democrática que se apresenta exige que o cidadão não seja apenas um objeto diante da atividade estatal, mas um dos seus protagonistas, o que se apresenta através da discussão que se estabelece no processo administrativo para fazer valer os seus *“conhecimentos, concepções e perspectivas”* (SILVA, 2003, p. 439).

A participação política e a discussão pública são estruturantes da Democracia, não obstante, evidencia-se que o discurso público exige em quaisquer de suas vertentes, um grau de politização com adequado conhecimento do lugar social e político que o indivíduo ocupa, e não aquele em que é colocado, ressaltando-se que, não basta apenas uma ordem discursiva, é preciso bem mais que isto, exige-se eticidade do que ouve e do que fala, além da necessária autonomia crítica para que haja verdadeiro discurso.

Isto porque há participações que não são conscientes no sentido de situar o sujeito em determinado lugar social e político, havendo forte manipulação discursiva, apresentando-se mera verbalização dissociada de consciência e efetividade dos direitos.

Observa-se que os governos autoritários, bem como os populistas, usam do poder de manipulação contra os indivíduos, o que se verifica em especial na camada populacional empobrecida, através de ações meramente estratégicas, nas quais o povo pensa que governa em conjunto, mas na verdade, não se governa com o povo, e muitas vezes, não se governa sequer para o povo, sendo esta uma realidade observável historicamente.

Nos governos autoritários é perceptível que não se faz presente o discurso porque não há a necessária perspectiva relacional entre Estado e indivíduo, sobrepondo-se a vontade estatal, passando o Estado a decidir pelos indivíduos que deixam de ter um papel preponderante no seu conhecimento do mundo e de si próprios enquanto ser político. Por sua vez, nos governos populistas o que se percebe é que também ocorre manipulação popular, podendo o discurso político ser

fator de justificação e de legitimação de ações que podem não ser legítimas. Verifica-se então, que os dois tipos de governo em muito se aproximam, um por ser faticamente antidemocrático, e outro por aparentar ser democrático, mas tão antidemocrático quanto o outro, ambos, utilizando da manipulação popular.

Certamente que o discurso é um dos meios através do qual a Democracia pode se conduzir, mas há que se considerar que um discurso sem conformidade social, sem consciência e concretização, conduz apenas a uma democracia aparente. A participação política deve estabelecer-se através de um discurso emancipador que leve em conta, entre outros fatores, a diversidade social, os aspectos históricos, culturais e socioeconômicos de uma determinada comunidade.

Acredita-se que um discurso para ser legítimo deva considerar, igualmente, não só o índice de consciência política, mas o local onde se processa, além do interesse que desperta numa determinada comunidade, no aspecto das suas diretrizes e objetivos, para fins de concretização material. Por outro lado, discursos que não se adequam às bases constitucionais estabelecidas para um determinado Estado, ou que se encontram dissociados de princípios éticos mínimos são uma antítese do verdadeiro discurso.

Sob um aspecto mais abrangente, discurso, descentralização e democracia andam atrelados. Necessita-se de pluralismo dos centros de poder, pois, quanto maior a centralização territorial, mais enfraquecida se torna a Democracia. Neste sentido a divisibilidade da soberania, possibilitando a coexistência num espaço territorial de centros distintos de poder, concilia as vantagens da participação popular em níveis menos extensos territorialmente, nos quais haverá maior possibilidade de participação direta e contínua no processo de formação das decisões políticas, além de um controle mais efetivo do poder, evidenciando-se que não há Democracia sem participação, sem que haja o embate de ideias e sem que o povo reivindique o seu efetivo papel político.

Na sociedade brasileira, observa-se que a efetiva participação do cidadão nas questões políticas, apesar de decorrer diretamente do Estado democrático de direito, assume contornos tímidos, talvez pelo próprio conteúdo histórico de subordinação. Não se deve esquecer, contudo, como acentua Marta Harnecker (2003) que: não há Democracia se os dirigentes não estão verdadeiramente dispostos a considerar as opiniões do povo; não há democracia onde não haja a autonomia da sociedade civil;

a Democracia não se faz sem informação nem transparência administrativa; e, não há Democracia sem politização e controle da gestão pela população organizada.

A participação popular é a grande medida da Democracia, e esta, é um processo em constante aperfeiçoamento em busca de um modelo adequado à realidade de cada povo. O Estado não é mais o soberano e o cidadão não é mais o súdito, a conscientização sobre os novos valores e principalmente a necessidade de concretização constitucional tem se apresentado em todos os ramos do Direito, e isto não é diferente no direito administrativo, percebendo-se, seja no direito brasileiro ou no direito estrangeiro, tendência de romper com a verticalidade administrativa, objetivando estabelecer uma relação de equilíbrio através da argumentação e discussão pública, mesmo porque, as práticas e as necessidades sociais se alteraram, havendo necessidade de legitimidade nas decisões estatais.

2.1 Análise do discurso e legitimidade

Constata-se que não é qualquer tipologia discursiva que conduz à Democracia, o discurso deve sofrer uma análise crítica dos fatores que o influenciam, tendo em vista que muitos apresentam viés manipulativo. Em episódio acontecido no cenário brasileiro no ano de 2011 houve movimentação em torno da admissão de marcha pela legalização de determinada substância psicoativa, a qual, no núcleo essencial do direito de expressão foi objeto da Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 187 junto ao Supremo Tribunal Federal, que culminou com decisão no sentido de que o artigo 287 do Código Penal brasileiro¹ deva ser interpretado conforme a Constituição da República de forma a não impedir manifestações públicas.

Assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais é imprescindível no Estado democrático de direito, contudo, ultrapassando este aspecto, houve um discurso anterior no qual se procurou mobilizar a opinião pública brasileira, dando ênfase à legalização de utilização de substância psicoativa, enquanto outras questões relevantes prejudiciais à Democracia, a exemplo da enorme ocorrência de eventos de corrupção eram veiculadas pela mídia. Não seria demais admitir a existência de um jogo discursivo tentando encobrir fatos graves, tanto relativos à

¹ Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena – detenção de três a seis meses, ou multa.

corrupção quanto à própria ineficiência do Estado que não consegue tratar o problema das drogas em quaisquer de suas vertentes, seja sob o aspecto da saúde pública, seja sob o aspecto da segurança pública.

Não é de difícil percepção que o mesmo jogo discursivo verifica-se em relação a certos procedimentos administrativos e conceitos jurídicos utilizados, a exemplo da prevalência em abstrato do interesse público nas relações estatais. A aplicação dos princípios verifica-se diante do caso concreto, não se admitindo um princípio com característica relacional (ÁVILA, 2010, p. 174-175) e superioridade em abstrato, não obstante tenha sido esta superioridade que se apresentou no discurso jurídico, mas que diante do Estado democrático de direito e da necessidade de uma Democracia na qual se encontra a necessidade de argumentação deva sofrer análise crítica e reformulação.

Em tal sentido, deve-se questionar a quem interessa um determinado tipo de discurso e quais as suas consequências, sendo relevante a análise do discurso, situando o sujeito em determinado lugar político e social a fim de evitar-se ao máximo a influência manipulativa, a qual acaba por minar a Democracia, enfraquecendo o papel do cidadão como protagonista político.

Assim, a análise do discurso por sua crítica constante irradia-se para todas as áreas e setores da sociedade, sendo necessária uma profunda análise do discurso jurídico, repensando os dogmas, os conceitos e sua utilidade, questionando a quem serve e para que serve o Direito.

Deve-se trazer à crítica e à discussão o modo como certos conceitos jurídicos se apresentam, devendo ser revisitados os diversos ramos do Direito, não havendo diferenciação quando se trata do direito administrativo com seus conceitos e dogmas, com a carga ideológica advinda da Revolução Francesa, devendo ser repensado se a sua tradicional forma adequa-se à realidade democrática, passando tais questionamentos necessariamente pela análise do discurso jurídico e da crítica que lhe é inerente.

A análise do discurso é evidenciada por algumas concepções teóricas como a de matriz europeia (francesa) tendo por expoente Michel Pêcheux, e a de matriz anglo-saxônica na qual se destaca Norman Fairclough. A matriz anglo-saxônica (Análise crítica do discurso) parte da análise do discurso com um sujeito intencional. A concepção francesa (Análise do discurso) mostra um sujeito afetado pelo inconsciente e pela ideologia, não estabelecendo no discurso um sentido único ou

hermético, utilizando-se da confrontação com outras ciências, em especial a história, a linguística e a psicanálise.

A análise do discurso da escola francesa surgiu em 1969 através de Michel Pêcheux como reação ao estruturalismo, por entender que este sufocava o sujeito. A análise do discurso vai buscar esse sujeito na psicanálise, distante do sujeito consciente, que se pensa livre, trata-se de um sujeito inconsciente, materialmente constituído pela linguagem e interpelado pela ideologia (FERREIRA, 2011). Trabalha-se assim, em três vertentes, quais sejam: o materialismo histórico (incluindo a ideologia); a lingüística; e a teoria do discurso como teoria da determinação histórica dos processos semânticos. Todas estas vertentes encontram-se articuladas pela teoria da subjetividade de natureza psicanalítica (FERREIRA, 2011).

Ressalte-se que o discurso de Norman Fairclough (poder) não é o mesmo que o de Michel Pêcheux (ideologia), o qual também se diferencia do discurso de Michel Foucault (arqueologia do saber), tendo em vista que a análise do discurso de Pêcheux é uma reação ao estruturalismo.

Alguns fundamentos da Análise crítica do discurso (matriz anglo-saxônica) encontram-se na Teoria Crítica da Escola de Frankfurt, sendo igualmente encontrados em tendências críticas da sociolinguística, psicologia e ciências sociais a partir da década de 1970, sendo multidisciplinar, concentrando-se em problemas sociais e nas questões políticas (DJIK, 2008, p. 114), sendo os principais fundamentos, sintetizados por Norman Fairclough e Wodak, os seguintes: aborda problemas sociais; as relações de poder são discursivas; o discurso constitui a sociedade e a cultura; o discurso realiza um trabalho ideológico; o discurso é histórico; a relação entre texto e sociedade é mediada; a análise do discurso é interpretativa e explanatória; e o discurso é uma forma de ação social (DJIK, 2008, p. 115).

Evidencia-se que a Teoria Crítica da sociedade, tendo como expoentes Horkeimer e Adorno tem como objeto os homens como produtores de todas as suas formas históricas de vida, propondo uma autocrítica do esclarecimento e visualização das ações de dominação social para fins de não permitir uma constante reprodução dessa dominação, buscando esclarecimento social quanto às ordens instituídas, confrontando criticamente a ciência e a cultura, objetivando uma reflexão sobre a racionalidade. Neste contexto a dialética apresenta-se como método de investigação

analítica frente aos fenômenos sociais em crítica à razão instrumental, entendendo-se que a razão se desenvolveu como instrumento de dominação.

Assim, se para Kant a razão é fonte de emancipação humana, porque a razão possui cientificidade (emancipação do homem em relação à natureza), passando a partir de então a ser considerada como soberana, Adorno e Horkheimer a concebem como um meio de conhecer e reconstruir o mundo no seu sentido social, histórico e humano, utilizando-se da dialética, devendo o conhecimento transcender o objeto, porque a mera cientificidade acaba por dominar não apenas a natureza, mas o próprio sujeito, inclusive em relação a sua forma de pensar. Em tal sentido, o esclarecimento da ciência que deveria ser forma de autonomia do sujeito passa a ser sua forma de dominação e adequação aos comportamentos estabelecidos, devendo haver uma crítica constante.

No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal.

[...] Contudo, a credulidade, a aversão à dúvida, a temeridade no resplandecer, o vangloriar-se com o saber, a timidez no contradizer, o agir por interesse, a preguiça nas investigações pessoais, o fetichismo verbal, o deter-se em conhecimentos parciais: isto impediu um casamento feliz do entendimento humano com a natureza das coisas e o acasalaram, em vez disso, a conceitos vãos e experimentos erráticos: o fruto e a posteridade de tão gloriosa união podem-se facilmente imaginar.

[...] O saber que é poder não conhece barreira alguma, nem na escravidão da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 17-18).

Como referido, a análise crítica do discurso vai sofrer o influxo das ideias advindas da Escola de Frankfurt, incorporando alguns fundamentos da Teoria Crítica, analisando a prática discursiva e a dominação social. Embora teórico da Análise crítica do discurso, Teun A. van Dijk prefere utilizar a expressão Estudo crítico do discurso (2008, p. 10), no qual aparece o discurso como uma interação situada, uma prática social ou um tipo de comunicação numa situação social, cultural, histórica ou política. Trabalha-se o abuso do poder como forma de dominação que resulta em desigualdade e injustiça, bem como com a noção de que alguns comportamentos (não inatos, como os da discriminação) serão reproduzidos a partir dos discursos públicos existentes na sociedade e controlados pelas elites simbólicas. A legitimidade em tal contexto pressupõe uma ética aplicada e uma filosofia moral.

O Estudo crítico do discurso concentra-se de forma específica nas relações entre a estrutura social e a estrutura discursiva, bem como no modo como esta última pode variar ou ser influenciada pela estrutura social. O poder social é definido em termos de controle de um grupo sobre outros grupos e seus membros, assim, se esse controle se dá no interesse daqueles que exercem o poder e contra os interesses daqueles que são controlados, pode-se falar em abuso do poder (DIJK, 2008, p. 17-18).

Teun A. van Dijk entende que o discurso (controle e produção) pode se tornar meio para o controle social, e que aqueles que não possuem poder, como as crianças, os prisioneiros, os réus e em algumas culturas as mulheres, não têm nada para dizer, não têm com quem falar ou precisam ficar em silêncio quando pessoas mais poderosas falam (DIJK, 2008, p. 43), sendo que em grande parte dos tipos de discursos formais, públicos ou impressos, figuram tais minorias, invariavelmente, apenas como receptores:

Deve-se ressaltar que o poder não apenas aparece “nos” ou “por meio dos” discursos, mas também que é relevante como força societal “por detrás” dos discursos. Nesse momento, a relação entre discurso e poder é próxima e constitui uma manifestação bastante direta do poder da classe, do governo ou da instituição e da posição ou status relativos de seus membros (Bernsteins, 1971-1975; Mueller, 1973, Schartzman e Strauss, 1972), (DIJK, 2008, p. 44).

Por sua vez, os mesmos grupos de poder também controlam os vários modos de distribuição do discurso, sendo que o modo de produção da articulação (modo de influência) é controlado através das elites simbólicas que são os fabricantes do conhecimento, dos padrões morais, das crenças, atitudes, normas, ideologias e valores públicos (DIJK, 2008, p. 45).

Com tal observação, em relação ao discurso um dos graves problemas apresentados é justamente o que diz respeito ao acesso e à consideração dos atores sociais em sua totalidade. O acesso ao discurso apresenta-se desigual porque nem todos os atores sociais têm condições de fala ou de escrita da mesma forma, havendo meios diversos de produção do conhecimento (científico, jurídico, político, econômico), apesar de ser o acesso condição necessária para a construção do consenso (DIJK, 2008, p. 89-111), sendo perceptível a colonização do discurso pelo poder em todas suas variantes, verificando que os mais poderosos controlam os

diálogos públicos ou privados, decidem os assuntos, bem como quem será participante e quem será mero receptor.

Ressalte-se que para Michel Foucault (2010, p. 43-45) embora a educação seja de direito o instrumento pelo qual todo indivíduo possa ter acesso a qualquer tipo de discurso, constata-se por outro lado, que todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos com os saberes e os poderes que eles trazem consigo.

Em relação às elites simbólicas, as quais direcionam o discurso (controlam o tipo e quantidade de informação, a seleção e a censura de argumentos), indica Teun A. van Dijk (2008, p. 46) que elas também possuem restrições quanto a sua liberdade de articulação que emergem das várias propriedades do seu discurso, vez que a maior parte encontra-se controlada pelo Estado ou pelo capital, acrescentando que essas condições determinam em essência *“os conteúdos e a organização do conhecimento público, as hierarquias de crenças e a amplitude do consenso, que em troca são fatores poderosos na formação e reprodução de opiniões, atitudes e ideologia”* (DIJK, 2008, p. 50).

No direito próprio estatal verifica-se que a desigualdade entre os atores, bem como a deficiência na forma de acesso apresentam-se no trato administrativo. O cidadão não possui igualdade de fala ou de ação perante a Administração Pública, apresentando-se desiguais os meios de atuação, notando-se colonização discursiva pelo poder, ou seja, o direito próprio estatal apresenta certas características que tentam paralisar o discurso do indivíduo frente ao Estado, baseando-se numa pressuposta superioridade principiológica do interesse público que a si mesmo justifica.

As constatações de Foucault e de Dijk são observadas no discurso jurídico administrativo e nas práticas estatais, admitindo-se que o discurso jurídico-administrativo foi controlado por longo tempo por um tipo de argumentação que interessava diretamente ao poder, pois, quanto mais formalismo, apresentando-se a validade da norma tão só pela sua existência, e as verdades jurídicas inquestionáveis, presente um maior controle do discurso pelo poder. Assim, pressupondo-se a ausência ou certo abafar da análise crítica, o perigo da desestabilização não se mostrava tão evidente, ou seja, a base teórica formal também interessou a determinada ideologia política.

Alargando-se a liberdade política e a Democracia que a pressupõe, a análise crítica se impõe, deixando o sujeito a sua posição de mero objeto da ação estatal, muito embora não se deva desconsiderar que em quaisquer meios de fala estará presente a manipulação discursiva.

Diante de tais constatações deve-se questionar qual a possibilidade de haver um verdadeiro discurso e não mera reprodução dos discursos do poder. Verifica-se ainda, segundo Teun A. van Dijk (2008, p. 84) que aqueles que não possuem o poder podem exercer um controle apenas das conversações rotineiras, como as que se processam em família, no grupo de amigos (onde conseguem ser ouvidos de alguma forma, podendo existir interlocução), mas não no discurso oficial, nos quais são meros receptores passivos. Mas mesmo assim, é de se observar que nas conversações rotineiras colocam-se padrões culturalmente diferentes de acesso que podem definir a dominância e a discriminação (DIJK, 2008, p. 91).

Certamente que o discurso encontra determinados fatores de contraposição a sua propulsão de forma a produzir uma sociedade livre, porque o discurso encontra-se colonizado pelo poder em suas várias acepções, sendo difícil ao sujeito ter pleno conhecimento das diversas situações de fala e participação de uma forma autônoma que lhe assegure emancipação, devendo haver meios de intervenção e de resistência discursiva.

Não obstante os variados meios em que o discurso se propaga, deve ser considerada a vontade livre de se expressar, porque o indivíduo pode não possuir conhecimento especializado, mas tal fato não induz que não haja um entendimento cotidiano de como determinados assuntos podem influir no seu âmbito de vida, o que leva a concluir que mesmo que determinado conhecimento seja mais restrito, tal não pode impedir a discussão social, devendo os detentores do conhecimento especializado da forma mais ampla e com o maior conteúdo de veracidade proceder ao acesso daqueles que não o tem, ressaltando-se a importância da participação popular na tomada das decisões estatais através das discussões públicas, acrescentando-se que, *“a generalização do contexto, a inclusão, o anonimato crescente, etc., exigem um grau maior de explicação e a renúncia a linguagens de especialistas ou a códigos especiais”* (HABERMAS, 2003, II, p. 93).

Concentra-se, assim, a Análise crítica do discurso na investigação do modo como o abuso do poder, a desigualdade e a dominação são representados, reproduzidos e combatidos por textos orais e escritos, objetivando compreender e

posteriormente opor-se à desigualdade social, distribuindo-se entre análise de textos (falados ou escritos), análise da prática discursiva (processos de produção, distribuição e consumo dos textos) e análise dos eventos discursivos como instâncias da prática sociocultural.

Considera-se o contexto discursivo de maneira não restrita ou o significado que existe além das estruturas gramaticais, incluindo a consideração do contexto político e mesmo econômico do uso da linguagem. Assim, refletindo o discurso o local de sua produção é possível compreender um dado contexto social, bem como as ideologias utilizadas pelos grupos de domínio e quais as estratégias discursivas utilizadas para a manutenção das mesmas.

Uma das principais noções da Análise crítica do discurso é a manipulação que ocorre principalmente através da escrita e da fala, podendo atingir formas de manipulação mental. A manipulação é uma prática comunicativa interacional, na qual é exercido controle sobre outras pessoas, envolvendo não apenas poder, mas abuso do poder e dominação (DIJK, 2008, p. 234), sendo uma influência deslegitimada por meio do discurso.

Teun A. van Dijk estabelece uma distinção entre persuasão e manipulação. Na persuasão os interlocutores são livres para acreditar ou agir como desejarem, dependendo se eles aceitam ou não os argumentos do persuasor. Na manipulação os receptores assumem um papel passivo, são vítimas da manipulação, verificando-se a consequência negativa quando os receptores são incapazes de entender as intenções reais ou as consequências (DIJK, 2008, p. 235).

A manipulação vai ocorrer quando os receptores não têm conhecimento específico do que poderia ser usado para resistir à manipulação, contudo, há certas variáveis, porque uns podem ser manipulados e outros não diante de uma mesma situação, sendo que para ser capaz de manipular tantos outros através da fala e da escrita, é preciso ter acesso a alguma forma de discurso público (DIJK, 2008, p. 237).

Jürgen Habermas (2003, II, p. 96), por sua vez, considera que se deve fazer uma distinção entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e de atores que ocupam uma esfera pública já constituída com o objetivo de aproveitar-se dela, citando como exemplo os grandes grupos de interesses, organizados em sistemas de funções que exercem influência no sistema político através da esfera pública, grupos esses que, para contabilizar seu poder

social em termos de poder político fazem campanha a favor de seus interesses, utilizando uma linguagem capaz de mobilizar convicções, não obstante considere que *“as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força”* (HABERMAS, 2003, II, p. 97).

Constata-se que não há como ter certeza da veracidade do discurso, porque o agir é influenciado por diversos motivos e objetivos, devendo o discurso estar sob constante indagação crítica, considerando, não obstante, que nem todos terão como realizar uma crítica imediata, podendo alguns entender a veracidade do discurso mesmo quando não contenha nenhuma verdade.

Certamente que no discurso apresentam-se forças de resistência que devem e tendem a expandir através da mobilização, discussão e participação pública, alcançando o maior número de receptores, transformando-os em participantes e agentes de fala para fins de afastar a dominação pretendida com o discurso manipulado, no qual o sujeito passa a ser simples objeto da dominação.

Por outro lado, apenas com o discurso não se alcança a Democracia. A Democracia é maior e mais complexa que o discurso. A democracia é um conjunto de meios e formas de efetivar-se a participação política e a discussão pública, sendo o discurso apenas um desses meios.

Com a liberdade pode-se alcançar a Democracia, no sentido de consciência do lugar social e político ocupado pelo indivíduo, pressupondo a ausência dessa consciência no mundo vivido a própria ausência da liberdade. A liberdade pressupõe antes de qualquer coisa esse conhecimento, a partir dele consegue-se um olhar crítico e também um olhar além do outro. Perceber-se como sujeito e não como objeto, transcender essa concepção é fazer-se livre, o discurso é o meio através do qual os sujeitos devem expressar a liberdade, no sentido de consciência crítica emancipadora.

2.2 O direito e a linguagem: a concepção de Jürgen Habermas

A análise do discurso busca imprimir uma crítica à linguagem e aos fatores que a influenciam, contudo, a linguagem exige meios de estabilização. Jürgen Habermas reformula pontos da Teoria do Agir Comunicativo, percebendo a importância do Direito para estabilização da linguagem na esfera pública, abordando a legitimidade das normas de ação e das normas jurídicas, a partir do momento em

que os destinatários observam-se como autores das normas às quais estão subordinados. Percebendo que a linguagem por si só não tem força suficiente de integração numa sociedade complexa e diferenciada, o Direito amplia a sua função reguladora no mundo da vida, exercendo a sua colonização.

Deve-se considerar, não obstante, o grau de emancipação discursiva dos participantes, exigindo-se análise crítica do discurso antes e após a positivação, ligando-se à legitimidade e à garantia da autonomia dos sujeitos. Assim, o discurso jurídico deve estar em constante crítica ao confronto com os fatos sociais e diretrizes do Estado democrático de direito para fins de legitimidade das ações a serem empreendidas.

Habermas analisa as instituições jurídicas e propõe um modelo no qual haja interligação entre justiça, razão comunicativa e modernidade. Referindo-se à facticidade e à validade, intenta compreender a dualidade do direito moderno, assim, o Direito é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador e é cumprido socialmente sob ameaça de sanções estatais (coerção), mas quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis aos seus destinatários, o Direito é validade.

A tensão entre facticidade e realidade ocorre pelo fato do Direito reunir elementos sancionadores (coerção) e elementos provenientes de autolegislação (garantidores da liberdade), tensão que no direito moderno retorna pela circunstância de que, com a sanção restringe-se o nível de dissenso, o qual é superado quando se introduz a ideia de que as normas jurídicas são emanações do povo. A tensão permanente entre facticidade e validade (lei como coerção e também como garantidora da liberdade), bem como a constituição de uma comunidade jurídica autônoma, em termos pós-metafísicos, exigirá o abandono da razão prática e o surgimento da razão comunicativa.

Habermas situa a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no plano discursivo e procedimental através da teoria do agir comunicativo, constituindo a linguagem meio de integração social através do qual os agentes interagem e fundamentam racionalmente pretensões de validade discursivas aceitas por todos, dependendo o Direito de constante atividade do poder comunicativo, que também deve estar na base do poder administrativo do Estado.

Menelick de Carvalho Neto e Guilherme Schotti consideram que Habermas resgata a razão prática de tradição kantiana, tendo a moral como âmbito de validade

de normas universais (CARVALHO NETO; SCHOTTI, 2011, p. 104), contudo, a validação discursiva das normas morais depende de discurso público a ser desenvolvido em condições de liberdade e igualdade comunicativas (CARVALHO NETO; SCHOTTI, 2011, p. 105), sendo que a Teoria discursiva do direito e da democracia funda a legitimidade do Direito numa compreensão discursiva da Democracia (CARVALHO NETO; SCHOTTI, 2011, p. 110-111):

A teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da legalidade, precisa, para ser legítimo, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação de opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo *status* político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão interna entre faticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito (CARVALHO NETO; SCHOTTI, 2011, p. 110-111).

Na Teoria do Agir Comunicativo resgata-se a expressão mundo da vida que foi inicialmente utilizada na Filosofia por Edmund Husserl. O conceito de mundo da vida em Habermas é formado através da cultura, da sociedade e da pessoa que se pressupõem reciprocamente, cumprindo a linguagem a função de sua reprodução através das situações de fala que possibilitam o consenso, estando em constante problematização e risco de dissenso, resultando a prática comunicativa no mundo da vida, da reprodução cultural, da integração social e socialização.

O mundo da vida se reproduz à medida que, ultrapassada a perspectiva do ator, cumprem-se três funções, quais sejam: o prosseguimento das tradições culturais; a integração de grupos por meio de normas e valores; e a socialização das gerações que se sucedem, ressaltando-se as propriedades dos mundos da vida comunicativamente estruturados (HABERMAS, 2002, p. 418).

Na teoria habermasiana o Estado de direito não pode se manter sem uma democracia radical, considerando-se que a legitimação do Direito se dá a partir do nexos interno entre a soberania popular e os direitos humanos, pois, enquanto participantes de uma determinada comunidade jurídica, os atores precisam compreender a si mesmos como indivíduos emancipados, responsáveis pela autorganização democrática, possuindo os argumentos jurídicos a função de elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o seu caráter de surpresa.

[...] os sujeitos privados não poderão gozar de iguais liberdades subjetivas se eles mesmos, no comum exercício de sua autonomia política, não se esclarecem sobre interesses justificados e critérios e não se puserem de acordo sobre quais hão de ser os aspectos relevantes sob os quais o igual poderá ser tratado de forma igual e o desigual de forma desigual (HABERMAS, 2003, p. 61).

O direito moderno legitima-se na teoria habermasiana a partir da autonomia garantida igualmente a todo cidadão, sendo que autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente, havendo, por outro lado, indagações de como integrar socialmente mundos da vida em si mesmos pluralizados e profanizados, por crescer simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes.

Num caso de conflito, os que agem comunicativamente encontram-se perante a alternativa de suspenderem a comunicação ou de agirem estrategicamente – de protelarem ou de tentarem decidir um conflito não solucionado. Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem (HABERMAS, 2003, p. 46).

A Teoria da Ação Comunicativa concebe uma força normativa inerente à linguagem, que usada de forma comunicativa é um meio eficaz de integração social, sendo os proferimentos linguísticos atos através dos quais o falante pretende chegar a um entendimento com outro falante sobre algo no mundo e revelar a intenção da fala (HABERMAS, 2003, p. 32). Adotar a perspectiva do participante significa entrar no mundo da vida compartilhado intersubjetivamente por uma comunidade linguística, na qual se verificando o entendimento coordenar a ação apresentar-se-á uma linguagem conformadora de atos (HABERMAS, 2003, p. 35).

O agir estratégico por sua vez, ocorre quando os agentes atuam com o objetivo de sobrepor seus interesses e objetivos pessoais ao acordo ou entendimento mútuo. A ação é coordenada pela influência que uns exercem sobre os outros, havendo apenas transmissão de informação, sendo que o agir estratégico orientado ao sucesso marca o sistema da economia e do Estado, dirigindo-se a racionalidade ao êxito e não ao consenso.

Sistemas para Habermas são esferas de ação desconectadas do mundo da vida, neles as ações não são orientadas para o entendimento, possuindo o objetivo de alcançar um determinado fim, predominando o agir estratégico. Apenas alguns âmbitos de ação da sociedade, quais sejam: a economia (determinada pelo dinheiro)

e o Estado (determinado pelo poder) funcionam como sistemas, nestes, a linguagem não é fonte de integração social ou meio de se chegar a um acordo, funcionando apenas para transmissão de informação através da economia ou do poder administrativo, excluindo-se a lógica do mundo da vida, ou seja, da racionalidade comunicativa.

Ao considerar como sistemas apenas a economia e o Estado, distingue-se a sociedade civil desses sistemas, nos quais se apresentam a desconexão do mundo da vida e a crise de legitimação por excluir-se a racionalidade comunicativa. O núcleo da sociedade civil para Habermas (2003, II, p. 99) forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos objetivando a solução de problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas.

Logo, verifica-se que o conceito de Direito descentra-se do Estado e da economia, afastando-se a teoria de Habermas, em relação ao modelo democrático, tanto do republicanismo quanto do liberalismo, muito embora assuma elementos de ambas as partes, compondo-os de um novo modo.

Na visão liberal verifica-se uma polêmica separação entre Estado e sociedade, que segundo Habermas deve ser superada pelo processo democrático, prescindindo da ideia de uma cidadania eficaz em termos de coletividade. Segundo Habermas (2003, II, p. 19) na perspectiva liberal o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses fundamentados em última instância nos direitos fundamentais liberais. A interpretação republicana vê a formação democrática da vontade através de um auto-entendimento ético-político no qual o conteúdo da deliberação deve respaldar-se no consenso entre sujeitos privados e ser exercitado pelas vias culturais.

O modelo de democracia em Habermas não opera com o conceito de uma totalidade social centrada no Estado, agindo em função de um objetivo, assim a teoria do discurso ultrapassa as ideias de autodeterminação dos sujeitos privados a um sujeito da sociedade tomada como um todo, bem como de que seja imputada a dominação anônima das leis a sujeitos particulares que concorrem entre si.

Habermas propõe um modelo de democracia procedimental no qual a formação racional da opinião desenvolve-se através da participação igualitária nos processos discursivos. Verifica-se que a força legitimadora do procedimento é retirada da argumentação que fundamenta o discurso que se desenvolve na esfera pública.

Assim, o paradigma do conhecimento de objetos deve ser substituído pelo paradigma do entendimento entre sujeitos capazes de falar e agir (HABERMAS, 2002, p. 213), acrescentando que:

Se pudermos pressupor por um momento o modelo da ação orientada ao entendimento que desenvolvi em um outro estudo, deixa de ser privilegiada aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. O ego ao realizar um ato de fala, e o áter ao tomar posição sobre este, contraem uma relação interpessoal. Esta é estruturada pelo sistema de perspectivas reciprocamente cruzadas de falantes, ouvintes e presentes não participantes no momento. A isto corresponde, no plano da gramática, o sistema de pronomes pessoais. Quem se instruiu nesse sistema aprendeu como se assumem, em atitude performativa, as perspectivas da primeira, segunda e terceira pessoas, e como elas se transformam entre si (HABERMAS, 2002, p. 414).

No paradigma do entendimento recíproco (HABERMAS, 2002, p. 414) pretende-se superar a razão centrada no sujeito, devendo assumir em atitude performativa, as perspectivas da primeira, segunda e terceira pessoas gramaticais e como elas se transformam, assim, o conceito de soberania popular é trespassado pela perspectiva de relação interpessoal e de compartilhamento para a formação da vontade pública.

Deve-se entender na teoria habermasiana que a esfera pública ou espaço público não constituem um sistema, caracterizando-se exteriormente através de horizontes abertos permeáveis e deslocáveis, reproduzindo-se, assim como o mundo da vida, através do agir comunicativo, encontrando-se em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana, sendo que, por não ser especializada em conteúdos, quando se verificar a abrangência de questões politicamente relevantes, tal função fica a cargo do sistema político (HABERMAS, 2003, II, p. 92), sendo que *“a esfera pública retira seus impulsos da assimilação privada de problemas sociais que repercutem nas biografias particulares”* (HABERMAS, 2003, II, p. 98).

Por outro lado, verifica-se que Jürgen Habermas prefere distinguir entre Direito e moral, não se contentando com a distinção entre moral e justiça política. O Direito para Habermas não representa apenas uma forma de saber cultural como a moral, formando simultaneamente um componente importante do sistema de instituições sociais. O Direito é um sistema de saber e ao mesmo tempo um sistema de ação, podendo ser entendido tanto como um texto de proposições e de

interpretações normativas, quanto uma instituição, um complexo de reguladores da ação. Assim, o “povo do Estado” ou a “associação de parceiros livres e iguais” são construções inevitáveis do sistema jurídico, porém, ao mesmo tempo, inadequadas como modelos para a sociedade tomada como um todo.

Jürgen Habermas (2007, p. 294) aborda a relação interna entre Estado de direito e Democracia segundo a tese de que não existe Estado de direito sem Democracia e de que não existe Democracia sem Estado de direito, relação que decorre do próprio conceito do direito moderno de que o direito positivo não pode na atualidade obter sua legitimidade de um direito superior, buscando essa legitimidade a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, pressupondo mutuamente a autonomia pública e privada.

Diante de tal contexto, Direito e moral assumem uma relação de complementaridade, verificando-se que o Direito *“pode compensar as fraquezas de uma moral exigente que, se bem analisadas suas conseqüências empíricas, não proporciona resultados cognitivamente indefinidos e motivadamente pouco seguros.”* (HABERMAS, 2007, p. 297).

Como referido, o Direito positivo não retira a sua validade de uma norma superior, devendo-se questionar como poderá obtê-la para fins de comprovar sua legitimidade, constatando-se que assim como a moral, o Direito deve garantir a autonomia de todos os envolvidos e atingidos, comprovando a sua legitimidade com o asseguramento dessa liberdade (HABERMAS, 2007, p. 298).

Na concepção habermasiana considera-se que a obrigatoriedade das normas jurídicas exige não apenas processos de formação de opinião e vontade, mas decisões vinculadas coletivamente por instâncias que estabeleçam e apliquem o Direito, surgindo a autonomia no campo do Direito sob a dupla forma de autonomia pública e privada (HABERMAS, 2007, p. 298), ressaltando-se que a autonomia política dos cidadãos deve apresentar-se na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis por meio da vontade soberana do povo.

A autonomia privada dos cidadãos deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantam o domínio anônimo das leis (HABERMAS, 2007, p. 299), não havendo direito algum sem a autonomia privada das pessoas de direito, ou seja, sem os direitos fundamentais que asseguram a autonomia privada dos cidadãos, não haveria sequer um *medium* para a institucionalização jurídica das condições sob as

quais os cidadãos pudessem fazer uso da autonomia pública ao desempenhar o seu papel de cidadãos (HABERMAS, 2007, p. 301).

Assim, a legitimidade decorrerá do processo democrático, sendo medida através da discursividade da pretensão de validade normativa, ligando-se, desta forma, o processo legislativo ao princípio da democracia. A legitimidade pressupõe a discussão e apresentação de argumentos racionais, aceitáveis pelos membros de uma determinada sociedade em relação às decisões que lhes serão postas, os atores devem entrar na discussão sem querer se sobressair, não havendo verdades preconcebidas, devendo tudo ser debatido. Em tal sentido, a rediscussão de conceitos e práticas estatais se faz necessária, pois a imposição de certas medidas e a verticalização administrativa apresentam-se destoantes das diretrizes que conduzem o Estado democrático de direito.

3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Com o surgimento das comunidades primitivas surgiram os desafios com a sobrevivência coletiva, assumindo a própria individualidade um papel secundário em relação aos interesses da coletividade, tratando-se do aparecimento do político. Nos grupos primitivos o surgimento do poder fez emergir o problema do desempenho da função política; a institucionalização do poder em tais grupos se distancia da forma como é concebida na modernidade, ligando-se tanto aos aspectos religiosos quanto aos referentes às disputas entre grupos, não havendo a autonomia do político (BASTOS, 1998, p. 1-2).

Cumprir destacar que, a discussão em torno do agrupamento do homem em sociedade difere daquele do surgimento do Estado como modalidade de organização política da sociedade, no sentido do comum a todos, distinguindo-se através da existência da atividade política dos governantes e dos governados (BASTOS, 1998, p. 4).

O Estado como forma específica da sociedade política resultou de longa evolução na forma de organização do poder. Segundo Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 5), o Estado na sua verdadeira acepção surgiu com as transformações da sociedade política por volta do século XVII, verificando-se que os vários fatores que foram amadurecendo nos últimos séculos do período medieval tornaram a concentração do poder numa única pessoa, necessária e possível, constituindo a principal nota formadora do Estado moderno, apresentando-se o poder mais abrangente, no sentido de que atividades que eram realizadas de forma difusa pela sociedade concentraram-se no poder monárquico que passou a resolver em última instância os problemas atinentes aos rumos e aos fins do Estado.

Ressalte-se que, quando se fala em Estado pressupõem-se a comunidade e o poder organizado, assim, o surgimento do poder não faz desaparecer a sociedade, ou num outro sentido, como se refere Jorge Miranda (Cf. BASTOS, 1998, p. 6) equivale a falar em *“comunidade ao serviço da qual está o poder; em poder conformador da sociedade e em organização que imprime caráter e garantias de perdurabilidade a uma e outro”*.

O Estado-sociedade enquanto aquele que em sua totalidade abarca não apenas a organização governamental, mas a própria comunidade, e o Estado–poder

ou Estado-governo são aspectos de uma mesma realidade, existindo uma constante interação entre o governo que exerce influência conformadora sobre a sociedade, e de outra parte, a sociedade que torna possível a existência desse governo, determinando-lhe em grande medida o sentido, o alcance e as diretrizes (BASTOS, 1998, p. 6).

Todavia, os elementos comuns conformadores do Estado diferenciam-se quanto às especificidades da estrutura de organização política, verificando-se que as formas de organização política das sociedades históricas, a exemplo das europeias ocidentais, são distintas dentro de um processo que as vincula historicamente umas às outras, constituindo modelos de organização política com traços próprios e diferenciados *“ainda que sempre encontremos população social, sistema de poderes, ideologias, normas jurídicas, etc., nem sempre a combinação de todos eles dá como resultado a mesma estrutura política”* (BASTOS, 1998, p. 9), considerando Celso Ribeiro Bastos (1998, p. 10) que o Estado é uma formação social histórica, organizada como unidade política, que tem alguns traços estruturais característicos e que vai se constituindo a partir da sociedade europeia ocidental dos séculos XIII e XIV.

Assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1989, p. 40) que o Estado no sentido estrito da palavra surge na história, no momento em que certos monarcas como os franceses afirmaram-se detentores do mais alto poder, recusando sujeição ao Papado ou ao Império, constituindo a marca do Estado o poder soberano que o dirige, muito embora considere que a soberania não seja requisito essencial de toda e qualquer organização política, tendo em vista que existiram no passado organizações políticas que regiam no âmbito de um território um povo, mas cujo comando se reconhecia subordinado a outra autoridade.

Assim, observa o autor (FERREIRA FILHO, 1989, p. 40) que quando se fala em Estado, surge a ideia de ordem estatal não submetida a nenhuma outra ordem, constituindo a ausência de subordinação, o que se denomina soberania, não querendo dizer que sob o aspecto moral não estejam as regras positivadas subordinadas a outras normas, nem que a organização estatal não possa subordinar-se às normas resultantes de acordo com outra organização da mesma natureza ou resultantes do longo uso nas relações interestatais.

3.1 As concepções de Estado: de Hobbes a Rousseau

A passagem do estado de natureza à sociedade civil ocorreu através do contrato social, renunciando os indivíduos à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas, transferindo a um terceiro (soberano) o poder de criar e aplicar as leis, o qual se tornou autoridade política, fundando o contrato social a soberania (CHAUÍ, 2011).

Para Sílvio Gallo a filosofia política moderna e suas concepções de Estado e sociedade podem ser agrupadas no modelo jusnaturalista e no modelo de Hegel-Marx, que se contrapõem um ao outro. O modelo jusnaturalista de Hobbes a Rousseau, passando por Locke, Spinoza e Kant, dedica-se a reconstrução racional do Estado, surgindo como reunião de indivíduos que formam um indivíduo único, com única vontade e que é expressão da vontade geral, decorrendo a legitimidade do poder político do qual é detentor o Estado. Busca-se uma forma de legitimidade que não é mais a natural, mas que seja aceita por aqueles que se submetem à autoridade estatal, surgindo o pacto ou contrato social como centro das teorias contratualistas do jusnaturalismo, marcando a transição do estado de natureza para o estado civil, estes antagônicos e mutuamente excludentes (GALLO, 2011).

Logo, o que fundamenta o Estado na visão dos jusnaturalistas é o desejo dos indivíduos de viverem de acordo com a razão, indo de encontro à perspectiva de produzir uma teoria racional do Estado, e não mais de acordo com os instintos, paixões e interesses puramente individuais, contudo, a instituição do Estado traz um sério problema: *“como conciliar o bem individual da liberdade com a necessária obediência que cada um dos indivíduos deve prestar ao Estado?”* (GALLO, 2011).

Algumas concepções são apresentadas pelos filósofos jusnaturalistas, entre eles Thomas Hobbes que irá conceber o Estado como segurança, havendo renúncia do indivíduo as suas vontades e liberdades, o qual presta em nome da segurança, obediência ao soberano pelo pacto instituído. Há uma única vontade que garantirá a paz através da lei e a segurança aos súditos, instituindo-se a manutenção racional da sociedade, sendo o pacto renovado e garantido para que haja sociedade, decorrendo daí que o poder político só pode ser mantido pela força, e o monopólio da força que garante a segurança, denomina Hobbes de Estado (GALLO, 2011).

Por sua vez, John Locke considera o Estado como garantia da propriedade. Para Locke o homem nasce proprietário do seu próprio corpo e da sua força de

trabalho e tudo o que produzir através do seu próprio trabalho será de sua propriedade exclusiva. Porém, as questões em torno do trabalho humano e do acesso à propriedade vão assumindo complexidade, levando os homens a se reunirem em comunidade com o objetivo de facilitar o direito de sua fruição e preservação (GALLO, 2011).

Surge, então, um pacto entre os homens que irão compor uma determinada comunidade, apresentando-se o contrato como consentimento, não havendo submissão de todos a um poder comum, sendo o contrato social para Locke a garantia dos direitos naturais, e não a criação de outros direitos. Desta forma, o Estado apresenta-se possível através do consentimento de todos na sua instituição, formando um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos (GALLO, 2011).

Para Jean-Jacques Rousseau o Estado surge como promotor da vontade geral, opondo-se a Hobbes. A origem da propriedade é a origem da desigualdade, pressupondo, igualmente, a origem da sociedade. Considera Rousseau que o contrato social que institui o Estado é a ação dos indivíduos ricos coagindo os mais pobres na tentativa de garantir para si os benefícios da propriedade.

Antecipa-se a visão do Estado como instrumento de classe, buscando encontrar formas de organizar os indivíduos socialmente, preservando-lhes os direitos e características, devendo o pacto social abranger todos os indivíduos, não havendo abdicção em nome de um único indivíduo, mas união de todos os que pactuam ao firmarem o contrato social, dando origem a um corpo social: o Estado que é soberano enquanto união dos indivíduos, ou seja, o todo é soberano em relação a cada uma das partes iguais entre si (GALLO, 2011).

O Estado razão encontra em Hegel a sua forma mais elaborada (GALLO, 2011) sendo antítese e superação ao jusnaturalismo, assim, considerando-se que o Estado só pode ser compreendido em sua perspectiva histórica, os indivíduos não constituem o Estado, mas apenas são possíveis através dele. Segundo Sílvio Gallo (2011), Hegel é o primeiro filósofo da política a fazer tal distinção na filosofia do direito, demonstrando que uma coisa é a esfera social que trata dos interesses comunitários, porém privados, outra é a esfera social que trata dos interesses comunitários e comuns a todos os indivíduos.

Marx inverte a concepção de Hegel de que o Estado é determinante da história, afirmando que é a história da produção social dos homens que determina a

estrutura do Estado, o qual não se apresenta em nenhum momento como representante dos interesses coletivos ou promotor da vontade geral, devendo superar-se a propriedade por ser mediadora da dominação, pois o Estado ao conservar a propriedade, também conservaria os interesses contraditórios da sociedade civil, indicando Sílvio Gallo (2011) que:

Esta concepção marca o divórcio da sociedade civil com o Estado: este está acima dela e, embora por ela determinado, tem um grau de independência que lhe permite fixar regras e leis de modo a perpetuar essa mesma sociedade civil, mantendo os privilégios e infortúnios desta dada organização social. A liberdade é, pois, impossível dentro dos limites do Estado. Contrário a Rousseau e selando o rompimento com o jusnaturalismo, Marx vê no Estado uma forma necessária apenas para as organizações sociais de exploração e afirma que apenas a extinção do Estado poderá dar origem à verdadeira história humana, o reino da liberdade sonhado por Rousseau. A realização da sociedade humana passa, pois, pela destruição do Estado, e não por sua instituição, como pensavam os filósofos jusnaturalistas.

As concepções em torno da liberdade de propriedade e da ideologia do não intervencionismo disseminadas pela burguesia fundamentam o Estado liberal que surge em substituição ao Estado absolutista. Partindo da concepção de que a principal finalidade do Estado é garantir o direito natural de propriedade, a burguesia se vê legitimada perante a realeza e a nobreza e superior a estas, assim, acreditando os burgueses que são proprietários através do seu próprio trabalho, concluem que reis e nobres são parasitas da sociedade (CHAUÍ, 2011).

A superioridade burguesa apresentou-se igualmente em relação aos pobres, os quais por não conseguirem ser proprietários privados, foram considerados culpados por sua condição inferior. Questionou-se, assim, qual o poder do soberano, uma vez que a função do Estado não é a de criar ou instituir a propriedade privada, mas de garanti-la e defendê-la contra a nobreza e os pobres (CHAUÍ, 2011).

De acordo com Marilena Chauí (2011), a teoria liberal, primeiro com Locke, depois com os realizadores da Independência norte-americana e da Revolução Francesa, e no século XX, com pensadores como Max Weber, dirá que a função do Estado é tríplice, ou seja:

- a) através das leis e do uso legal da violência (exército e polícia) garantir o direito natural de propriedade sem interferência na vida econômica, uma vez que, não tendo instituído a propriedade, o Estado não tem poder para nela interferir, decorrendo daí a ideia do liberalismo de que

- o Estado deve respeitar a liberdade econômica dos proprietários privados, deixando que façam as regras e as normas das atividades econômicas;
- b) sendo os proprietários privados capazes de estabelecer as regras e as normas da vida econômica ou do mercado, entre o Estado e o indivíduo intercala-se a esfera social, a sociedade civil, sobre a qual o Estado não tem poder instituinte, mas apenas a função de garantidor e árbitro dos conflitos nela existentes. O Estado tem a função de arbitrar, por meio das leis e da força, os conflitos da sociedade civil;
 - c) o Estado tem o direito de legislar, permitir e proibir tudo quanto pertença à esfera da vida pública, mas não lhe é permitido intervir na consciência dos governados. O Estado deve ser garante da liberdade de pensamento de todos os governados e só poderá exercer censura nos casos em que se emitam opiniões sediciosas que ponham em risco o próprio Estado.

Constata-se que o liberalismo impôs uma menor intervenção estatal na vida privada, resultante da insatisfação com o anterior regime absolutista. No Estado liberal a lei assume o sentido de liberdade aos cidadãos, impõe-se o Estado de direito. Com a teoria da separação dos poderes o Estado exige o afastamento dos juízes da atividade administrativa, estabelecendo assim, um regime próprio estatal e a jurisdição administrativa.

Deve-se questionar, contudo, se o primado da lei que era sinônimo de liberdade, além do direito próprio estatal impositivo aos cidadãos, com suas cláusulas exorbitantes, são condizentes na atualidade com o Estado democrático de direito e com a necessidade de discussão pública que se faz presente nas sociedades modernas.

3.2 O regime jurídico administrativo

O regime jurídico administrativo designa traços e conotações que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada,

por dizer assim, verticalizada no trato administrativo, constituindo-se tal regime em prerrogativas administrativas e sujeições aos particulares.

A atuação administrativa assentou suas bases sob dois pilares erigidos como fundamentos de sua legitimidade, entendidos estes como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público frente aos interesses particulares, colocando em tensão dois aspectos opostos (DI PIETRO, 2003, p.108): a autoridade da Administração e a liberdade individual.

Tais fundamentos de legitimidade encontraram supedâneo no direito francês, o qual foi transposto para o direito brasileiro com idêntica base europeia, não havendo a percepção imediata que fundamentos de legitimidade são válidos enquanto a base fática os sustenta, não havendo como divorciar o direito dos fatos sociais e desvincular a norma de um determinado contexto ou realidade sob pena de deslegitimação.

Justamente sob o aspecto da legitimidade que se pretende fazer o enfoque do regime jurídico administrativo, é dizer se diante do Estado democrático de direito seria correto afirmar qualquer supremacia ou verdadeiramente reconhecê-la apenas à Constituição da República numa leitura que legitime as condutas estatais.

A matriz em que se estabeleceram as bases do direito administrativo brasileiro influenciou todo um especial modo de pensar construído através de ideias formalistas arraigadas ao Estado liberal e à jurisprudência construída paulatinamente pelo Conselho de Estado francês. Essa correlação tomou como parâmetro os ideais da Revolução Francesa, ocorre que estes eram peculiares a um determinado momento histórico-político que passava a França, no qual para os revolucionários deveria imperar a separação rígida dos poderes e o primado da lei contra as arbitrariedades de um Estado absolutista, significando a lei naquele contexto, liberdade aos cidadãos e limitações ao Estado, assegurando-se a liberdade apenas pelo cumprimento da lei formal.

Sob inspiração do Estado liberal e do formalismo jurídico estabeleceu-se a máxima que administrar era aplicar a lei de ofício. Assegurar obediência irrestrita à lei, estabelecendo um liame estritamente formal entre a vontade social e os ditames legais, era entendido como garantidor da liberdade individual, sem, contudo, questionar-se por longo tempo, inclusive na doutrina brasileira se realmente aspectos formais eram capazes de garantir liberdades, ou desvinculando-se da realidade social constituíam meros instrumentos legais de opressão, e se as tradicionais

formas de pensar o direito administrativo e seus dogmas não escondiam na verdade, aspectos de autoritarismo.

Contudo, numa época em que se pensava o Direito estritamente sob a ótica do formalismo jurídico, não era uma tarefa das mais fáceis tais questionamentos, especialmente naqueles países onde a maturidade democrática encontrava-se, e ainda se encontra em construção. Repensar velhas fórmulas, estabelecendo novas maneiras de conexão agora com os cidadãos, e não mais com os indivíduos, transformar o Estado inimigo em Estado dialógico que se fortalece frente ao cidadão com práticas originais, no sentido de fazer-se o novo, não será possível se não forem refeitos o caminho e o tecido que ligam Estado e cidadão.

Historicamente percebe-se com clareza que não foi e nem será possível assegurar liberdades apenas com a lei, à medida que leis formais podem garantir igualdade formal, dissociadas das igualdades materiais e da vida que não se prende aos textos legais. Não obstante este foi o caminho em que germinou o direito administrativo.

3.2.1 Do antigo regime à jurisdição administrativa

Com as monarquias absolutas da Idade Média estabeleceu-se um direito ilimitado para administrar; os atos do soberano não eram submetidos aos tribunais, o qual decidia os conflitos entre os particulares. Tais funções foram posteriormente delegadas a um conselho sem qualquer autonomia, eis que subordinado ao soberano. Estabelecia-se, assim, o denominado Estado de polícia, não havendo divisão de poderes, concentrando-se o poder político no soberano que o exercia por delegação divina, não se sujeitando, por isso, às leis do Estado.

Muito dessa delegação divina se deve às elaborações teóricas de Bossuet, bispo da Corte de Luis XIV (CAMPOS, 1978, p. 52), que se utilizando das antigas escrituras (política inspirada na Sagrada Escritura), mostrava que o governo absolutista era desejado por Deus para a felicidade dos povos. Era Deus quem concedia o poder aos soberanos, e assim, só a Deus estes deveriam prestar contas. Com essas ideias, Bossuet lançou as bases da doutrina do absolutismo de direito divino, com crescente aproximação entre absolutismo e clero.

Nos dizeres de Luis Cabral de Moncada (2003, p. 33), vigorava em exclusivo a vontade do soberano, não sendo perceptível a necessidade de regular através de

normas gerais a atividade de polícia de modo a torná-la certa aos seus destinatários, nem ao menos de resguardar o acesso aos tribunais para a garantia dos direitos violados, assumindo relevância tão somente as matérias de administração, ditas de polícia, cuja natureza eminentemente política ficava fora do controle dos tribunais, mesmo que lesivas aos particulares.

O direito administrativo se esgotava, assim, num único preceito: um direito ilimitado para administrar não se reconhecendo direitos do indivíduo frente ao soberano, o indivíduo passa a ser um objeto do poder estatal, não um sujeito que se relaciona com ele (GORDILLO, 2003, p. II.1).

Já no período do antigo regime, apesar de não se estabelecer uma diferença entre os poderes de administrar e julgar houve tendência de submeter certos litígios administrativos a jurisdições que possuíam competência excepcional em matéria administrativa (ESTORNINHO, 1990, p. 27), as quais foram ganhando independência, aproximando-se das jurisdições ordinárias e mostrando-se severas em relação à administração régia, em especial na defesa dos interesses dos particulares.

Logo essas jurisdições excepcionais do antigo regime tornaram-se impopulares, acusadas de lentidão e de provocarem custos elevados. As soluções por elas adotadas foram classificadas de inadequadas, uma vez que ao proteger em demasiado os particulares, ignoravam as disposições favoráveis à Administração real. Diante de tal situação o soberano recorreu à ação dos intendentess, reconhecendo aos mesmos a rapidez e simplicidade de procedimentos, o que não impediu de serem acusados de arbítrio (ESTORNINHO, 1990, p. 28).

A Revolução Francesa visou combater o absolutismo e estabelecer o Estado de direito, bem como garantir os direitos individuais e assegurar a separação dos poderes, nos termos da doutrina de Montesquieu, temendo resquícios do antigo regime, no qual havia a ideia de que o Judiciário impedia o exercício da atividade administrativa, separando-se desta forma, a justiça comum da justiça administrativa, especialmente a partir da Lei 16, de 24 de agosto de 1790, encontrando-se proibidos os juízes, sob pena de prevaricação, de perturbar, de qualquer forma, as operações dos corpos administrativos. Pelo Decreto de 16 fructidor do ano III, os tribunais comuns foram impedidos de conhecer quaisquer atos da Administração, sendo que a Constituição de agosto de 1791 proibia, em seu artigo 3º, que os tribunais

invadissem as funções administrativas ou mesmo que citassem os administradores por atos funcionais.

Na época monárquica existia a chamada justiça retida (GORDILLO, 2003a, p. II.5-6), o soberano decidia por si as contendas entre as partes, o Conselho criado em 1799, com competência inicial consultiva e recursal, apenas propunha a decisão a ser tomada. O soberano muitas vezes simplesmente homologava a decisão, embora sempre houvesse a possibilidade de alterar o que fosse decidido pelo Conselho. Logo se passou à justiça delegada, nesta, o rei delegava a decisão a um Conselho que seguia dependendo dele, sem ter verdadeira independência como tribunal de justiça. Em 1872 foi extinta a necessidade de homologação das decisões, mantendo-se, não obstante, o poder de revisão.

A jurisdição administrativa surgiu, assim, não apenas por questões técnicas quanto ao julgamento dos litígios da Administração através de uma justiça própria, numa forma de especialização de conflitos, mas devido à especial interpretação que foi feita pelos revolucionários do princípio da separação dos poderes. Afirma-se que a jurisdição administrativa precedeu o próprio direito administrativo (ESTORNINHO, 1990, p. 24), uma vez que as regras administrativas necessárias ao funcionamento da Administração foram criadas paulatinamente pelos Juízes administrativos, formando a sua grande base teórica:

Foi o juiz administrativo que, num segundo momento, qual “pretor na velha Roma” (MARCELLO CAETANO) (24), foi paulatinamente criando as regras jurídicas necessárias ao funcionamento da Administração Pública, ao ponto de se poder afirmar que a “jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia” (PROSPER WEIL) (25), (ESTORNINHO, 1990, p. 25).

Assim, o direito administrativo nasce basicamente com a jurisdição administrativa, aceitando atualmente em termos históricos uma ligação entre o aspecto processual da autonomia da jurisdição administrativa e o aspecto substancial da criação das normas deste ramo do Direito (ESTORNINHO, 1990, p. 23).

Nota-se, portanto, que a Revolução Francesa não inovou quando trouxe a ideia da jurisdição administrativa, e sim retomou a herança do antigo regime, vez que, o pensamento da revolução, muito se apoiando em Montesquieu, era que o Judiciário tumultuaria a atividade administrativa, restando comprometida a atividade da Administração pela submissão dos seus atos àquele Poder, muito embora,

estabelecendo-se grande contradição, vez que a Administração cumularia as funções de administrar e julgar, utilizando-se o princípio da separação dos poderes como verdadeira máquina de guerra contra os tribunais judiciais:

O princípio da separação de poderes foi, assim, utilizado como uma verdadeira máquina de guerra (Prosper Weil) (18) dirigida contra os tribunais judiciais. Aqui se revela a “componente autoritária” dos institutos de justiça administrativa que NIGRO refere a par do seu “profundo valor liberal” (19). Pensar apenas na perspectiva da garantia da posição jurídica do cidadão no confronto com a Administração significa votar ao esquecimento a outra face do problema, constituída pela vontade – de peso igual e de sentido contrário – de subtrair os litígios da Administração ao juiz comum (20). Os institutos da justiça administrativa foram, assim, “filhos do estado de direito, mas do estado de direito enquanto também estado administrativo” (NIGRO) (21), caracterizado pela sujeição da Administração a um “estatuto especial” (NIGRO) (22) composto não só de tribunais próprios, mas também, em consequência, de um direito próprio (ESTORNINHO, 1990, p. 24-25).

À evidência que, ao abandonar o absolutismo e passar a um sistema de divisão de poderes, torna-se inconcebível que a Administração exerça atribuições inerentes a outro Poder (GORDILLO, 2003a, p. II.6), tendo em vista o próprio conteúdo do princípio da separação dos poderes.

A evolução do sistema passou por várias etapas, sendo que na metade do século XIX começou à devolução de matérias à jurisdição ordinária, estabelecendo-se diferenças entre atos de gestão e atos de império, tal evolução também é ditada pela ideia da separação dos poderes, no sentido de que a jurisdição administrativa seria uma sobrevivência do autocratismo napoleônico e um perigo para a segurança dos indivíduos frente ao Estado (ESTORNINHO, 1990, p. 26-27), passando-se a ter consciência de que não basta apenas existir controle jurisdicional para assegurar garantias aos particulares, sendo uma questão fundamental saber qual o juiz que exercerá esse controle.

Pode-se dizer que a jurisdição administrativa afirmou desde o início o direito da Administração, estabelecendo um regime jurídico diferenciado, com prerrogativas e sujeições aos “indivíduos”. O direito administrativo francês formou-se em relação ao sujeito Administração Pública (DI PIETRO, 2003, p. 29), inspirando-se nos princípios da separação entre funções administrativa e judiciária, bem como das decisões executórias e da legalidade, regulando-se por normas próprias diversas das disciplinadoras das relações privadas.

Referindo-se aos elementos da dogmática do Estado de direito, Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 57) indica como seu elemento primordial o

que se refere à personalidade jurídica do Estado, consequência do entendimento liberal presente no direito administrativo, que privilegiava o estudo dos sujeitos relativamente à Teoria da organização, o que levou a doutrina a interessar-se antes de qualquer outra coisa, pela relação entre os indivíduos e o Estado, na tentativa de fixar as garantias dos primeiros em relação aos segundos, como também de determinar as prerrogativas do segundo em relação aos indivíduos.

3.2.2 O pensamento liberal e a construção de liberdades formais

Em decorrência do pensamento existente no Estado liberal partiu-se para uma construção de liberdades formais, com o fortalecimento do aspecto legalidade, afastando-se o Estado da esfera de liberdades do indivíduo, e de outro, com a jurisdição administrativa, estabeleceu-se um direito próprio do Estado, começando-se a construir ideias um tanto contrapostas, a exemplo da supremacia do interesse público, com as prerrogativas administrativas de um lado, e de outro, as sujeições aos indivíduos, especialmente no que se referia ao poder de polícia, muito embora o conteúdo marcadamente individualista do Estado liberal.

Em reação às práticas absolutistas, o Estado liberal fundou-se nos princípios do poder limitado, direitos fundamentais eram os direitos contra o Estado, ou seja, a liberdade se assegurava com a não intervenção do Estado. Os direitos políticos na primeira fase do Estado liberal eram extremamente restritos, protegendo-se as liberdades econômicas (propriedade privada). Tal período foi de grande acúmulo de capital, e como não havia a intervenção do Estado para regular as relações entre as partes, as regras não eram cumpridas, sendo um período de grande exploração, mas muito cedo, o capitalismo liberal deu lugar ao capitalismo conservador (concentração), que não vai querer a livre concorrência, levando posteriormente ao declínio do Estado liberal.

O alicerce do Estado liberal será então a propriedade privada dos meios de produção, tem-se nessa época o Estado absenteísta estabelecendo através da lei formal a ideia de garantia de liberdades e igualdades. Propriedade e liberdade encontram-se interligadas, podendo dizer que se apresentam como sinônimos. Só os proprietários podiam votar, havendo voto de qualidade. Com o surgimento do Estado liberal, surgem os ideais de submissão à lei, inclusive dos soberanos. A chamada ideia liberal burguesa do Estado o idealiza como um Estado árbitro, imparcial e

independente, porém, em realidade nem sempre o foi (GORDILLO, 2003a, p. II.6) ou isto se manifestou em intervenções autoritárias em favor de determinados interesses ou classes sociais.

Inegável o cunho burguês da revolução, no qual a burguesia ao alcançar seus objetivos começou a temer a interferência e ascensão da classe proletária, a qual teve o discurso controlado, também através de instrumentos legais. Neste contexto, a partir de fins do século XVIII por influência das Revoluções liberais surgia a democracia indireta cujo modelo clássico seria a democracia representativa, fundamentada na ideia da incapacidade dos homens para decidir os problemas políticos, atrelando-se a capacidade ao poderio econômico, com exclusão da classe proletária de qualquer participação política.

Na prática, configurou-se numa aparência no estado das coisas, ou seja, uma aparência de democracia, uma aparência de liberdade e igualdade. A legalidade estritamente formal se apresenta bem mais como forma de controle, e não induz liberdade ou igualdade material, ao contrário, traz em si muito mais a ideia de coerção, eis que não havia a satisfação das necessidades sociais, necessitando de instrumentos de contenção das massas.

Segundo Luis Cabral de Moncada (2002, p.123) pode-se dizer que o conceito democrático de lei exprimiu em termos políticos, a luta contra o absolutismo à medida que pretendeu concentrar o poder soberano do Estado nas mãos de uma burguesia ascendente que necessitava desesperadamente do poder estatal para confirmar a sua hegemonia em todos os níveis da vida social, econômica e política.

Com a implantação do Estado de direito, o direito é visto como um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade, devendo assegurar o não retorno do absolutismo e a adoção do princípio da separação dos poderes. O princípio da legalidade neste contexto é a contraposição ao estado de polícia, o qual não encontrava limites no Direito para a sua atuação, prevalecendo a vontade do soberano, contudo, une-se à tendência burocratizante e centralista dos aparatos estatais (ALFARO, 2001, p. 38). O Estado de direito passa a exigir, então, a submissão estatal à lei, garantindo aos particulares que a ação administrativa seja conduzida por critérios objetivos, no qual o princípio da legalidade informará e dominará a atividade estatal, significando estar a Administração submetida à lei que o próprio Estado editou, deixando o Estado de

ser apenas ordem jurídica, passando a ser sujeito de direito, submetido a essa mesma ordem.

Perceptível, entretanto, que o formalismo estrito foi também produto do discurso de poder da burguesia ascendente, que igualmente é incorporado ao direito administrativo, e não raro, encontra-se a demonstração desse engodo, ou seja, pretendeu-se construir uma verdade: (lei é sinônimo de liberdade) não demonstrável nem fática, nem historicamente.

Para assegurar a liberdade, a atividade hermenêutica do juiz nesse período é vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e a interpretação evitada até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros. O direito administrativo passa a ser visto como sinônimo de direito positivo.

Tratando de sujeições e prerrogativas, o instrumento utilizado para o trato vertical entre Estado-Administração e o indivíduo foi o ato administrativo cuja construção adveio do Conselho de Estado francês. Assim, a noção de ato administrativo pode ser considerada como produto de certa concepção ideológica, só existindo nos países em que se reconhece a existência de um regime jurídico administrativo, sendo que *“nos países filiados ao sistema da common law nega-se a existência de um regime jurídico a que se sujeite a Administração, diverso do regime a que se submetem os particulares, o direito é comum para as duas espécies de sujeitos”* (DI PIETRO, 2003, p. 185).

Nos países vinculados à *common-law*, seja na sua versão original ou híbrida, não há aderência à ideia de autonomia científica do direito administrativo, havendo repúdio à jurisdição administrativa, que conforme Gustavo Binbenbim (2010, p. 126-127) deveu-se à submissão das relações entre Administração e cidadãos às mesmas regras e aos mesmos juízes, muito embora, lá tenham existido e ainda existam normas que contemplavam imunidades ao poder político, como a *the king can do no wrong*, superada em meados do século XX, contudo, o direito administrativo não se formou com uma estrutura dogmática munida de categorias a serviço do poder.

Em virtude das ideias advindas do Conselho de Estado francês, no decorrer da construção dogmática, tem-se a tríade: legalidade estrita – supremacia do interesse público – ato administrativo, nisto se assentou e construiu o direito administrativo. Nota-se ainda atualmente, que uma característica marca bastante o ato: “[...] é exercido no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob

regência de Direito Público. Nisto se aparta dos atos de direito privado” (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 352).

Ao se pensar nas prerrogativas de autoridade, outros não poderiam deixar de ser os atributos do ato, senão, presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e excoutoriedade, percebendo-se claramente um distanciamento no trato entre Estado e cidadão.

Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes:

a) Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário.

[...] Esta sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subsequentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos.

b) Imperatividade – é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de poder extroverso” que permite ao poder público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

c) Exigibilidade – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância das obrigações que impôs. [...] A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Judiciário para induzir o administrado a observá-la.

d) Excoutoriedade – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 382-383).

Impor, presumir, exigir, compelir e constituir unilateralmente caracteriza o tipo de verticalidade que se formou entre o cidadão e o Estado, diante da sua tradicional forma de manifestação: o ato administrativo. Tais condutas demonstram a autoridade do Estado não numa perspectiva democrática, mas numa perspectiva autoritária de sujeição do indivíduo à vontade estatal.

3.2.3 O ato administrativo e a necessidade de novo direcionamento

Com o advento do Estado social houve a assunção de novas atividades com o objetivo de promover o bem geral, ampliando o direito administrativo o seu conteúdo, havendo com o crescimento das atividades estatais a necessidade de novos mecanismos e instrumentos do poder estatal para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia ou para exercer a atividade econômica (DI PIETRO, 2003, p. 25).

Uma crítica que deve ser feita é que esse novo modelo de Estado não deixa de ser conservador e de preservar os objetivos do capitalismo, e surge muito devido a tendência de ascensão do socialismo, surgindo, então, um Estado que se propõe a prestar serviços a todos e a intervir fortemente na economia. Assim, o Estado social constituiu-se numa resposta à incapacidade do Estado liberal para solucionar os problemas e conflitos sociais surgidos a partir da Revolução Industrial.

Muito embora o Estado tenha ampliado suas funções, havendo necessidade de novo trato entre este e o cidadão, o que se constatou é que, invariavelmente o instrumento utilizado continuou a ser o ato administrativo na sua vertente autoritária. Com mais razão, transparecem princípios como a supremacia e indisponibilidade do interesse público, bem como as sujeições aos particulares, numa intensa verticalidade.

A doutrina administrativa calcada no formalismo jurídico não se apartou dessas ideias, havendo entendimentos de que a Administração procederia sempre através de atos unilaterais, querendo simplesmente em alguns casos, a mera adesão do particular. Atualmente, inquestionável que as sujeições autoritárias e os privilégios igualmente autoritários não podem conviver com o Estado democrático de direito e são contrapostos à supremacia da Constituição da República.

A doutrina no século XIX e início do século XX procedeu a teorização do conceito de ato, sendo que nos países onde se adotou o contencioso a noção de ato administrativo vai emergir da jurisprudência e ser por ela conformada (SILVA, 2003, p. 46-47). A doutrina francesa distinguiu o ato administrativo em atos de gestão e atos de império. Os atos de império caracterizavam-se pelo poder de autoridade, intangível aos Tribunais, já os atos de gestão eram atos não coercitivos, reclamando soluções negociadas, contudo, essa distinção com o tempo tornou-se estéril, não se sabendo ao certo quando se agia de um ou de outro modo.

As duas principais concepções doutrinárias sobre o ato administrativo advêm da doutrina francesa, as quais se estabeleceram a partir da Escola do Serviço Público e da Escola do Poder Público. Para a Escola do Serviço Público, com fundamento em Leon Duguit era necessário construir uma noção de ato adequada a cada um dos diversos poderes do Estado, constituindo o ato administrativo uma das espécies de ato dos poderes públicos, procurando adequar o conceito à noção finalística de serviço público (SILVA, 2003, p. 65).

A Escola do Poder Público partia de uma noção autoritária de ato. Para Maurice Hauriou o poder administrativo era o elemento essencial do regime administrativo, assim, consistindo o ato administrativo numa declaração de vontade dotada de força jurídica própria, resultante do poder administrativo, assemelhava-se ao negócio jurídico, sendo instrumento para busca de interesses públicos concretos e pontuais, na mesma medida em que o negócio jurídico é o instrumento para busca de interesses privados concretos e pontuais, mas tratando-se de manifestação impositiva e coativa distinta dos negócios privados (SILVA, 2003, p. 65).

Na doutrina alemã do século XIX o conceito de ato administrativo foi introduzido e teorizado por Otto Mayer, com base no direito administrativo francês e também no direito civil alemão, sendo o ato administrativo a manifestação da Administração Pública que determina o direito aplicável ao indivíduo no caso concreto (SILVA, 2003, p. 66), partindo a construção do ato, do modelo da sentença judicial, por constituírem ambos, o modo de manifestação do Estado com força coativa. Para Otto Mayer a Administração Pública encontrava-se em posição de superioridade, não obstante, reconhecesse que somente nos casos determinados na lei da Administração Pública, poderiam ser impostas prestações pessoais aos sujeitos, mediante atos unilaterais (atos de definição do direito aplicável ao particular).

O ato administrativo na doutrina alemã possuía a natureza jurídica que é própria da atividade estatal. Não havia nisto uma rejeição ao conceito de direito subjetivo, muito embora uma clara separação da ideia de um poder do indivíduo contra o Estado. O direito subjetivo passa a consistir no exercício de um poder público (SILVA, 2003, p. 54), do qual resultam benefícios para o particular, conforme manifesta Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 67):

As construções teóricas clássicas do acto administrativo vão oscilar, portanto, entre dois pólos, que são a manifestação de vontade e a definição do direito (ainda que sempre no exercício de um poder administrativo), aproximando-se, nuns casos, mais do negócio jurídico privado, noutros, mais da sentença judicial. O acto administrativo constitui a “pontualização, no caso concreto, das relações autoridade-liberdade, na actuação do princípio da legalidade da actuação administrativa. Em virtude deste aspecto, ele foi-se aproximando do acto jurisdicional (aplicação de normas ao caso concreto), do qual todavia difere por estar virado para a prossecução específica de um interesse público determinado, ou seja, por ser acto, por excelência de disposição voluntária.

Seabra Fagundes (1957, p. 20-21) considera que nem sempre a função administrativa se exerce por meio de ato determinante de situação jurídica individual, ou por atos materiais. O ato administrativo só constitui situação jurídica individual quando é ato jurídico. Assim a nomeação de um funcionário, a licença expedida a um estabelecimento, são atos modificadores de situações de direito. Considera que, em muitos casos, a atividade administrativa não dá lugar à modificação de situações jurídicas pessoais, limitando-se a concorrer para a sua formação, decorrendo que esses atos não são jurídicos, porque não criam, nem transformam, nem extinguem direitos, nem se podem incluir entre os atos materiais.

No direito português a conceituação do ato administrativo parte da noção de decisão de um órgão de Administração no exercício do poder administrativo, conforme se infere do artigo 120 do Código do procedimento administrativo português², visando a produção de efeitos jurídicos sobre uma situação individual num determinado caso concreto (NABAIS, 2008, p. 75).

Numa perspectiva de maior abertura dialógica, referindo-se ao direito português, indica Luis Cabral de Moncada (2009, p. 84) que o ato administrativo é uma consequência da concretização da lei, sendo uma das formas normais correspondentes à atividade administrativa, e que precisamente por ser assim lhe corresponde atualmente no direito português um regime jurídico aberto para a perspectiva relacional, sendo que tal regime é elemento da noção atual de ato administrativo.

No direito brasileiro a perspectiva relacional apresenta mesmo que de forma incipiente, certos avanços na direção do processo administrativo, para fins da participação do particular nas decisões estatais que lhe digam respeito. Mas a perspectiva de discussão processual não se verifica em todos os casos, havendo, não raro, sob a alegação do interesse público em abstrato, atos que, mesmo implicando restrição de direitos, não ocorre a participação do interessado em quaisquer fases, não se mostrando condizentes com o constitucionalismo moderno que exige além das decisões formais.

Em comparação com o direito brasileiro, chama a atenção no direito português os princípios e regras que norteiam a execução do ato, estabelecidos nos

² Art. 120 – Para os efeitos da presente lei, consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

artigos 149 a 157 do Código de Processo Administrativo (NABAIS, 2008, p. 85-88), em especial, previsão do princípio da observância dos direitos fundamentais e do respeito devido à pessoa humana, estabelecidos no § 3º do artigo 157:

Artigo 157 (Execução para prestação de facto)

[...] 3. As obrigações positivas de prestação de facto infungível só podem ser objecto de coacção directa sobre os obrigados nos casos expressamente previstos na lei, e sempre com observância dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e do respeito devido à pessoa humana (NABAIS, 2008, p.88).

No direito brasileiro encontram-se estabelecidos no artigo 2º da Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo federal, os princípios que deverão ser observados pela Administração Pública em relação aos processos administrativos, quais sejam: a legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Observando-se a legislação processual administrativa brasileira e a legislação portuguesa verifica-se não dispor a lei processual pátria sobre o princípio da observância dos direitos fundamentais e do respeito à pessoa humana. Não obstante, mesmo não se encontrando de forma expressa na Lei Federal 9874 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL), conclui-se que tal princípio deriva das normas constitucionais, em especial do artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988) que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, incidindo em quaisquer manifestações estatais, além do disposto em seu § 2º, no que se refere aos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, encontrando-se tanto os atos quanto os processos administrativos e demais manifestações estatais adstritos à verificação da conformidade constitucional.

3.2.4 Ato administrativo e ato jurídico

Em relação às várias concepções em torno do ato administrativo, afirma-se na doutrina brasileira ser espécie de ato jurídico através do qual se manifesta a vontade estatal. Indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 189) que não possuindo a Administração Pública autonomia de vontade, obrigando-se a cumprir a vontade da lei, não pode o conceito de negócio jurídico ser utilizado em relação ao ato administrativo unilateral, sendo por tal razão, que a alteração da Lei Federal 10.406

de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL) que não manteve o conceito de ato jurídico contido no artigo 81 do Código Civil Brasileiro de 1916, preferindo o conceito de negócio jurídico, não afetou o conceito de ato administrativo.

Para Washington de Barros Monteiro (1984, p. 175) a característica primordial do ato jurídico é ser um ato de vontade e que, exatamente por isso manifesta-se a sua frontal oposição ao fato jurídico *stricto sensu* que é resultante das forças naturais em geral. Referindo-se à conceituação de ato jurídico do artigo 81 do Código Civil Brasileiro de 1916³, observou que aquele diploma legal não definiu os fatos jurídicos, não obstante tenha definido ato jurídico como todo ato lícito com fim imediato de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Em relação à manifestação da vontade dividiram-se os atos jurídicos em unilaterais e bilaterais (MONTEIRO, 1984, p. 179), em tal classificação apresentam-se os atos unilaterais quando a declaração de vontade emana de uma só pessoa ou mais de uma, mas na mesma direção, como a renúncia, a desistência, a promessa de recompensa, por outro lado, nos atos bilaterais a declaração de vontade se faz mediante concurso de duas ou mais pessoas, porém em sentido oposto, como nos contratos em geral.

Não se questiona a proximidade entre o ato administrativo e o ato jurídico de direito privado, no sentido da criação, extinção e modificação de direitos, ressaltando-se que, mesmo no que se refere à autonomia da vontade, é de se considerar que os sujeitos privados possuem uma vontade regrada, não parecendo bastante a distinção no que se refere ao cumprir a vontade da lei, como um aspecto específico para demonstrar uma adequada diferenciação entre os referidos atos, porque os particulares também se encontram adstritos ao cumprimento da lei, possuindo uma vontade regrada, mas não desvinculada da lei.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 340) considera que o ato administrativo é um ato jurídico por tratar-se de uma declaração que produz efeitos jurídicos, apresentando sua própria especificidade dentro do gênero ato jurídico, como as condições de validade de sua produção e a eficácia que lhe é própria, encontrando-se tal ato jurídico dentro do gênero fato jurídico, o qual é definido como qualquer acontecimento a que o Direito *“imputa e enquanto imputa efeitos*

³ O Código Civil Brasileiro de 1916 foi revogado pela Lei Federal 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

jurídicos”, podendo ser um evento material ou uma conduta humana voluntária ou involuntária preordenada ou não que venha a interferir na ordem jurídica.

Na diretriz de tal posicionamento, toda vez que se apresentar uma dicção prescritiva de direitos, independente de sua forma (oral, escrita, sinal), estar-se-á diante de um ato jurídico, ou seja, diante de um comando jurídico. Diversamente, quando se apresentar um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas, estar-se-á diante de um fato jurídico (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 342).

Em relação ao ato administrativo, indica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 213-215) que há uma declaração de vontade da Administração Pública voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos definidos em lei, como a demissão, tombamento, ou a requisição. Assim, entre os atos administrativos propriamente ditos, distinguem-se aqueles dotados de imperatividade e os que não possuem tal atributo, impondo-se os primeiros aos particulares, independente de consentimento, enquanto os segundos resultam do consentimento de ambas as partes, denominando-se atos negociais, ressaltando-se que os atos administrativos unilaterais não podem ser considerados negócios jurídicos porque a Administração Pública não tem liberdade para estabelecer por sua própria vontade os efeitos jurídicos que são fixados em lei.

Por sua vez, referindo-se aos atos administrativos unilaterais e bilaterais, Augustín Gordillo (2003b, p. IV-24) considera que ao caracterizar o ato administrativo como unilateral e o contrato como bilateral ou plurilateral se faz necessário considerar o alcance da unilateralidade ou da bilateralidade. Em tal sentido pode-se distinguir a unilateralidade ou bilateralidade tanto na formação do ato verificando se concorre a vontade de um ou mais de um sujeito de direito, como também em seus efeitos, verificando se o ato cria direitos e deveres para um ou mais de um sujeito.

Ao assim considerar, tem-se o contrato como expressão típica do ato bilateral, tanto em sua formação quanto em seus efeitos; em relação ao ato administrativo, observam-se os seguintes posicionamentos: não há para certos autores discussão quanto ao ato ser unilateral em sua formação e em seus efeitos; nem todos os autores admitem que o ato seja unilateral em sua formação e bilateral em seus efeitos; quanto ao ato ser bilateral em sua formação e unilateral em seus efeitos, há autores que entendem que em realidade nesses casos não há ato bilateral, mas vontades concorrentes (GORDILLO, 2003b, p.IV-24).

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 391) atos unilaterais são formados pela declaração de uma só parte, citando como exemplo a demissão, multas e autorizações, ressaltando que não afeta a unilateralidade a circunstância de o ato depender, com frequência, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular, seja solicitando a sua prática ou aceitando seus efeitos.

É de se questionar a existência da unilateralidade, pois, ao que parece tanto a produção do ato administrativo, quanto os seus efeitos podem ser bilaterais. Na aplicação da multa, o efeito se tornará definitivo na esfera administrativa com a manifestação do particular ou com o seu silêncio, em quaisquer dos casos ultrapassada a fase própria de defesa administrativa, o mesmo podendo-se dizer em relação à demissão de um servidor. A licença por sua vez, apresenta a bilateralidade tanto na sua produção, com o requerimento do particular, quanto nos seus efeitos, eis que obriga tanto a Administração Pública quanto o particular.

Com a constitucionalização do direito administrativo, com as garantias fundamentais do contraditório e ampla defesa é de se questionar a unilateralidade do ato administrativo, seja na sua formação ou nos seus efeitos, vez que se apresenta a necessidade da discussão processual. Pode-se mesmo concluir que a unilateralidade, marca do atuar administrativo é prerrogativa não condizente com o moderno constitucionalismo, devendo a noção de ato caminhar em direção à perspectiva relacional, estabelecida através do processo administrativo no qual haja discursividade entre os participantes.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 350) afirma que a noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal marcado por circunstâncias contrapostas às dos atos civis privados.

Muito se afirma que as prerrogativas da Administração são próprias, sem correlação com o direito comum, contudo, as prerrogativas da Administração Pública foram teorizadas para parecerem incomuns aos demais ramos do Direito, mas não são. Ao longo de toda a teorização do direito administrativo e da Administração Pública não se estabeleceram critérios distintivos convincentes. Pode-se dizer que não há em verdade uma impropriedade em se aplicar certos institutos do direito privado à atividade estatal, não havendo que se admitir um prejuízo *a priori* ao interesse público com a aplicação de tais normas.

A similaridade pode ser encontrada em certas disposições da legislação civil; a executoriedade, a exemplo, que é a qualidade do ato através do qual o Estado pode compelir materialmente o administrado, sem buscar previamente as vias judiciais ao cumprimento da obrigação imposta, embora rara, também pode existir no direito privado, desde que expressamente prevista em lei, como no caso da retomada da posse após esbulho, não podendo determinar-se como da natureza do ato administrativo. Neste sentido o artigo 1210 da Lei Federal 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro), que dispõe sobre a manutenção do possuidor na posse no caso de turbação, restituído no caso de esbulho, e segurado no caso de violência iminente, dispondo ainda em seu § 1º que:

Art. 1210 – § 1º - O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Aliás, é de se indagar se há realmente a necessidade de utilizar-se de um regime exorbitante, dito incompatível com o direito dos particulares para assegurar o interesse público ou se trata de um argumento de autoridade. A diversidade de critérios revela que não se tem encontrado uma solução satisfatória, como se observa quanto à jurisdição, nos casos do contencioso administrativo, igualmente em relação ao ato administrativo quanto à distinção entre atos de império e atos de gestão, tendo em vista não se delimitar com certeza, em que momento a Administração Pública agia de um ou de outro modo.

Augustín Gordillo (2003b, p. 1-2) discorda do fato de se pretender aplicar conceitos advindos do direito civil, a exemplo do ato jurídico, ao direito administrativo, entendendo que esta tendência da doutrina, tendo em vista a metodologia do direito civil na conceituação do ato jurídico, pode levar a erros porque o que há que sistematizar e explicar no direito administrativo através da noção de ato administrativo é muito distinto do que se sistematiza em direito civil através da noção de ato jurídico, não explicando e nem ordenando nenhum dos grandes problemas que preocupam ao direito administrativo, não levando em conta a divisão de funções, a estrutura da Administração Pública, a natureza do órgão e sua atividade.

A existência de uma rígida separação entre o direito privado e o direito público é questionável. De uma forma geral, demonstra a evolução histórica que o Estado sempre procurou incentivar esta divisão adotando-se um direito próprio. Não se

desconhece a perspectiva estatal no sentido de que foi e será bem mais fácil administrar com um direito próprio, que estabeleça um afastamento do direito comum dos particulares, nisto se estabeleceu o regime jurídico administrativo, afirmando ser exorbitante e derogatório do direito comum, seja porque confere prerrogativas ditas sem equivalência nas relações privadas, seja porque impõe a sua liberdade de ação maiores restrições do que aquelas a que estão submetidos os particulares em geral. Mas o que se afirma ser sem equivalente nas relações privadas, pode encontrar esta equivalência, não sendo um critério de distinção entre os regimes.

Em relação aos elementos essenciais, observa-se no direito brasileiro haver pontos de convergência entre o negócio jurídico do direito civil e o ato administrativo, o que se percebe nas disposições do artigo 166 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), que trata da nulidade dos negócios jurídicos:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III – o motivo determinante, comum a ambas as partes for ilícito;
IV – não revestir a forma prescrita em lei;
V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Verifica-se não haver uma diferença substancial para fins de nulidade entre os elementos essenciais do ato administrativo e os elementos constitutivos do negócio jurídico dispostos no artigo 166 do Código Civil brasileiro. Os elementos que caracterizam a nulidade num e noutro caso possuem identidade.

A motivação dos negócios jurídicos de direito privado pode ser questionada para fins de nulidade do ato, como ocorre com a determinação dos motivos no direito público. Observa-se não se apresentar de forma lógica o discurso de inadequação de certos instrumentos do direito privado para alcançar uma atividade administrativa mais condizente com a realidade democrática, como aqueles que permitem a consensualidade, a qual pode se estender à Administração Pública, buscando uma maior efetividade do interesse público em concreto. Aliás, em certos sistemas jurídicos, como o italiano, há utilização tanto do direito privado quanto do direito

público na Administração Pública, como nos *contratti a evidenza pubblica*⁴, sem que se apresente uma concepção de prejudicialidade ao interesse público em abstrato.

Por outro lado, verifica-se que no direito brasileiro não há uma convergência sobre o conceito de ato administrativo, conforme se percebe nas seguintes concepções:

- a) a administração pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos, os quais diferenciam daqueles emanados pelo Legislativo (leis) e pelo Judiciário (decisões judiciais), quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e de jurisdição. O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia por sua finalidade pública, sendo uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que agindo nessa qualidade tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria, diferindo do fato administrativo que é toda realização material da Administração (MEIRELLES, 1992, p. 131-133);
- b) ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeita ao controle de legitimidade pelo órgão jurisdicional, correspondendo à noção de ato administrativo em sentido amplo. Em sentido estrito é uma declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei ou da Constituição, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 352-353);
- c) ato administrativo é uma declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime

⁴ No procedimento *a evidenza pubblica* (contratações) coexistem duas fases com finalidade diversa: uma fase procedimental disciplinada pelo direito público e uma fase negocial (execução do contrato) disciplinada pelo direito privado.

jurídico de direito público e sujeito a controle pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2003, p. 189);

- d) ato administrativo é posto mediante comportamento de um órgão estatal competente pela ordem legal para produzi-lo. Esse comportamento em regra é uma declaração, mas pode não ser como o silêncio, ou um comportamento de agente estatal que constitua uma manifestação tácita de concordância ou discordância. Como o comportamento típico estatal ao produzir o ato corresponde a uma declaração, tal identifica-se com o ato de produção de norma jurídica, conceituada como ato administrativo. Assim, o conceito de ato administrativo abrange normas jurídicas que constituem, modificam ou extinguem relações jurídicas concretas entre Estado e particulares, excluindo-se os atos sem significação normativa, os regulamentos, e os atos que produzem efeitos apenas na esfera dos órgãos estatais (atos intraestatais), excluindo-se ainda os contratos administrativos (AMARAL, 2008, p. 48-49).

As manifestações estatais administrativas traduzem-se em atos, ou complexos de atos administrativos. Ocorre, que no Estado democrático de direito, no que se refere à validade dos atos, com maior atenção aos atos administrativos que sejam restritivos de direitos, sancionatórios e constitutivos de obrigações, deve haver vinculatividade à discussão processual com os interessados, não podendo assumir tais atos o caráter de unilateralidade, dependendo a definitividade em todas as decisões de tal pressuposto, além da observância das diretrizes e princípios constitucionais.

É de se considerar que a manifestação estatal fora os casos de atos administrativos restritivos de direitos, sancionatórios e constitutivos de obrigações poderá assumir o caráter impositivo na sua formação diante de evidente caracterização de emergência no atendimento a situações concretas, contudo, a manifestação proferida sempre poderá ser desconsiderada em discussão processual posterior não se verificando os pressupostos de sua admissibilidade, não sendo a impositividade que se verifica em tal situação inerente à função administrativa, encontrando paridade no direito privado.

Verifica-se que o Código Civil brasileiro prevê igualmente tal possibilidade para os sujeitos privados, no artigo 188, inciso II, parágrafo único (BRASIL, 2002),

estabelecendo não constituir atos ilícitos a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente. O parágrafo único do artigo 188 estabelece que no caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

3.2.5 Os atributos do ato e a vinculatividade constitucional

Observados os aspectos constitucionais que vinculam a atividade administrativa, tem-se que os elementos do ato administrativo no direito brasileiro, considerados aqueles referentes a sua validade, encontram-se dispostos no artigo 2º da Lei Federal 4717 de 29 de junho de 1965 (BRASIL) que regula a ação popular, quando indica os casos de verificação de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio público. A existência de nulidade nos casos legais determinados na referida lei, induz se tratarem de elementos essenciais do ato administrativo: a competência, a forma, objeto lícito, motivo e finalidade.

Percebe-se que o artigo 2º da Lei Federal 4717 de 29 de junho de 1965 (BRASIL) pretendeu em seu parágrafo único estabelecer uma definição dos vícios que ensejam a nulidade do ato administrativo, conforme a seguinte caracterização:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou. Esclareça-se que a competência pode ser objeto de delegação ou avocação desde que não se trate de competência conferida em caráter de exclusividade; por sua vez, sendo a autoridade incompetente e tratando-se de ato discricionário a Administração Pública pode optar por convalidar ou invalidar o ato praticado;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

No direito brasileiro o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência, não havendo a distinção entre os motivos de interesse privado ou de interesse público, o que poderia influir nos efeitos do ato, seja com a sua total anulação ou com a possibilidade de aproveitamento dos atos em casos de evidente atendimento do interesse público.

Com as devidas ponderações, praticando o agente ato com finalidade diversa da prevista legalmente, mas desde que esteja presente o atendimento do interesse público, verificado no caso concreto, e demonstrando-se que não haveria outra forma de atender uma determinada necessidade, não se mostra razoável a anulação do ato por desvio de finalidade e punibilidade do agente, devendo ser considerados objetivamente os motivos do ato, a necessidade da medida e a intenção do agente que o praticou.

O que deve se estabelecer é um atuar administrativo em conformidade com princípios éticos, eis que a violação de tais princípios implica na violação do próprio direito, configurando-se em ilicitude que acarreta a invalidação da conduta e atos decorrentes que se vinculam à conformidade das normas constitucionais. Neste sentido, a moralidade deve ordenar toda a atividade administrativa, incluindo-se a vedação da utilização de meios lícitos para atingir finalidades irregulares, o que em última análise se reduz à ilegalidade quanto aos fins, transbordando assim de um aspecto exclusivamente moral e adentrando no próprio aspecto da legalidade.

Outro não é o sentido que se extrai do direito privado em relação aos particulares, e as formas de agir ético e legal, os quais são exigidos, não em virtude de uma qualidade especial do sujeito, decorrendo do ordenamento jurídico, dos valores que foram positivados, abrangendo a todos, sejam particulares ou a Administração Pública.

Os princípios éticos devem ser observados em todas as relações, assim, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração Pública ou do cidadão que com ela se relaciona juridicamente, embora aparente consonância com a lei, ofenda a moral, as regras de boa-

administração, os princípios de justiça e de equidade, haverá ofensa aos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, os quais constituem pressuposto de validade de todos os atos, integrando o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade.

Estabeleceu ainda a Lei Federal 4717 de 29 de junho de 1965 (BRASIL) em seu artigo 3º que os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades estatais, cujos vícios não se compreendam nessas especificações, serão anuláveis segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Contudo, não há pretender que as definições legais abarquem o universo de situações que envolvam o ato administrativo e sua invalidação, cuja aferição deverá ser sempre constatada diante das peculiaridades do caso concreto, observados o contraditório e ampla defesa.

Em relação aos atributos do ato administrativo, significativa parcela da doutrina brasileira (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 339-340; DI PIETRO, 2003, p. 190; HELY LOPES, 1993, p. 132) o considera como espécie de ato jurídico que possui atributos que o distinguem dos atos de direito privado, conforme se enumera:

- a) imperatividade: caráter de obrigatoriedade do ato que independe da concordância de terceiros, característica que não existe em todos os atos. Presumindo-se legais os atos estatais, o seu conteúdo é obrigatório em relação aos quais produz efeitos, sejam particulares ou aqueles integrantes da estrutura administrativa que tenham que lhes dar execução;
- b) presunção de legitimidade: os atos administrativos nascem com a presunção de conformidade legal, inerente a sua natureza, tendo em vista que emanam de autoridade ou órgão da Administração Pública, considerado o exercício de um poder público regulado pela lei;
- c) auto-executoriedade que se afirma ser efeito da presunção de legitimidade, encontrando-se nos atos relativos ao poder de polícia;
- d) ainda há o requisito da tipicidade, que segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro (2003, p. 194) é a correspondência do ato como conduta administrativa a uma definição legal apta a produzir determinados resultados.

Os atributos do ato administrativo, ditos essenciais à consecução do interesse público, não obstante, podem constituir justificativas para a atuação verticalizada da Administração Pública. A presunção de legitimidade, melhor se adequando à presunção de legalidade, decorre do fato de ser o ato administrativo um ato de atuação estatal, fazendo pressupor enquanto ordem jurídica a sua atuação conforme a lei.

Ocorre que a legitimidade vai além, exige não só a observância dos aspectos formais, mas que os fatos de uma questão sejam considerados em todos os seus matices, proporcionando uma adequada resposta administrativa, adequação esta que se liga à efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

A imperatividade, por sua vez, faz lembrar os Impérios e sua força coativa numa perspectiva não democrática, podendo-se afirmar que a consensualidade melhor se adequa ao Estado democrático de direito, impondo legitimidade às decisões estatais.

Não se nega ao Estado o seu poder de agir, contudo, este poder de agir não se encontra acima das normas constitucionais e da observância aos direitos e garantias fundamentais, como fez parecer durante longo tempo o discurso jurídico-administrativo. Pois, com exceção dos casos em que se verifique concretamente uma emergência de atendimento às situações que trouxerem gravames à segurança e à vida das pessoas, pode-se admitir uma atuação estatal impositiva sobre a esfera de direitos do cidadão.

Constata-se, igualmente, que a unilateralidade do ato administrativo, incompatível com os pressupostos democráticos é uma das frestas, seja para o desvio de finalidade, seja para o abuso de poder, à medida que não há discussão processual com os sujeitos envolvidos para fins do poder estatal demonstrar a racionalidade das suas decisões de forma sistêmica. Tal não se verificando, com facilidade aparecerá o arbítrio nas condutas administrativas, conjugando-se a isto, todos os demais atributos que inferem prerrogativas públicas sem o devido escopo constitucional.

3.2.6 Da revisão do ato e a necessidade de discussão processual

A revisão das decisões administrativas, observado o lapso temporal, corrigindo seus próprios atos, anulando os contrários às normas legais que os regem

ou revogando os inconvenientes aos fins visados pelo poder público sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, insere-se na autotutela administrativa sobre seus atos e agentes, constituindo uma modalidade de controle administrativo.

A autotutela administrativa deve encontrar-se em conformidade com as disposições contidas no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República (BRASIL, 1988), o qual dispõe que aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos inerentes.

Os atos administrativos são produzidos para desencadear efeitos na ordem jurídica. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 409), um ato eficaz extingue-se por cumprimento de seus efeitos, desaparecimento de elemento infungível da relação como o sujeito ou o objeto, e ainda por retirada, esta última abrangendo a revogação (oportunidade e conveniência), invalidação (por razões de ilegalidade), cassação (quando o destinatário descumpre condições que o impossibilitam de continuar desfrutando da situação jurídica anterior), bem como, caducidade, contraposição e renúncia.

Hely Lopes (1992, p. 158) considera que a decisão administrativa produz a irretratabilidade do ato pela própria Administração Pública, sendo regra a irrevogabilidade do ato administrativo, e a exceção a revogabilidade, visando a estabilidade das relações entre a Administração e os administrados.

A revisão administrativa abrange aspectos de mérito (conveniência administrativa) e legalidade (anulação), encontrando sedimentação nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ressalte-se que o artigo 53 da Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL) que regula o processo administrativo federal, dispõe sobre o dever da Administração Pública de anular seus atos quando ilegais e de revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade: *“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade e pode revogá-los por motivo*

de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.” Contudo, como controle prévio da licitude, seja da anulação ou da revogação, deve-se assegurar o devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, sob pena da sua nulidade.

O fundamento da invalidação reside na ilegalidade, fulminando desde início o ato viciado e seus efeitos. O fundamento da revogação consiste na oportunidade ou conveniência administrativa, extinguindo-se, portanto, um ato válido, mas respeitados os efeitos já produzidos, observando-se que, apesar de estar no campo da discricionariedade, esta não autoriza atos que não estejam atrelados ao atendimento do interesse público em concreto.

A invalidação de atos administrativos reporta ao defeito jurídico. Celso Antônio Bandeira de Melo (2002, p. 420-421) indica que a invalidação é a supressão com efeito retroativo de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

Raneletti negava ao ato administrativo o caráter de ato ilícito, pois, mesmo contrário à lei e sendo ilegítimo, permanecia ato administrativo, enquanto reconhecido como ato do órgão pelo qual foi praticado, assim, somente quando o ato fosse nulo, considerado não como ato da pessoa pública, mas como ato do servidor pessoalmente é que se apresentava sua ilicitude (FAGUNDES, 1957, p. 218), distinguindo os efeitos do ato ilícito do direito privado e efeitos do ato administrativo: *“o ato ilícito tem conseqüências contrárias ao interesse do agente, não se confundindo com o negócio jurídico. [...] Existe apenas como fato. Com o ato administrativo não sucede o mesmo”*.

Os atos nulos nos quais não se apresenta a convalidação, uma vez que implicaria a reprodução da invalidade anterior, ou aqueles inexistentes, não se convalidam (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 434), em tais casos, deve-se proceder ao desfazimento do ato, pois, o defeito que possuem é tão relevante, que são inidôneos a fim de investir o administrado em quaisquer direitos oponíveis à Administração Pública, não obstante, a declaração de nulidade não fuja à discussão administrativa processual, com as garantias constitucionais que lhe são asseguradas.

Em relação aos atos nulos, Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 431) considera que podem ser objeto de conversão, citando como exemplo a conversão de uma nomeação para cargo efetivo em nomeação para cargo comissionado. Com

as devidas ponderações, o exemplo parece aproximar-se do poder de autotutela administrativa, com a correção do ato, havendo no caso, a decretação da nulidade de um ato e a edição de outro válido. De uma forma geral, diante de atos com vícios insanáveis (incompetência em razão da matéria, finalidade⁵, objeto ou conteúdo do ato ou ainda em razão de competência exclusiva), não é dada a Administração qualquer discricionariedade no sentido de escolher se convalida o ato viciado ou se deixa de fazê-lo, devendo tal revisão proceder-se em defesa do interesse público em concreto, através do respectivo processo administrativo, observando-se os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, não se admitindo com exceção do atendimento às situações concretas de emergência, quaisquer atos estatais que se projetem impositiva e restritivamente sobre a esfera de direitos do indivíduo.

Para Weida Zancaner (2008, p. 66) só existe uma hipótese em que a Administração pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários, tal se verificando no caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente:

[...] Então, abrem-se novamente duas hipóteses: ou o agente considera adequado ao interesse público o ato que fora expedido por agente incompetente – e, neste caso, o convalida -, ou o reputa inadequado – e, dado o vício de incompetência, o invalida. Há, pois, nessa hipótese, opção discricionária, mas é a única hipótese em que há lugar para a discricionação. Excluída esta hipótese, em todos os demais casos não há falar em discricionação, pois ou a Administração está perante o dever de invalidar, ou perante o dever de convalidar, ou impedida de adotar uma ou outra medida.

Na revogação dos atos administrativos por questões de oportunidade e conveniência, deve ser observado em sua origem, que o ato objeto da revogação necessariamente deve ser discricionário, não podendo haver revogação de ato vinculado, sendo este o primeiro e necessário limite à revogação.

No direito português a revogação do ato não é uma prerrogativa exclusiva da Administração Pública, podendo ser revogados por iniciativa dos órgãos competentes ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo (art. 138 do Código de Processo Administrativo português).

⁵ Em relação à finalidade, com as ressalvas apresentadas, no sentido de que devesse ser adotado o critério de diferenciação das razões de interesse público e razões de interesse privado para fins de anular-se ou não o ato.

No direito brasileiro a revogação decorre de um poder da mesma natureza do ato a ser revogado, ligando-se a questões fáticas, não decorrentes de vícios, nas quais se admite na doutrina, poder atuar a discricionariedade administrativa ao considerar o ato incompatível com o atendimento do interesse público num determinado momento, avaliando-se aspectos de sua conveniência e oportunidade, contrariamente à anulação que decorre de vício insanável, adentrando nos aspectos da legalidade do ato administrativo.

Entretanto, a incompatibilidade com o interesse público, para autorizar a revogação, deve verificar-se diante do caso concreto, necessitando igualmente da mesma via processual administrativa de discussão quando se referir aos direitos de terceiros, respeitando-se os direitos adquiridos, tendo em vista a segurança jurídica que deve prevalecer em todas as relações. Deve-se ressaltar que em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso do interesse público, não se apresenta a discricionariedade administrativa, devendo apresentar-se tão somente a interpretação vinculada às diretrizes constitucionais.

No direito brasileiro não há previsão de um interesse público específico, verificando-se no art. 2º da Lei Federal 9784 de 24 de janeiro 1999 (BRASIL) que regula o processo administrativo federal, uma previsão de observância do interesse público em abstrato. Ao estabelecer-se um interesse público específico, poder-se-ia conduzir a uma maior segurança quanto à aplicação do conceito.

Por outro lado, evidencia-se que apesar do fato de no direito brasileiro haver uma previsão de cláusula geral, deve-se reconhecer que o interesse público apenas se compatibilizará com as normas constitucionais quando verificado diante dos fatos postos a exame, que, além da necessária atividade hermenêutica constitucional, exige a observância da perspectiva relacional, para fins da tutela e efetividade dos direitos.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 414) pode ser considerado como motivo da revogação *“o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público [...] resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos [...]”*.

Contudo, deve-se observar que as meras alterações de entendimento administrativo, que conduzam a mudanças interpretativas, não podem retroagir para

alterar entendimentos anteriores proferidos pela Administração Pública, que exauriram os seus efeitos, sendo favoráveis aos Administrados.

Há revogação quando a lei explicitamente defere essa competência, ou ainda, quando a competência administrativa sobre certa relação não se exauriu ao ser exercitada, indicando Celso Antônio Bandeira de Melo (2003, p. 417-418) que não podem ser revogados:

- a) os atos vinculados;
- b) os meros atos administrativos, a exemplo das certidões;
- c) os atos de controle, vez que a competência em relação a cada caso examinado exaure-se com a expedição do ato;
- d) os atos já exauridos, ou seja, aqueles nos quais os efeitos do ato estejam esgotados, como aqueles que determinam providência material já executada e daqueles que se exauem *ipso jure*;
- e) os que integram um procedimento, tendo em vista a ocorrência da preclusão;
- f) os atos complexos, pois, *“uma só vontade não pode modificar o que a lei fez depender do concurso de mais de uma”* (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 418);
- g) e aqueles que geram direitos adquiridos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 239) indica as seguintes limitações ao poder de revogação dos atos administrativos:

- a) não podem ser revogados os atos vinculados, porque neles não há a presença dos aspectos concernentes à oportunidade e conveniência;
- b) não podem ser revogados os atos que exauriram os seus efeitos, pois a revogação não retroage, apenas impede que o ato continue a produzir efeitos, se o ato já se exauriu, não há mais que se falar em revogação;
- c) não pode haver revogação quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato;
- d) a revogação não pode atingir os meros atos administrativos como certidões, atestados, votos, porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos em lei;

- e) não se revogam os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão do anterior;
- f) não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Disto decorre que em todas as situações nas quais se apontem limitações ao poder de revogar da Administração Pública, os atos tornam-se irretratáveis, ocorrendo preclusão, não cabendo reapreciação na esfera administrativa, adquirindo definitividade a decisão.

Em suma, a Administração Pública deve exercer atividade de controle, o qual não se restringe à legalidade de seus próprios atos, ou dos atos daqueles que com ela se relacionem, devendo a sua atuação ocorrer em conformidade com a lei e o direito, não se constituindo em faculdade discricionária, não havendo possibilidade de se desconsiderar a demonstração do interesse público concreto nos casos em que se admitir a revogação.

Aspecto a ser evidenciado quanto à invalidação dos atos refere-se aos respectivos ressarcimentos. Ressalte-se que em virtude da presunção de legitimidade dos atos administrativos, mesmo constatando-se posteriormente invalidade, se houve atuação de terceiro, presente a boa-fé, executando-se atividade em proveito da Administração Pública, sob pena de enriquecimento sem causa, deverá haver o respectivo ressarcimento na própria esfera administrativa, sob pena de restringir os direitos dos indivíduos, levando-os a buscar tutela jurisdicional, quando o mais célere para a efetividade dos direitos é que tal se proceda administrativamente.

3.2.7 A autotutela administrativa e o direito adquirido

A doutrina não delimitou precisamente o conceito de direito adquirido, adotando a posição de que para sua caracterização devem estar presentes os requisitos de ter sido produzido por um fato idôneo para a sua produção e ter se incorporado definitivamente ao patrimônio do seu titular (SILVA, 2006, 434).

As leis são feitas para vigorar para o futuro, podendo o seu limite temporal estar nela delimitado, excepcionando-se o caso da legislação penal, em que há retroatividade para beneficiar. Produzindo a lei revogada efeitos a favor de uma

determinada pessoa, pode-se dizer segundo José Afonso da Silva (2006, p. 435) que a mesma “*criou situação jurídica subjetiva, que poderá ser um simples interesse, um interesse legítimo, a expectativa de direito, um direito condicionado ou um direito subjetivo*”, sendo que este último (direito subjetivo) será um direito garantido e exigível seja na via administrativa, seja na via jurisdicional.

A realização efetiva do direito subjetivo ficará na dependência da vontade de seu titular, visto que já integra o seu patrimônio, mesmo que ainda não o tenha exercido, ou ainda na ocorrência de lei nova que revogue aquela sob a qual se formou o referido direito.

Para compreender o que seja direito adquirido, indica José Afonso da Silva (2006, p. 434) que se deve lembrar o conceito de direito subjetivo:

[...] direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada, (direito consumado, direito satisfeito, extinguiu-se a relação jurídica que o fundamentava). Por exemplo, quem tinha o direito de casar, de acordo com as regras de uma lei e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento. Se o direito subjetivo não foi exercido vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier.

Depreende-se que a lei nova não pode prejudicar o titular do direito apenas pelo fato do seu não exercício, visto que direito subjetivo “*é a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. [...] O direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído*” (SILVA, 2006, p.435). Portanto, a lei nova que produz efeitos *in pejus* concernente ao cidadão, não pode ter aplicação retroativa, tendo em vista as disposições do artigo 5º XXXVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aplicando-se, não obstante às situações futuras.

Encontra-se sedimentado no direito brasileiro que contra a Constituição da República não pode ser levantado direito adquirido, contudo, deve-se frisar que o que se entende por Constituição, nesta afirmativa, diz respeito ao poder originário, não se estendendo, por conseguinte, às emendas constitucionais.

A razão de tal diferenciação prende-se ao fato de que a Constituição é norma fundante do Estado; costuma-se dizer que não existe Estado sem Constituição, e aqui, não se faz referência apenas às constituições escritas, mas à ordem inicial que existe em qualquer Estado.

O poder constituinte originário é poder inicial que reconstrói a ordem normativa, trazendo uma nova ordem, que na maior parte das vezes, mas não necessariamente, vem alicerçada em bases revolucionárias, ocorrendo em quaisquer dos casos ruptura com a ordem anterior, a qual não o contém ou limita.

Assim, rompendo com a ordem anterior, e sendo inicial, não se admite direito adquirido quanto à ordem que foi rompida por seu titular (em geral o povo) frente à nova ordem, daí não se poder falar em direitos adquiridos contra a Constituição, entendida esta como a nova ordem fundante do Estado, não obstante, deva ser ressaltada na doutrina alemã a possibilidade de existência de normas originárias inconstitucionais.

O Tribunal Constitucional Federal alemão posicionou-se quanto ao caráter absoluto e ilimitado do poder originário, no sentido de reconhecer em várias decisões a existência de direito suprapositivo, obrigando também o legislador constituinte. Otto Bachof (2008, p. 3), em referência às normas constitucionais originárias, alertou para o fato de que uma norma constitucional pode ser nula se desrespeitar em grau insuportável os postulados fundamentais da justiça, entendendo ainda a existência de três tipos de inconstitucionalidade de normas constitucionais: contradição a normas constitucionais de grau superior (BACHOF, 2008, p. 54); contradição a direito supralegal positivado (BACHOF, 2008, p. 62); e contradição a direito supralegal não positivado (BACHOF, 2008, p. 67).

No direito brasileiro considera-se que apenas contra o poder originário não possam ser levantadas questões atinentes ao direito adquirido, mas não contra as emendas constitucionais, visto que decorrem de poder de segundo grau, derivado e limitado pelo poder originário.

As emendas constitucionais sofrem limitações materiais, temporais e circunstanciais, além do elemento formal que deve anteceder-las obrigatoriamente (art. 60 I a III § 2º e § 3º da Constituição da República). Relativamente às limitações materiais, dispõe o art. 60 § 4º da Constituição da República (BRASIL, 1988) que: *“Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma*

federativa de Estado; II – o voto direito, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes e, IV – os direitos e garantias individuais”.

A emenda constitucional como se percebe sofre limitações da própria Constituição da República quanto àquelas matérias do art. 60 § 4^o, considerando-se inconstitucional a emenda que tente não apenas suprimir, mas restringir tais matérias, a exemplo dos direitos e garantias individuais, que devem ser interpretados de maneira a alcançar a máxima efetividade.

A Constituição da República em seu artigo 5^o (BRASIL, 1988) dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, indicando os princípios gerais que os norteiam, quais sejam, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. José Afonso da Silva (2009, p. 16) indica que a segurança no direito pode ser num primeiro plano, compreendida num duplo sentido, qual seja: segurança do direito e segurança jurídica: *“A segurança do direito é a que exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo”.*

A segurança jurídica, direito fundamental que é, deve ser interpretada de forma ampla, como os demais direitos fundamentais. Englobados na segurança jurídica encontram-se o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, conforme previsão expressa no artigo 5^o, inciso XXVI, além da não existência de tribunais de exceção, das garantias tributárias do artigo 150, todos da Constituição da República. O direito adquirido, portanto, inserindo-se entre os direitos e garantias fundamentais passa a ser direito constitucionalmente adquirido, assumindo o caráter de imutabilidade.

Conflitos entre a segurança jurídica e a aplicação imediata de normas podem encontrar solução através da unidade da Constituição, vez que a interpretação constitucional há de ser feita num primeiro momento conjugando-se as próprias disposições constitucionais a fim de se evitar confrontos entre as mesmas, harmonizando espaços de tensão existentes, para fins de rejeição de antinomias normativas e normas constitucionais inconstitucionais.

Para tal, há o recurso da interpretação conforme a Constituição sem redução de texto, tratando-se de ato decisório “com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante”,

⁶ Cf. Mandado de Segurança 24875 – Distrito Federal, Relator Sepúlveda Pertence, julgamento em 11.05.2006 – Supremo Tribunal Federal (Pleno)

a fim de se determinar o significado e alcance da norma, conforme estabelece o parágrafo único do art. 28 da Lei Federal 9868 de 10 de novembro de 1999 (BRASIL) que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.⁷

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002, 217-236) se reportando à interpretação conforme, assim se manifesta:

Da mesma forma que na inconstitucionalidade sem redução de texto, aqui inexistente nulidade ou nulificação.

Observe-se que, neste ponto, transparece um papel de “legislador” conferido ao Supremo Tribunal Federal. Realmente, a interpretação obrigatória que ele fixa se iguala a uma lei interpretativa. Esta fixa o sentido de norma a ela anterior, sentido este obrigatório.

A interpretação conforme a Constituição deriva igualmente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. A norma para ser constitucional há de ter pelo menos um dos seus significados em consonância com o texto constitucional, ou seja, permitem-se várias interpretações da norma, fazendo-se um pequeno desvio de seu sentido básico, objetivando buscar essa conformidade.

Trata-se de recurso extremo que busca dotar de validade a norma tida como inconstitucional. O intérprete depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional adequada, mas não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição da República, deve verificar se é possível pelo influxo da norma constitucional, realizar algum alargamento ou restrição que a compatibilize com a Constituição, não podendo, contudo, revestir-se de afronta à norma ou à vontade do legislador.

Adverte, porém, Celso Ribeiro Bastos (2004, p. 3) que diversamente da Alemanha, visto que no direito alemão resulta da procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade, declarando inconstitucionais os sentidos incompatíveis com a Lei Fundamental, no Brasil a interpretação conforme a Constituição resulta da improcedência da ação de inconstitucionalidade, uma vez que a norma permanece no ordenamento jurídico, com a interpretação que a coloca em compatibilidade com

⁷ Art. 28 [...] Parágrafo único – A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal.

a Constituição da República. Ainda segundo o autor, o Supremo Tribunal Federal equiparou em seus julgados a interpretação conforme a Constituição à declaração de nulidade parcial sem redução de texto, contudo, esta declaração parcial vem ganhando autonomia como técnica de decisão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que já se distancia a equiparação da interpretação conforme a Constituição com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Sobre o assunto, Amandino Teixeira Nunes Jr. (2001, p. 49-67) cita a Representação de Inconstitucionalidade nº. 1417-7-DF, sendo relator Min. Moreira Alves:

[...] A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF, em sua função de Corte Constitucional, atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. [...]

Não podem existir, desta forma, fatos supervenientes e interpretações administrativas que venham a restringir direitos dos cidadãos que já tenham se incorporado ao seu patrimônio, após o cumprimento do lapso temporal estabelecido em lei, assim, observando-se o mandamento constitucional:

- a) o princípio de que a Administração Pública pode anular ou revogar, modificar ou corrigir seus próprios atos, não inclui o desfazimento de situações já consolidadas no tempo e incorporadas ao patrimônio do seu titular, sob pena de afronta ao princípio previsto no artigo 5º XXXVI da Constituição da República que determina: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (BRASIL, 1988)”*;
- b) a autotutela administrativa não se traduz em poder absoluto, devendo circunscrever-se às normas constitucionais, observando-se em especial a segurança jurídica e o devido processo legal.

Assim, em respeito aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé que devem nortear as situações jurídicas, principalmente aquelas que envolvam a Administração Pública e os cidadãos, e desde que não configurada nulidade absoluta, ultrapassado o lapso temporal, a Administração Pública decairá do poder de revisão das situações já consolidadas.

3.3 Constitucionalização do direito administrativo: o caminho para uma relação equilibrada

Diante do constitucionalismo moderno e da própria constitucionalização do direito administrativo brasileiro, a verticalização deve ceder lugar a uma relação equilibrada que se distancie da ideia central de coerção, vez que o indivíduo deixou de ser súdito e se transformou em cidadão sujeito de direitos e o Estado deixou de ser soberano, e atualmente é não só ordem jurídica e sujeito de direitos, como também detentor de deveres constitucionais perante o cidadão.

O que se pretende é que haja o redirecionamento da atividade administrativa, afastando-a da centralidade do ato administrativo, o que para a doutrina italiana, pode-se dar através do procedimento administrativo. Para a doutrina alemã, apoiando-se em Bachof e Häberle, tal se apresenta através da relação jurídica administrativa, estabelecendo uma proximidade entre o cidadão e a Administração numa relação paritária, não obstante, haja posicionamento na doutrina portuguesa (MONCADA, 2009, p. 11) de que o modelo estritamente paritário da relação não se adequa ao direito público, tendo em vista as competências constitucionais e legais da Administração Pública, muito embora seja a relação jurídica administrativa a ultrapassagem de uma dogmática puramente individualista (MONCADA, 2009, p. 15), favorecendo a multiplicidade de contactos entre os particulares e a Administração:

A relação jurídica administrativa não tem por base a relação entre proprietários autônomos e a dogmática jurídica pública é independente da privada. Pelo contrário, é a ultrapassagem de uma dogmática puramente individualista que favorece a consideração da realidade da situação actual da multiplicidade dos contactos entre a Administração e os particulares numa perspectiva que valoriza a posição dos interlocutores daquela e que reflete obviamente no regime jurídico, agora mais paritário, que lhes convém. Assim se põe em evidência a modificação da dogmática jurídico-pública à medida da valorização da posição dos particulares e das entidades públicas autônomas nos respectivos contactos com a Administração (MONCADA, 2009, p.15).

Percebe-se, seja no direito brasileiro ou no direito estrangeiro que existe um desconforto em relação à verticalização da atividade administrativa, ocasionando a busca por novos instrumentos que conduzam a uma maior aproximação entre o cidadão e a Administração Pública, numa relação de equilíbrio, na qual possam realmente se concretizar os direitos fundamentais.

A partir da verificação do texto constitucional brasileiro, em especial dos artigos 3º e 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988), afirma-se que as sujeições e privilégios da Administração Pública, ambos autoritários, não se adequam à ordem jurídica, podendo mesmo dizer, que desta, é feita uma má utilização quando se impõem ao cidadão conceitos ou condutas sem correspondente base de legitimidade, observando-se igualmente, que a supremacia existente é da Constituição da República, e esta não abarca a supremacia do interesse público como cláusula abstrata, fazendo nascer privilégios administrativos e sujeições indiscriminadas aos particulares.

Não é de se desconhecer, contudo, a legalidade na atividade administrativa ou a importância do interesse geral, mas os contornos que assumem encontram-se estabelecidos no texto constitucional e no conteúdo material que deve comportar as decisões, senão, tornam-se meros instrumentos de autoridade nos quais se encarceram não só o Estado como o próprio cidadão, formando um círculo, ligado a um atavismo jurídico.

Pode-se dizer que o direito administrativo pretendeu num primeiro momento, com base nos ideais liberais garantir as liberdades e igualdades individuais através da legalidade estrita, muito embora a história tenha demonstrado o equívoco das liberdades e igualdades meramente formais. Por outro lado, temendo o avanço da representatividade de uma classe proletária e dos seus questionamentos e anseios, a mesma burguesia da Revolução Francesa estabeleceu meios para contê-los, e, muito embora a forte predominância do individualismo do Estado liberal passou-se a ter uma ideia de interesse geral a ser tutelado, talvez, melhor fosse denominado interesse geral a ser contido, acarretando o estabelecimento de instrumentos autoritários de controle, que também foram transpostos e inseridos no conteúdo do direito administrativo.

Constata-se assim que o direito administrativo nasceu com tendência de limitar a atuação do Estado frente ao indivíduo, mas ao longo da história vai se transformar não no direito do cidadão, mas no direito da Administração Pública, assentando-se em fundamentos autoritários, sob o enfoque da verticalidade, ligado ao binômio poder-autoridade, e sob este binômio não se poderia pretender outra relação que não fosse aquela calcada na unilateralidade, ou seja, o Poder-Autoridade-Administração impondo o controle do interesse geral, em bases nem sempre atreladas à realidade social.

Mas o interesse geral solidificado em argumentos de autoridade não possui qualquer base de legitimidade, à medida que não é discutido ou que não se leva em consideração o que reclama a sociedade. Atualmente, no direito brasileiro, não há como sustentar diante do texto constitucional uma relação administrativa vertical e imperativa.

A quem serve então a legalidade estrita e a supremacia do interesse público como cláusula geral? Conclui-se que a legalidade estrita serve àqueles que ainda acreditam que apenas a forma é asseguradora de direitos, mas esta invariavelmente conduzirá à insuficiência do atendimento social, na burocratização, na ineficiência do Estado e no aprisionamento da vida à lei: leis de papel, diria Lassale, devendo ser repensados, diante da ineficácia do modelo de legalidade, os fundamentos do Direito em consonância com as mudanças por que passam as sociedades.

A supremacia do interesse público como cláusula abstrata não se adequa ao Estado democrático de direito, não sendo possível estabelecer uma relação entre o cidadão e o Estado baseada em uma supremacia *a priori*, sem chegar a mesma denominação: interesse geral a ser contido. Se tal serviu aos regimes autoritários, ao chamado estado forte interventor, à simples leitura da Constituição da República, percebe-se não possuir qualquer legitimidade para impor-se frente aos cidadãos.

O Estado-Administração despido do seu argumento de autoridade se mostrará frágil ao cidadão? A resposta somente poderá ser negativa. O Estado-Administração somente se mostra frágil quando se divorcia da sociedade, numa relação de desconformidade administrativa.

Evidencia-se que o Direito não é mera aplicação literal da lei, senão estaria instalado o império da injustiça. A Justiça deve ser desigual, no sentido de estabelecer as devidas diferenciações frente ao caso concreto. A aplicação indistinta e mecânica da lei a todos os casos se num primeiro momento trouxe a ideia - (equívoca) - de liberdades, atualmente o mesmo é sinônimo de desconhecimento das diferenças sociais.

Nos dizeres de Augustin Gordillo não há regras, há sempre casos individuais e concretos, “[...] como disse García de Enterría e Ihe seguem aqui este autor e outros, a Ciência jurídica tem sido sempre, é e não pode deixar de ser uma Ciência de problemas singulares e concretos” (2003a, p. I-I, tradução nossa)⁸. Esta

⁸ Come dice García de Enterría y le siguen aquí este autor e otros, la Ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una Ciencia de problemas singulares y concretos.

individualização dos casos é que traz um novo dimensionamento ao Direito, ou seja, humaniza-se o Direito, no sentido de entendê-lo associado à vida e aos fatos sociais.

Pode-se dizer que diante do Estado democrático de direito a compreensão do Direito e da Justiça deva ser feita a partir de uma ideia geral de proporcionalidade, que nada mais é que o aceitável e razoável por uma dada sociedade, integrando toda a sua complexidade, seus valores, seus dados culturais, os aspectos éticos construídos e por ela incorporados, objetivando maior legitimidade às ações e decisões estatais.

Segundo Menelick de Carvalho (1999) é por meio da Constituição da República que a observância ao Direito pode ser imposta de forma coercitiva. Dessa forma, a legitimidade da ordem jurídica passa a exigir decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe, igualmente, que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão de modo que os cidadãos possam aceitá-las como racionais, sob pena de incompatibilidade com todo o sistema jurídico, especialmente com o texto constitucional.

Assim, deixando de ser Estado de direito para transformar-se em Estado democrático de direito há necessidade de novos instrumentos que assegurem não só o diálogo, mas decisões racionais e uma relação equilibrada entre o Estado e o cidadão que satisfaça e concretize os valores constitucionais, não bastando conceitos jurídicos que justifiquem a si próprios, havendo necessidade de constante atividade interpretativa, a qual deve partir da Constituição da República, cujo texto é fruto de movimentação histórica e política das sociedades, considerando-se suas especificidades e cujas mutações lhe são incorporadas. A Constituição dará atualidade à norma, fundamento e sustentáculo de onde todos os demais ramos do Direito derivam, sendo que, qualquer interpretação desvinculada desta base, perde conteúdo e legitimidade.

A interpretação constitucional objetiva, assim, a concretização, realização e aplicação das normas constitucionais da forma mais intensa possível, assinalando-se que as suas modernas técnicas advêm do inconformismo com o positivismo do Estado liberal, no qual predominava o formalismo jurídico, assumindo atualmente as Constituições o sentido de formas de regulação da sociedade, baseando-se os novos métodos de interpretação constitucional numa hermenêutica material da Constituição, e por consequência, dissociada da legalidade estrita.

Partindo dos novos métodos de interpretação constitucional não se pode falar em legalidade estrita, verticalidade ou supremacia do interesse público frente ao cidadão sem considerar a proporcionalidade que deve balizar as decisões administrativas, visando atender ao interesse geral.

Em tal sentido, além da legalidade, as decisões devem ser eficientes e razoáveis, afastando a mera legalidade formal ou outros conceitos que não demonstrem correlação e utilidade diante das situações concretas, vez que uma escolha não razoável ou ineficiente colidiria com os princípios fundamentais, lembrando que o Direito encontra-se sempre em movimento (FREITAS, 2002, p. 252), no sentido de que todos os conceitos que não se mostram de algum modo capazes de exprimir adequação valorativa e emprestar unidade interna à ordem jurídica têm-se mostrado sem utilidade:

A propósito, apesar de o citado Maurer sustentar que a eventual inoportunidade da decisão do administrador não afetaria sua conformidade com o Direito, cuida de pôr em destaque a exigência de escolha sem violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de Direito Administrativo, em cujo rol encontram-se os princípios da proporcionalidade e da igualdade. Desta forma, uma escolha manifestamente não razoável ou ineficiente estaria viciada, por transgredir, sistematicamente os princípios fundamentais. Dito de outra maneira, a Administração Pública está sempre obrigada, pelo sistema, a exercer a liberdade para encontrar a solução melhor e mais razoável. Em contrapartida, nenhuma vinculação será tida como absoluta, porquanto o agente público não pratica automática subsunção da lei ao caso, uma vez que se encontra subordinado à lei e ao sistema jurídico (FREITAS, 2002, p. 252).

Pode-se afirmar que toda norma possui um fim, um sentido que deve ser investigado, sendo em última análise, a própria essência da norma. Então, a norma deve ser contextualizada de acordo com o desenvolvimento de uma dada sociedade e instrumentalizada de acordo com essas mutações. Assim, adquire um conteúdo de razoabilidade e proporcionalidade que lhe legitima o sentido, devendo esta leitura se compatibilizar com as normas constitucionais. Alterações fáticas que transformem o contexto social podem deslegitimar o sentido da norma, em virtude da mutação da base material que lhe emprestava sentido.

É de se questionar, portanto, se o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público deve ser lido na atualidade da mesma forma quando da sua construção? Conclui-se que não. O contexto material foi transformado e neste sentido não comporta um conteúdo de proporcionalidade, mesmo porque há que se observar o texto constitucional, no sentido de que todas as normas encontram-se

relacionadas, bem como as interpretações que delas fazemos (FREITAS, 2002, p. 172), não possuindo existência isolada.

Não é de difícil percepção que os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade estritamente formal, bem como outros conceitos incorporados ao direito administrativo que carregam resquícios de autoritarismos se encontram carentes da base de legitimidade material, além de apresentarem-se em confronto com as disposições constitucionais, contradições estas que decorrem das mudanças sociais e do novo eixo (PESSOA, 2003) em que gravita este ramo do Direito, ocasionando perda de legitimidade.

Deve ser lembrado que tendo em vista a supremacia da Constituição, todas as situações jurídicas devem guardar conformidade com os seus princípios e preceitos, resultando da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico, devendo haver uma lógica que conduza a uma adequada interpretação jurídica, considerando o ordenamento como um sistema de regras, princípios e valores, significando que *“a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”* (SILVA, 2006, p. 45).

O processo de interpretação deve igualmente se compatibilizar com uma dada realidade histórica, vez que, uma leitura incompatível com essa realidade, torna-se absolutamente inaplicável por não mais tornar-se adequada, o que por vezes é ignorado em análises dissociadas das situações postas em exame, *“criando normas impossíveis”* (MAGALHÃES, 2003):

O processo de interpretação de texto requer do intérprete conhecimento de todo sistema constitucional, sua interpretação diante de uma dada realidade histórica, assim como uma leitura do dispositivo legal objeto de interpretação dentro de uma leitura sistemática do seu texto, inserida no ordenamento jurídico infraconstitucional, e no ordenamento constitucional.

Uma série de princípios, preceitos e normas têm que ser de conhecimento do intérprete, assim como a correta relação entre estas normas, especialmente no que se refere à hierarquia e os mecanismos de superação dos possíveis antagonismos entre princípios.

[...] De nada adianta a leitura de uma norma que venha a ser absolutamente inaplicável a uma realidade histórica que não mais comporta aquela interpretação, o que ocorre, por vezes, com o doutrinador, que em análises dissociadas de situações concretas, cria normas impossíveis. Entretanto o oposto não pode ocorrer, que seria o intérprete responsável pela aplicação da norma ao caso concreto, deixar de dar o seu correto direcionamento valorativo, oferecido pela Constituição e especialmente pela ideologia adotada, fundamentando sua interpretação em valores outros que não os

consagrados pela Constituição (entenda-se Constituição como a sua interpretação construída democraticamente em um momento histórico).

A supremacia do interesse público, a legalidade estrita e o eixo gravitacional ato administrativo devem ceder lugar às novas construções, dando-se ênfase a relação de equilíbrio que deve existir entre a Administração e o cidadão, à efetiva participação popular e às interpretações que assegurem a concretização das normas constitucionais.

A relação de equilíbrio vem sendo construída à medida que foram incorporados os princípios constitucionais ao ordenamento jurídico, bem como houve necessidade de novas respostas, em especial no que se refere aos direitos fundamentais, para fins de compatibilização das decisões com os casos concretos. Por sua vez a efetiva participação popular ainda é um ideal a ser alcançado, pois influencia fortemente a transformação administrativa na direção de uma relação mais paritária.

O direito administrativo, assim como o seu regime jurídico se encontram em reconstrução, novos parâmetros estão sendo estabelecidos, bem como padrões adequados à leitura constitucional e aos direitos fundamentais. O cidadão reclama uma resposta condizente e equilibrada com sua realidade, sem sujeições e privilégios autoritários, porque isto não satisfaz ao real. O cidadão é carecedor de uma atividade estatal legítima e não apenas legitimada, que não seja centrada em unilateralidade e coerções e tampouco em formalismo jurídico, porque este não é capaz de abarcar qualquer necessidade social ou de assegurar igualdades ou liberdades, porque a lei não é capaz de trazer em si a total complexidade das relações sociais.

4 A INEXISTÊNCIA DA SUPERIORIDADE PRINCIPIOLÓGICA A *PRIORI*: A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O INTERESSE PÚBLICO

O ato administrativo deixou de ser o instrumento central através do qual a Administração Pública apropriava-se do interesse público como justificador da conduta administrativa. Faz-se um novo percurso não apenas em direção à discussão pública, mas em direção à hermenêutica constitucional. O interesse público, como qualquer outro conceito indeterminado requer concreta demonstração no Estado democrático de direito. Administrar já não é apenas aplicar a lei de ofício, o império da lei em que se fundamentou o direito administrativo cede frente à exigência de legitimidade.

No direito moderno a atividade de interpretação apresenta relevância dentro do ordenamento jurídico, em consonância com os valores das sociedades abrigados pelos textos constitucionais. O Direito passa a ser visto não apenas como um conjunto de regras, tendo em vista que as preocupações com a justiça material e a ética apresentam-se como condições essenciais para sustentar o próprio Estado democrático de direito, exigindo reflexão sobre seus fundamentos de legitimidade.

O conhecimento passa a ocupar-se com a sua própria reconstrução, não bastando a mera objetividade científica. Igualmente, a interpretação jurídica passa por transformações, transcendendo a hermenêutica clássica com métodos até então considerados científicos e valorização excessiva da racionalidade, mas nem sempre havendo adequação entre o caso e a solução apresentada. Por sua vez, a hermenêutica constitucional altera o eixo interpretativo em virtude da supremacia constitucional, que se percebe a partir das construções sobre os sistemas de controle da constitucionalidade.

A ideia de proporcionalidade irradia-se para o Direito objetivando a racionalidade das decisões, considerando-se o núcleo dos direitos fundamentais e a complexidade das sociedades modernas, devendo encontrar-se a atividade estatal atrelada e comprometida com tais transformações e necessidades sociais.

A interpretação passa a exigir bem mais que critérios clássicos, exigindo um olhar que se aproxime dos direitos e garantias fundamentais, respeitando-se o núcleo de direitos que não pode ser atacado por quaisquer medidas restritivas estatais. Exige-se, igualmente, a adequação e necessidade das medidas estatais a serem empreendidas, enfim, transpõe-se o positivismo jurídico, com as meras

formas e conceitos vazios que não são capazes de justificar as respostas que a sociedade exige, devendo as decisões comportar uma racionalidade sistêmica.

Verifica-se que a justiça da norma não depende apenas da sua validade. Todos os conceitos que pretendam existir por si para justificar o atuar administrativo mostram-se desprovidos de legitimidade, observa-se não haver superioridade apriorística entre os princípios, a única superioridade que se apresenta será a da norma constitucional.

Obviamente que nisto não há qualquer diferença quando se refere ao interesse público para embasar as decisões administrativas, havendo necessidade de demonstrar a sua concretude quando alegado pela Administração Pública, não se podendo impor ao administrado quaisquer restrições ou obrigações, sem que se leve em conta os fatos da questão e os princípios constitucionais aplicáveis ao caso, assim, a argumentação e a discussão devem se desenvolver no respectivo processo assegurando-se às partes simetria de participação, apresentando-se, como demonstra a evolução da interpretação jurídica, a supremacia do interesse público em abstrato em total desconformidade constitucional.

4.1 Positivismo jurídico e legalidade estrita

A partir do século XVI desenvolveram-se as ideias do direito natural, em confronto com a então ordem medieval. Ultrapassada essa fase com a implantação do Estado liberal, as discussões filosóficas em torno do direito natural foram sendo abandonadas no mesmo momento em que ascendia o capitalismo. A partir do século XIX a lei passa a ser a principal fonte do direito, sendo de acordo com Eduardo Pessanha Cavalcanti (2003) que *“para a consciência social do séc. XIX a mutabilidade do direito passa a ser o usual”*, fenômeno que será denominado de positivação do direito, atendendo diretamente aos interesses da burguesia, que desconfiava dos juízes e temia aqueles que a contestavam.

Com a Escola da exegese o Direito foi reduzido à lei, sendo tal concepção posteriormente substituída pelo positivismo voluntarista de Hans Kelsen, passando o Direito a ser visto como produto da vontade das autoridades, desprovido de valoração, havendo aproximação quase absoluta entre direito e norma, inexistindo para o positivismo, lacunas no ordenamento jurídico, considerado em sua completude e suficiência diante de qualquer caso.

Afirma-se que o positivismo jurídico constituiu uma importação das ideias do positivismo filosófico para o mundo jurídico, objetivando a criação de uma ciência jurídica com as mesmas características das ciências exatas e naturais, prevalecendo a objetividade científica, sendo a ciência a única forma de conhecimento, com verdades inquestionáveis, transcendendo as indagações metafísicas, insuscetíveis de demonstração, estendendo-se o método científico utilizado nas ciências naturais aos demais ramos do conhecimento, com base na observação e na experimentação.

A objetividade científica levou a separação do direito, da moral e dos valores, passando o direito a ser norma, ato estatal com caráter imperativo e força coativa, fugindo do seu alcance de discussão questões como legitimidade e justiça. Do direito positivo deveriam ser diferenciados os problemas relativos a sua origem histórica, efeitos sociais ou valoração moral, cuja investigação ocorreria em esferas científicas próprias (Cf. Robert Walter, in KELSEN, 2007, p. 32).

O formalismo jurídico apresentou o direito exclusivamente sob o ponto de vista normativo, decorrendo a justiça da norma da sua validade. Segundo Norberto Bobbio (2005, p. 59) a teoria mais completa e coerente do positivismo jurídico fundamenta-se na doutrina clássica de Thomas Hobbes, cuja principal característica é a “*reviravolta radical do jusnaturalismo clássico*”, não existindo para Hobbes efetivamente outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva.

Para a concepção positivista de Hans Kelsen, aquilo que constitui o direito como direito é a validade, não querendo afirmar que o direito válido seja também justo, (BOBBIO, 2005, p. 59), o problema da justiça é um problema ético, distinto do problema jurídico da validade. Nesse sentido, quando se fala no processo de “validade” da norma, “*nada mais se deve exprimir com isso, senão a existência específica da norma, a maneira especial com que ela se apresenta, diversa do ser da realidade natural, que decorre no espaço e no tempo*” (KELSEN, 2007, p. 57).

No exame das diversas concepções de justiça apresentadas pelo pensamento clássico e pelo pensamento jusnaturalista, entendeu Hans Kelsen que quase sempre os jusfilósofos definiam a justiça de uma forma não racional ou metafísica, utilizando-se de uma natureza dotada de poder normativo; a aspiração da justiça é encarada psicologicamente, ou seja, o homem a procura na sociedade, sendo a felicidade social denominada justiça, considerando-a um ideal irracional, acrescentando que “*seu poder é imprescindível para a vontade e o comportamento humano, mas não o*

é *para o conhecimento*” (KELSEN, 2007, p. 61-62), transformando o direito num conjunto de normas, num sistema que se justificava apenas pela sua existência.

A justiça da norma vai decorrer exclusivamente da sua validade, assim, aquilo que constitui o Direito como Direito é a validade (KELSEN, 2007, p. 57), não querendo em absoluto afirmar que o direito válido seja também justo, mesmo porque os ideais de justiça para Hans Kelsen são irracionais e subjetivos (KELSEN, 2007, p. 61-62). O problema da justiça para Hans Kelsen, é um problema ético e é distinto do problema jurídico da validade.

Por sua vez, Carl Schmitt referindo-se às questões em torno da legalidade e legitimidade teorizou no sentido de que um Estado legiferante é um Estado regido por normas com conteúdo mensurável e determinável, impessoais e gerais, predeterminadas e concebidas visando uma duração permanente (SCHMITT, 2007, p. 2). Desta forma, quem exerce o poder e o domínio age embasado na lei ou em nome da lei, fazendo valer com legitimidade uma norma vigente.

Assim, a separação entre lei e aplicação da lei, ou seja, entre a função legislativa e a função executiva não se insere apenas no campo teórico ou no campo psicológico para fins de combater ambições dos indivíduos por homogeneidade (SCHMITT, 2007, p. 3), tratando-se de princípio básico, necessário ao Estado legiferante, no qual indivíduos e pessoas não detêm o poder, mas as normas devem vigor indicando que na legalidade geral de toda aplicação do poder estatal reside a justificação do Estado, fundamentando a pretensão sobre a obediência e justificação de toda eliminação da resistência.

De outro modo, a salvaguarda jurídica do Estado legiferante consiste essencialmente na primazia da lei, cuja força de salvaguarda necessita, por seu turno, da confiança no legislador como fundamento imprescindível e, para ser mais preciso, necessita da confiança voltada para aquele legislador do Estado legiferante parlamentar: o Parlamento que decide por meio de maiorias simples (SCHMITT, 2007, p. 78).

Carl Schmitt correlacionava Estado de direito e Estado de legalidade à medida que seria um Estado legiferante parlamentar, vinculado ao princípio da legitimidade o qual se atrelava à representação parlamentar decorrente da homogeneidade do povo, tendo o legislativo a competência de criar leis com caráter de permanência, e não com caráter de eventualidade diante de um caso:

Essa legalidade, que, portanto, não pode ser da mera funcionalidade, está ancorada no princípio da legitimidade, pois que se trata de representação, a qual (implícito no texto de Schmitt) decorre da homogeneidade substancial

de todo o povo, uma vez que toda democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo” (Legalidade e Legitimidade), não comprometendo essa homogeneidade a regra de decisão da maioria, pois essa unidade do povo é pressuposta, vale dizer, está antes, logicamente, da sua própria constituição em Estado, sob pena de não se constituir em Estado. “O ato de legislação constitucional [...] constitui a forma e a espécie de unidade política” que se pressupõe como existente. A constituição é a decisão consciente que põe sua existência.

O conceito de homogeneidade do povo (ao qual está também ligada a noção de amigo/inimigo na compreensão política) recupera a unidade de duas dimensões importantes que aparecem na origem do Estado, na concepção ocidental, a *potestas* do povo romano, a legitimidade, e a *auctoritas* do senado, apresentada no conceito de legalidade. Entretanto, de tal forma unidos que o povo e sua representação não se concebem senão numa unidade superior, o Estado (Cf. Joaquim Salgado, in SCHMITT, 2007, introdução XXVII).

Os críticos do positivismo não acreditavam no poder do legislador, entendendo-o menos apto que o juiz na definição das realidades sociais. Em reação ao positivismo jurídico clássico e na descrença das suas soluções, tendo em vista a insuficiência do método científico, Theodor Viehweg inaugurou a hermenêutica contemporânea (BONAVIDES, 2006, p. 488), retomando a discussão sobre a Tópica, a qual objetiva pensar o problema e demonstrar que o argumento dedutivo não é o único veículo de controle da certeza racional, havendo uma ênfase interpretativa a partir do problema, mas não da norma ou do sistema, os quais se tornam meros pontos de vista (BONAVIDES, 2006, p. 490-495).

No início dos anos cinquenta, Chaïm Perelman igualmente questionou o positivismo jurídico, partindo para uma reflexão a respeito da racionalidade prática, para fundamentar a sua teoria da argumentação na compreensão do fenômeno jurídico. Argumentação que considerava como um processo, cujos elementos estivessem em constante interação, considerando os princípios como pontos iniciais na fundamentação das decisões judiciais, entendendo que tanto as regras quanto os princípios podem ser utilizados na fundamentação das pretensões normativas de acordo com o seu potencial persuasivo, dentro de uma lógica do razoável e não a lógica que orienta o pensamento matemático, questionando não obstante as determinantes de uma escolha ou uma decisão razoável (PERELMAN, 2004, p. 353).

De acordo com Chaïm Perelman, o direito positivo deve ser razoável, realizando a ordem jurídica de forma menos coativa, tendo o juiz como missão dizer o direito em conformidade com a consciência social “[...] *Porque o seu papel é estabelecer a paz judiciária e a paz judiciária só será estabelecida quando ele*

houver convencido as partes, o público, seus colegas, seus superiores, de que julga de forma eqüitativa” (CAVALCANTI, 2003).

4.2 Pós-positivismo jurídico e estado democrático de direito

Na segunda metade do século XX, com a perplexidade e horrores causados pela Segunda Guerra Mundial, bem como os questionamentos em torno da objetividade científica e seus métodos, e ainda o declínio do formalismo jurídico, ressurgiram as discussões filosóficas sobre o conteúdo do Direito e sua forma de aplicação e interpretação, elaborando-se no pós-positivismo os aspectos da nova hermenêutica e da teoria dos direitos fundamentais, havendo uma conexão entre princípios, valores e regras.

Assim, se por um lado não se pretendia o retorno ao jusnaturalismo com fundamentos abstratos ou metafísicos, com um conceito de direito transcendente, por outro, o positivismo já não conseguia dar respostas às novas e intrincadas questões postas pelas sociedades. Desta forma o pós-positivismo inseriu no Direito, ideias como justiça e legitimidade, promovendo uma volta aos valores compartilhados pelas sociedades, os quais se transformaram em princípios abrigados pelos textos constitucionais, superando-se o mero formalismo, condicionando a atividade interpretativa e dando unidade ao sistema jurídico.

Luis Prieto Sanchis (1998, p. 23), desmistificando o mero formalismo, lembra que aquela ingênua fé revolucionária em que a lei é necessariamente instrumento de liberdade foi por diversas vezes desmentida nos dois últimos séculos, podendo melhor adequá-la à ideia contrária, no sentido de considerá-la como sinônimo de ameaça – ou a segunda, depois do regulamento – para os direitos.

Em crítica ao positivismo Ronald Dworkin (2007, p. 27-29) indica que há preceitos chaves que podem ser formulados na seguinte ordem: o direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade que determinam a coerção a ser utilizada pelo poder público; o conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com o direito; o sentido de obrigação jurídica liga-se ao enquadramento de um caso em uma regra jurídica válida que exige uma determinada ação ou abstenção, sendo que, na ausência dessa regra jurídica válida não existe obrigação jurídica.

O ataque antipositivista de Ronald Dworkin se dirige contra as teses fundamentais do positivismo (VIGO, 2005, p.63), quais sejam: a separação conceitual entre direito e moral, as fontes sociais do direito e a discricionariedade judicial, opondo-se à Hart, seu antecessor em Oxford, com a visão reducionista do direito às normas, enfatizando o papel dos princípios na solução dos casos concretos, os quais devem indicar as diretrizes para fundamentar as decisões judiciais, restringindo o grau de discricionariedade do legislador, levando-se a considerar que *“Compreender o direito como integridade é quase um pressuposto para compreender Dworkin. Importa-lhe que a decisão judicial seja justa, que observe o ideal da integridade, que consolida os ideais que unem uma comunidade”* (GAMBOGI, 2006, p. 126-127).

O positivismo forneceu uma teoria dos casos difíceis (DWORKIN, 2007, p. 127), uma vez que não havendo uma regra clara de direito o juiz teria o poder discricionário para a decisão do caso de uma forma ou de outra, fazendo supor um direito preexistente de uma das partes, legislando novos direitos e aplicando-os retroativamente. Tal concepção era aceita por Hart, para quem o juiz na falta de clareza do sistema jurídico poderia utilizar-se da discricionariedade criando o direito aplicável, superando a dificuldade de um direito incompleto.

Opondo-se as ideias de Hart, Ronald Dworkin considera que nos casos difíceis o juiz tem o dever de descobrir o direito das partes, mas não o poder de inventar novos direitos, agindo como um segundo poder legislativo (DWORKIN, 2007, p. 129), vez que a inovação judicial alteraria a repartição de poderes, tornando-se antidemocrática, colocando o juiz no lugar do legislador, além de ser injusta no sentido da proposição da aplicação retroativa do direito (ausência de previsibilidade dos comportamentos) e contradizer a linguagem dos juristas, porque os jurisdicionados procuram os tribunais para que se lhes reconheça o direito e não para pedir que o mesmo seja criado.

Portanto, em tais casos, o direito a ser aplicado seria aquele criado por outras instituições, utilizando-se Ronald Dworkin da distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, os primeiros justificariam uma decisão política, na qual a decisão fomentaria ou protegeria como um todo, um direito objetivo coletivo de uma comunidade. Os argumentos de princípio justificariam uma decisão política garantidora do direito de um indivíduo ou de um grupo, acrescentando o autor:

Não foge absolutamente à competência do poder legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Se os tribunais forem legisladores segundos, eles também devem ser competentes para fazer o mesmo. Sem dúvida, as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas pelos argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política.[...] Contudo, se o caso em questão for um caso difícil, em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção, pode parecer que uma decisão apropriada possa ser gerada seja por princípios, seja por políticas (DWORKIN, 2007, p.130-131).

O caráter de incompletude do direito é combatido por Ronald Dworkin, para quem, mesmo nos casos difíceis é possível encontrar a resposta correta, criando para esse fim a teoria hercúlea, na qual o juiz buscará a resposta correta para o caso dentro do próprio ordenamento sem a necessidade de criar o direito, entretanto, a tese da resposta correta é o ponto mais discutido da obra de Dworkin (MORESO, 1997, p. 204). A teoria hercúlea pressupõe a construção de um esquema de princípios abstratos e concretos (VIGO, 2005, p. 67) que identificam a moralidade pressuposta das leis e instituições, pressupondo a justificação coerente das decisões judiciais, instalando-se o juiz Hércules na teoria do direito para demonstrar que a discricionariedade é antidemocrática, rejeitando qualquer posição pessoal do juiz.

Os problemas jurídicos para Ronald Dworkin (VIGO, 2005, p.75) são de princípios ou exigências morais e não de fatos legais (positivismo) e de estratégia (realismo norte-americano). A distinção entre princípios e regras jurídicas baseia-se no fato de que as regras aplicam-se ou não se aplicam às situações concretas. Em relação aos princípios, não há como fazer uma previsão de todas as suas formas de aplicação, tendo em vista o seu grau de generalidade e abstração, o que conduz confrontá-los com a situação concreta para determinar se o seu conteúdo é aplicável ou não à determinada situação.

A partir das novas teorias e do constitucionalismo democrático, os princípios passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, traduzindo os ideais das sociedades, dando unidade e harmonia ao sistema jurídico, integrando-o e atenuando tensões normativas, o que para Robert Alexy se operará através das respectivas ponderações, condicionando a atividade do intérprete, não se dirigindo a nenhuma espécie fática devido a sua generalidade e abstração, sendo, tanto as regras como os princípios espécies de normas jurídicas, distinguindo-se, contudo, pelo grau de generalidade e abstração.

Pode-se afirmar que a normatividade dos princípios considerados como estruturantes do ordenamento jurídico vai coincidir com a concepção pós-positivista do direito, os quais passam a ter eficácia jurídica e aplicabilidade imediata, passando as Constituições a serem vistas como sistemas abertos de princípios e regras, agregando-se os valores das sociedades em determinado tempo e lugar, abrangendo as ideias de justiça e proteção dos direitos fundamentais, constituindo os princípios a ligação entre os valores sociais e o sistema jurídico, não comportando por tal fato enumeração taxativa. Indica Luis Prieto Sanchis (1998, p. 36) que se servindo do argumento de Robert Alexy, pode-se trazer o seguinte perfil do constitucionalismo contemporâneo: mais princípios que regras, mais ponderação que subsunção, mais juízes que legislador, e mais Constituição que lei, contudo adverte o autor:

Obviamente, como todo esquema que pretende resumir em quatro palavras uma realidade complexa, se requerem numerosos matices que aqui tão só cabe esboçar. De início, mas princípios (constitucionais) que regras (legais) não significa que a solução dos conflitos jurídicos possa ser encontrada em exclusivo nas diretrizes emanadas dos princípios gerais ou direitos fundamentais, senão que estes têm de ser levados em consideração e que devem sê-lo, em primeiro lugar, para submeter a juízo prévio a própria validade das leis relevantes no caso. Mais ponderação que subsunção tampouco significa que esta deve ser operativa, senão que em todo caso a aplicação de princípios se acomoda a um esquema particular que chamamos ponderação, onde os critérios em conflito não se anulam nem excluem com caráter geral, senão que deve buscar seu peso relativo em cada caso mediante um juízo de razoabilidade ou de *balance* entre argumentos e razões. Mais juízes que legislador não representa prescindir da tarefa legislativa, que segue sendo fundamental, senão um controle da mesma por parte daqueles que unicamente podem fazê-lo, que são os juízes. E finalmente, como se compreenderá, mais Constituição que lei não significa que a primeira converta em supérflua a segunda, senão somente que esta última carece de autonomia porque sempre terá de prestar contas ante a instância superior da Constituição (SANCHIS, 1998, p. 35-36, tradução nossa).⁹

⁹ Obviamente, como todo esquema que pretende resumir en cuatro palabras una realidad compleja, se requerirían numerosas matizaciones que aquí tan sólo cabe esbozar. De entrada, más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios o derechos fundamentales, sino que éstos han de ser tomados en consideración y que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que ésta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación donde dos criterios en conflicto (v.gr., la libertad de expresión y el derecho al honor, como luego se verá) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un juicio de razoabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador non representa un llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley non significa que la primera convierta en supérflua a la segunda, sino sólo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución.

Tendo em vista a unidade da Constituição pode-se dizer que a distinção entre regras e princípios é qualitativa, inexistindo hierarquia entre ambos. As regras aplicam-se sob a forma do tudo ou nada, subsumindo-se a elas de forma objetiva e direta os fatos previstos. A aplicação das regras não implica em maiores elaborações, ocorrendo predominantemente por subsunção. Uma regra somente não incidirá sobre um determinado fato, quando for inválida, houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Deve-se ressaltar, contudo, que a diretriz de aplicação ou de identificação, no sentido da distinção entre a ocorrência de uma regra ou de um princípio, dependerá, na maioria das vezes do exame caso concreto.

Os princípios contêm uma maior carga valorativa, sendo, de acordo com alguns posicionamentos apoiados em Robert Alexy, que, existindo vários princípios que abrigam valores ou fundamentos diversos, pode ocorrer de se contraporem, sendo mesmo possível uma colisão, em tais situações o intérprete deverá diante do caso concreto, utilizar-se da proporcionalidade, preservando o núcleo de cada princípio e dos direitos fundamentais, procedendo a ponderação entre eles.

Outros, apoiando-se em Ronald Dworkin entendem que não há possibilidade de colisão entre princípios, mas apenas de tensão, devendo apenas ser compatibilizados, exigindo ao contrário das regras, uma elaboração mais sofisticada frente ao caso concreto, uma vez que a incidência sobre determinado caso não pode ser colocada em termos imediatos de tudo ou nada, assim, os princípios podem ser contrários sem ser contraditórios, não se eliminando mutuamente, como indica Menelick de Carvalho Neto:

Os princípios ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente. E assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Günther denomina *sense of appropriateness*, que, no Estado democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões. (GÜNTHER, Klaus. *The Sense of appropriateness*. Trad. John Fanel. New York: State University of New York Press, 1993). (Cf. CARVALHO NETO, 1999).

Para Juarez Freitas (2002, p. 212-213), na perspectiva tópico-sistemática, uma interpretação das normas fundamentais sempre busca promover a preservação dos princípios fundamentais, ainda quando em colisão, desta forma, os princípios constitucionais nunca se eliminam mutuamente, mesmo que colidentes, as regras também não devem ser interpretadas numa lógica de supressão, mas em função de serem inferiores na hierarquia axiológica, quando instaurada grave antinomia, um princípio substancial pode exigir a eliminação de uma das regras, preponderando a técnica das distinções e da hierarquização à supressão, mantendo-se intacta a essência dos princípios pela posição que ocupam no sistema jurídico.

Ao se observar a hermenêutica constitucional, não se afigura sob qualquer perspectiva a existência de princípios que se imponham aos demais sem verificação da situação concreta, ou seja, qualquer atividade estatal que pretenda impor-se ao particular sob o manto do interesse público em abstrato, não possui legitimidade constitucional. Em quaisquer casos deve estar presente a atividade interpretativa, verificando-se a adequação de meios a fins na medida a ser empreendida pela Administração Pública, considerando-se, para tal, a discussão através do processo administrativo, permitindo ao interessado opor-se através do contraditório e ampla defesa.

4.3 A proporcionalidade nas decisões estatais: a adequação entre meios e fins

O princípio da proporcionalidade originou-se na Alemanha, desenvolvendo-se no século XIX no âmbito do direito administrativo naquilo que dissesse respeito às normas sobre o poder de polícia, sendo que em 1949 com a vigência da Lei Fundamental alemã, na esfera jurídico-constitucional, alcançou reconhecimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A evolução do princípio da proporcionalidade do direito administrativo para o direito constitucional, explica-se tendo em vista a ideia baseada na soberania popular, de que o legislador seria considerado como juridicamente ilimitado. Esta concepção tinha validade geral, encontrando sua expressão mais significativa no princípio britânico de acordo com o qual o Parlamento podia fazer tudo, significando que apenas a lei natural poderia limitar o soberano, inexistindo qualquer vinculação enquanto a atuação se dava nos limites de sua competência constitucional.

A noção de generalidade da lei não possuía validade universal, ficando isto demonstrado pela discussão posterior em torno das denominadas leis-medida, consideradas como tais as que se aplicavam a um determinado número de pessoas (leis-individuais), a determinado número de casos ou conjunto de situações fáticas, ou até mesmo com sua vigência totalmente limitada (SCHOLLER, 1999, p. 94).

A partir da Segunda Guerra Mundial e da experiência dos regimes totalitários desenvolveu-se a ideia de vinculação jurídica do legislador, havendo a percepção pelos juristas de que existiam leis injustas, não bastando a perfeição formal da lei, observando-se a possibilidade de contradição com a ideia de justiça, o que ocasionaria a perda de vinculatividade, admitindo-se, assim, a existência de ofensa ao princípio da proporcionalidade à medida que a disposição legal não se mostrasse adequada e necessária frente ao caso concreto (SCHOLLER, 1999, p. 94).

Desde a Constituição de Weimar de 1919 até o advento da Lei Fundamental alemã de 1949, predominava a ideia de que os direitos fundamentais eram assegurados e valiam na medida das leis, os quais representavam a especialização e concretização constitucional do princípio da legalidade da Administração, compreendida tal especialização como a dimensão da sua vinculação a determinadas situações e âmbitos da vida, tais como a liberdade de imprensa, a esfera religiosa, propriedade, dentre outros.

Apenas com o artigo 1º inciso III da Lei Fundamental alemã é que tanto a Administração quanto o legislador e os órgãos judicantes passaram a ser objeto de vinculação à Constituição e especialmente aos direitos fundamentais nela consagrados (SCHOLLER, 1999, p. 95), passando a atuação do legislador a ter como parâmetro os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, significando tal transformação uma evolução do princípio da reserva legal para o princípio da reserva da lei proporcional:

De acordo com o tradicional princípio da reserva de lei (ou reserva legal, quer se reproduzir a idéia da legalidade da administração, de acordo com a qual o ato administrativo que imponha alguma restrição ou ônus ao particular depende, para sua validade, de um fundamento legal. De uma reserva de lei especial, fala-se quando, como na hipótese do art. 104 da Lei Fundamental – necessita-se de um ato legislativo formal, isto é, emanado do Parlamento. De regra, contudo, o princípio da reserva de lei significa apenas a indispensabilidade de uma lei no sentido material, isto é, basta a existência de um decreto ou regulamento como fundamento para um ato administrativo. ‘Percebe-se desde logo, que a reserva da lei proporcional poderá significar tanto uma reserva da lei proporcional no sentido formal, quanto no sentido material (SCHOLLER, 1999, p. 96).

Na Alemanha os limites da atuação legislativa decorreram da reserva legal dos direitos fundamentais, havendo uma relação entre fins e meios, indicando em que proporção o legislador poderia buscar determinados fins que justificassem uma restrição no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, relação esta integrativa do princípio da proporcionalidade, também denominado de mandamento da proibição do excesso.

O Tribunal Federal Constitucional alemão a partir da ideia de uma relação entre os fins e os meios, indicou que a natureza da vinculação do legislador se caracterizaria pelo fato de que este se encontrava sujeito ao seu controle quanto à observância do princípio da proporcionalidade. Já o princípio da reserva legal autorizaria o Tribunal Constitucional a afastar atos administrativos a que faltassem base legal, bem como a eliminação direta de leis que, por sua obscuridade e indeterminação, ofendessem o princípio do Estado de direito quanto às exigências de clareza normativa e proporcionalidade.

Desta forma, reconhecendo-se o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida na Alemanha, a possibilidade de impugnação e eliminação não apenas das medidas administrativas desproporcionais, como também das leis que ofendendo a relação entre fins e meios, estabelecessem restrições aos direitos fundamentais.

O Estado de direito determina o conteúdo do princípio da proporcionalidade, vinculando o legislador e fundamentando o princípio da reserva da lei proporcional, sendo a essência e destinação do mencionado princípio a preservação dos direitos fundamentais. Contudo, uma supervalorização do princípio da proporcionalidade encontrará os seus limites no princípio da isonomia, visando uma harmonia do sistema jurídico.

A proporcionalidade excluirá interpretações que tornem inúteis a finalidade buscada pela norma, tornando válidas apenas as interpretações concretamente adequadas à realização dos valores consagrados no ordenamento e vivenciados pela sociedade, apresentando-se como instrumento vinculado no direito público, especialmente quanto aos atos que imponham restrições ou encargos aos particulares.

A jurisprudência alemã desenvolveu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis. A lei para ser proporcional deverá atender conjuntamente, os seguintes critérios: a) ser adequada ou idônea (*geeignet*),

significando ser apropriada para atingir determinado objetivo; b) ser necessária (*notwendig*), no sentido de que nenhuma outra medida será menos restritiva; c) ser razoável (*angemessen*), no sentido de que as restrições impostas pela medida não devam ser desproporcionais ao objetivo buscado, o que se denomina proporcionalidade estrito senso.

Os requisitos da adequação e da necessidade significam que o objetivo a ser alcançado pelo legislador ou pela Administração, bem como os meios a serem utilizados, possam ser admitidos e utilizados como adequados e necessários, devendo haver entre eles um nexo de pertinência.

A adequação entre a situação gerada pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o fim a ser almejado, deve ser verificada diante do caso concreto, não sendo possível aplicar o princípio da proporcionalidade sem determinar a finalidade concreta a ser buscada, não bastando a simples menção ou alegação aos conceitos indeterminados.

Para a doutrina alemã, meios adequados podem não ser necessários, mas meios necessários serão sempre adequados. A afirmação leva-se a pensar que meios mesmo que necessários, podem não implicar necessariamente em adequação, podendo conduzir à convalidação de erros de avaliação, o que poderá conduzir igualmente a interpretações desnaturadoras e falta de legitimidade quanto às decisões, neste sentido, somente o caso concreto é que poderá indicar a adequação e necessidade dos meios, e mesmo assim, deverão compatibilizar-se com as disposições constitucionais e ser eticamente aceitáveis.

Por outro lado, a necessidade significa que não existe outra medida menos onerosa para o particular, verificadas todas as hipóteses pelo poder público, baseando-se (seja a Administração ou o legislador) em hipóteses comprovadas, que se situando “*no âmbito de sua maior ou menor liberdade de arbítrio, estejam autorizados a tomar as medidas que julgarem necessárias*” (SCHOLLER, 1999, p. 98).

A diferença entre o limite de discricionariedade do legislador e da Administração, referente aos critérios da adequação e da necessidade que se verifica na relação entre fins e meios, pode ser percebida quando ocorrem dúvidas quanto às hipóteses a serem utilizadas como referência. Para a doutrina alemã, a presunção de confiabilidade decorrente da prerrogativa de avaliação do legislador, deve ser considerada como favorável ao Poder Legislativo. Em se tratando do Poder

Executivo, a medida é inversa, pois, ocorrendo dúvidas quanto às hipóteses com base nas quais as medidas foram tomadas, o ônus será da Administração Pública, estabelecendo-se uma presunção em favor do particular.

Além dos critérios da adequação e da necessidade dos meios utilizados visando a realização dos fins previstos na Constituição e nas leis, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram o critério da proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida, constituindo um princípio aberto, no sentido da ponderação dos valores envolvidos com o menor sacrifício possível quando da adoção de uma determinada medida pelos interessados, não se admitindo que para a realização de um determinado valor se destruam outros, reconhecendo-se igualmente, a existência de valores fundamentais que de forma alguma poderão ser sacrificados como o da dignidade da pessoa humana.

No direito alemão as duas teorias sobre o conteúdo e proteção da garantia da dignidade da pessoa humana podem ser definidas como a Teoria do *Mitgift* (Nipperdey e Hoffmann) e a Teoria da Prestação (Luhmann). A Teoria do *Mitgift* baseia-se na tradição religiosa judaico-cristã, ao passo que Luhmann prioriza o estabelecimento de uma identidade para a pessoa humana. No Tribunal Federal Constitucional alemão a interpretação do princípio oscilou entre dois aspectos, um objetivo no sentido de que o homem jamais poderia ser tido como mero objeto, e outro subjetivo, no sentido de que se poderia fazer uso do critério da desconsideração na aferição de uma agressão à dignidade da pessoa humana (SCHOLLER, 1999, p. 100).

O princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser utilizado conjuntamente com o da proporcionalidade da medida estatal restritiva imposta, no sentido de que restrições desproporcionais ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais podem ser tidas como ofensivas ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, uma restrição mesmo sendo adequada e necessária, ainda assim será desproporcional em sentido estrito, quando implicar ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na verificação da constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Federal Constitucional alemão desenvolveu como método auxiliar a Teoria dos Degraus (*Stufentheorie*) e a Teoria das Esferas (*Sphärentheorie*). De acordo com a Teoria dos Degraus, as restrições aos direitos fundamentais devem ser

efetuadas em diversos degraus, assim, como exemplo, pode-se admitir uma restrição na liberdade de exercício profissional por qualquer motivo objetivamente relevante, ao passo que no degrau ou esfera mais profunda, qual seja, o da liberdade de escolha da profissão, tida como sendo em princípio irrestringível, uma medida restritiva apenas encontrará justificativa para salvaguardar bens ou valores comunitários de expressiva relevância de ameaças concretas, devidamente comprovadas ou pelo menos altamente prováveis (SCHOLLER, 1999, p. 102).

Segundo Willis Santiago Guerra Filho (2003), na doutrina alemã os direitos fundamentais aparecem como dotados de um duplo caráter ou dupla dimensionalidade (Hesse), uma subjetiva, individual a que tradicionalmente a eles vem associada e outra objetiva, que expressa valores almejados por toda a comunidade política, compatibilizando os interesses de seus membros individualmente considerados, com os de toda a comunidade ou parte dela, resultando três ordens de interesses, quais sejam: interesses individuais, interesses coletivos (incluindo-se os difusos) e interesses gerais ou públicos.

Para que se tenha a exata noção disso, basta ter em mente a circunstância de que interesses coletivos, na verdade, são o somatório de interesses individuais, assim como interesses públicos são o somatório de interesses individuais em coletivos, não se podendo, realmente satisfazer interesses públicos, sem que, ipso facto, interesses individuais e coletivos sejam contemplados.

Assim é que se torna admissível e mesmo, necessária a atribuição de competência ao Estado para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até aonde vão interesses particulares e comunitários, para o que, inevitavelmente, restringirá direitos fundamentais, para com isso assegurar a maior eficácia deles próprios, visto não poderem todos concretamente, serem atendidos absoluta e plenamente. É nessa dimensão objetiva, que, aparecem princípios como o da isonomia e proporcionalidade, engrenagens essenciais do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, e logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde se incluam na categoria equiparável das “garantias fundamentais”.

Na Administração Pública alemã o princípio da proporcionalidade obteve previsão legal expressa no artigo 9º II da Lei Federal Alemã de 1976, sobre processo administrativo, constatando-se desde então, que o princípio da proporcionalidade possuía campo de aplicação além da esfera dos atos discricionários, indo de encontro à interpretação das leis conforme a Constituição, bem como interpretação de conceitos jurídicos, e ainda na avaliação da necessidade de uma determinada medida coercitiva no exercício do poder de polícia.

Assim, medidas contrárias ao princípio da proporcionalidade ultrapassam os limites da discricionariedade administrativa, e como tal, sujeitam-se à anulação através do processo administrativo, podendo, além disto, configurar caso de responsabilidade civil do agente público, no caso do mesmo ter tido condições de avaliar a ofensividade de seu comportamento ao princípio. Portanto, antes de qualquer atuação restritiva, deve-se avaliar, diante do caso concreto, se existem bens jurídicos coletivos e até mesmo particulares de maior relevância a serem preservados.

A Administração Pública deverá abster-se de intervir ou intervindo alcançar um resultado menos abrangente, quando verificar que a medida a ser tomada poderá acarretar o sacrifício ou uma grave restrição ao bem jurídico individual ou à existência do particular, devendo ser considerados para fins de ponderação, os seguintes fatores: a natureza e intensidade da medida restritiva, bem como os efeitos colaterais que conforme a intensidade podem representar uma maior restrição ao interesse coletivo do que a ameaça que se pretendia afastar.

Estes efeitos podem vir a ser de tal forma significativos, ou mesmo virem a alcançar um tão expressivo círculo de pessoas, que acabam por representar uma restrição maior ao interesse coletivo do que a ameaça que originalmente se pretendia afastar. Neste caso quando os riscos e gravames oriundos da atuação da administração forem consideravelmente maiores do que a ameaça ou dano concreto a ser prevenido ou eliminado, a administração deverá renunciar à medida restritiva. Por outro lado, não se poderá partir da premissa de que tais efeitos negativos eram previsíveis, com base no simples fato de que os danos efetivamente acabaram por concretizar, presumindo-se, portanto, uma irregularidade no procedimento da administração no momento de sua atuação (da medida restritiva). O que importa, neste contexto, é se a administração avaliou a situação de forma correta e zelosa, no momento em que foi tomada a decisão, razão pela qual se tem sustentado que aos Tribunais não compete estabelecer o que se denominou de uma espécie de prognose póstuma (SCHOLLER, 1999, p.104).

Por outro lado, na doutrina alemã, não será descabida a medida administrativa quando a restrição e os efeitos colaterais possuírem conjuntamente, o mesmo valor do dano (efetivo ou potencial) a ser afastado, tendo em vista que a ponderação entre o interesse dos particulares atingidos pela medida e o da coletividade foi levada a efeito pelo legislador (SCHOLLER, 1999, p.104), enquanto a norma legal não for por si, desproporcional, a Administração se encontrará vinculada à ponderação realizada pelo legislador.

Contudo, deve-se ter cautela para que o princípio da proporcionalidade não tenha uma superexpansão (*Oberdehnung*), designando um exagero ao empregá-lo,

que levaria a um relaxamento na aplicação da lei. Para evitar que isso aconteça, deve-se atribuir reflexividade ao princípio, de modo que se possa aplicá-lo mediante um exame da adequação, exigibilidade e proporcionalidade de fazê-lo, visando o maior benefício possível da comunidade, com o mínimo sacrifício de seus membros individualmente.

No texto constitucional brasileiro não há referência expressa ao princípio da proporcionalidade, mas há entendimento de que em se tratando de um princípio instrumental destinado a orientar e controlar a aplicação e interpretação do Direito, assegurando a supremacia dos valores e princípios fundamentais, tal não seja necessário, não prejudicando a sua aplicação, uma vez que a interpretação violadora do princípio da proporcionalidade infringiria todos os demais valores e princípios albergados pelo ordenamento jurídico, fluindo do espírito que anima o § 2º do artigo 5º da Constituição da República (BONAVIDES, 2006, p. 396).

Segundo Juarez de Freitas (2002, p.194-195) a proporcionalidade não deve ser vista apenas como uma relação de meio a fim, significando mais, ou seja, sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais, fazendo concordar os valores e princípios jurídicos, e quando um tiver que preponderar sobre outro, deve-se salvaguardar o que foi relativizado, preservando no mínimo os valores em colisão. O autor ressalta que formulado o princípio em relação ao exercício do poder de polícia, transformou-se em limite à intervenção do Poder Executivo, o qual é vinculativo em relação a todos os atos administrativos (discricionários ou não), bem como os judiciais e legislativos (reserva da lei proporcional). Alerta, contudo, para o fato de que, não se deve absolutizar o princípio, não sucumbindo às tentações de soluções abstratas, colidentes com a própria ideia de proporção. O princípio da proporcionalidade não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento, não se tratando de voluntarismos.

Na Lei 9784 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL) que regula o processo administrativo federal há a previsão no seu artigo 2º de que as decisões administrativas devem ser proporcionais, devendo haver adequação de meios a fins, subordinando-se as decisões à lei e ao direito. No caso, constata-se que as decisões estatais encontram-se vinculadas e limitadas por tais condicionantes.

Concorda-se com o direito alemão no sentido de que medidas contrárias ao princípio da proporcionalidade ultrapassam os limites da discricionariedade

administrativa, sujeitando-se à anulação seja através de processo administrativo ou judicial, devendo acarretar responsabilidade ao agente público.

Ressalte-se, que atualmente, o sistema normativo é entendido como um sistema aberto em virtude do próprio dinamismo das sociedades e das peculiaridades de cada caso, surgindo a proporcionalidade como princípio jurídico fundamental, expressando o pensamento aceito como razoável, sempre que se tratar do meio mais adequado para se atingir um determinado objetivo.

A ineficácia do formalismo estrito e a falta de legitimidade das decisões estatais conduzem a que os fundamentos do Direito sejam revistos adequando-os as mudanças por que passam as sociedades modernas, pois o direito positivo já não é capaz de atender o complexo universo que as compõe, acarretando crises na produção e aplicação da justiça, lembrando, como se refere Luis Pietro Sanches (1998, p. 20, tradução nossa) que “[...] o direito legal envelhece e é incapaz de oferecer respostas aos novos conflitos, o que provoca tanto a aparição de lacunas como a manutenção de soluções obsoletas e insatisfatórias”.¹⁰

No sistema constitucional brasileiro os atos estatais devem subordinar-se à lei e ao direito, verificando que tanto a “supremacia” do interesse público quanto o princípio da legalidade se relativizaram diante dos demais princípios constitucionais que dão unidade e consistência ao sistema jurídico, encontrando-se o direito em constante movimento, no sentido de que, de acordo com Claus-Wilhelm Canaris (FREITAS, 2002, p. 49), todos os conceitos que não se mostram de algum modo capazes de exprimir adequação valorativa e emprestar unidade interna à ordem jurídica têm-se mostrado virtualmente sem utilidade.

Talvez a grande crise por que passa a ciência jurídica esteja ainda em saber se a vontade dos cidadãos possui íntima relação com os textos normativos, porque, o que se percebe com grande frequência é a falta de coincidência entre o que dizem os textos e o que pretende a sociedade, havendo a quebra de elo entre o texto normativo e a vontade democrática, que não se sabe ser realmente soberana, ou se representada apenas formalmente legitima os atos estatais.

Realmente, se a vontade democrática não coincide com o texto normativo, o que ainda se verá serão instrumentos legais, formalmente acabados, nos quais a

¹⁰ [...] el Derecho legal envejece y es incapaz de ofrecer respuestas a los nuevos conflictos, lo que provoca tanto la aparición de lagunas como el mantenimiento de soluciones obsoletas e insatisfactorias.

representatividade não transparece com contornos definidos. Neste sentido, é de relevância o questionamento de Friedrich Müller (2004, p. 70): “*Mediante a fórmula: “poder constituinte” o Estado constitucional moderno introduz a seguinte pergunta: que papel concreto o povo desempenha na elaboração como na aplicação de uma Constituição*”.

4.4 A delimitação e interpretação do interesse público: questões prévias

Constata-se que os princípios tanto na perspectiva de Ronald Dworkin quanto na perspectiva de Robert Alexy, prestam-se à solução dos casos concretos, não se apresentando em abstrato, princípios em ordem hierárquica, não havendo como sustentar-se a superioridade de quaisquer princípios fora dos fatos da questão. Assim, o caso concreto vai delimitar a verificação do interesse público, e a sua configuração interpretativa vai sofrer o influxo da hermenêutica constitucional, não havendo como se demonstrou uma superioridade principiológica fora de um caso específico.

Contudo, além dos aspectos já abordados, outros devem ser considerados, anteriores aos próprios fatos da questão para melhor elucidação do conceito, preponderantes para sua delimitação, como a própria ideia de justiça que deve estar presente na sua definição, aspectos esses que serão demonstrados neste tópico.

A doutrina italiana, apoiando-se especialmente em Renato Alessi considerou o interesse público sob dois ângulos distintos, quais sejam: o interesse primário, significando o interesse coletivo da sociedade e o interesse secundário, constituindo o interesse do Estado enquanto pessoa política. Afirma-se que apenas o interesse primário possa ser validamente objetivado, vez que é o interesse consagrado em lei e entregue à guarda do Estado como representante do corpo social (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 90). Não obstante, afirma-se igualmente que tais interesses podem tanto ser antagônicos, como coincidentes (BANDEIRA DE MELO, 2003, p. 31).

Tal classificação não é determinante para a delimitação do interesse público, muito embora se perceba que a distinção acaba por admitir a fragmentação do interesse público, e por fim, um afastamento do interesse do Estado e do cidadão, como se entre eles não houvesse interligação, ou mesmo se realmente pudesse afirmar-se com total coerência essa divisão.

Conforme se adote ou não tal distinção, os resultados obviamente não caminharão para uma homogeneidade do entendimento de interesse geral, mas ao se considerar que o Estado tenha um interesse público secundário que possa se contrapor ao interesse do cidadão, admite-se um interesse autônomo do Estado dissociado do interesse da coletividade, o que não apresenta razoabilidade.

Os Tribunais brasileiros têm admitido a distinção entre interesse primário e interesse secundário, como se observa no Agravo Regimental nº. 2009/0128177-9 no Recurso Especial nº. 1.147.550 - GO, devendo-se considerar, não obstante, que quando a Administração Pública se defende em juízo, agindo como sujeito de direitos possui um interesse na tutela jurisdicional e na resolução do litígio, que não implica, por isso, num interesse público diferenciado do indivíduo:

Ao que se tem, primeiramente, cabe tecer algumas considerações acerca da diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, segundo a doutrina abalizada do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello: "Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público. É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. [...] Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser deferido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário." (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros: 2008, 26ª Edição, p. 66 e 98-99). Tem-se, assim, que o interesse público primário é aquele pertinente aos interesses coletivos e sociais, enquanto o interesse público secundário - ou interesse da Administração - é aquele pertinente à própria pessoa jurídica de direito público. O interesse público verificado no caso em comento é o do tipo secundário, caracterizado pelo interesse da Administração Pública em não ser condenada em ação indenizatória, situação que não exige a intervenção do Ministério Público, posto se tratar de questão eminentemente patrimonial.¹¹

¹¹ Superior Tribunal de Justiça - Agravo Regimental Número Registro: 2009/0128177-9 Recurso Especial 1.147.550 – Goiás, Número Origem: 200435000233590 - Em mesa julgado: 02/09/2010.

Acertadamente, observa Humberto Ávila (2010, p. 174-175) que o princípio da supremacia do interesse público apesar de ser descrito como fundamental no direito público é explicitado com problemáticas características específicas, apresentando-se como princípio jurídico (ou norma-princípio) com função de regular as relações entre Estado e particular, sendo sua pressuposta validade e posição hierárquica apriorísticas, observando-se não ser apenas um princípio, mas um princípio relacional, o que conduz que o seu conteúdo normativo pressupõe a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, asseverando que da forma que vem sendo descrito pela doutrina não se identifica com o bem comum, sendo antes uma regra de preferência.

Hannah Arendt (2010, p. 33) considera que a distinção entre a esfera pública e a esfera privada da vida corresponde aos domínios da família e da política, os quais existiram separadamente desde a Cidade-Estado, no entanto, a eclosão da esfera social que não era nem privada e nem pública, vai coincidir com a era moderna, encontrando sua forma política no Estado-Nação.

No mundo moderno, considera Hannah Arendt que tanto o domínio social quanto o político diferem muito menos entre si, sendo a política apenas uma função da sociedade, na qual a ação, o discurso e o pensamento são superestruturas assentadas no interesse social, fazendo-se impossível perceber qualquer abismo relevante entre as duas esferas (ARENDR, 2010, p. 39), acrescentando que nas condições de um mundo comum a realidade não é garantida pela natureza comum de todos os homens que o constituem, mas pelo fato de que todos estão interessados no mesmo objeto, muito embora as diferenças de posição e variedade de perspectiva (ARENDR, 2010, p. 70).

Como formas autônomas não devem existir em rígida dicotomia um interesse público e um interesse privado, tal afirmação se evidencia na medida em que há a percepção de que eles se encontram interligados, fazendo surgir um interesse geral que vai abarcar tanto o interesse coletivo, quanto o interesse dos particulares, possuindo determinados pontos de tensão em certas circunstâncias, no que se refere ao direito individual e ao direito da coletividade, não parecendo existir uma terceira espécie: o interesse autônomo do Estado. Por se interligarem e apresentarem correlação, um não pode ser superior ao outro em abstrato. A Constituição estabelece a diretriz do interesse geral, preservando a sua própria unidade, assim, diante do caso concreto um pode sobressair, mas *a priori* não há

superioridade, supremacia ou prevalência de quaisquer deles, não sendo razoável fazer-se a interpretação de um, sem levar em consideração aspectos do outro.

Sociedade e Estado devem apresentar-se em harmonia política para que haja legitimidade e aceitação das decisões. O interesse público não pode se sobrepor *a priori* aos interesses dos particulares, porque apenas os fatos de uma determinada questão podem levar ao estabelecimento de valores ou interesses que devam ser necessariamente preservados, e isto, vai demandar um processo discursivo, pois a simples alegação ou a mera forma, não condizem com a necessária discursividade que se exige no Estado democrático de direito.

Portanto, é de se afirmar que a supremacia do interesse público não existe como cláusula geral, sendo uma das formas de colonização e paralisação do discurso. A paralisação discursiva apresentou-se no decorrer da história humana, pelo temor das divindades, pelo temor da Igreja ou pelo temor do Estado, sucessivos temores muitas vezes aceitáveis pelo próprio homem como aliado na contenção das condutas humanas.

Os temores e dogmas nada mais foram e são que formas de manipulação, os quais encontraram poucos meios de resistência e foram impostos para que não houvesse criticidade sobre eles, inquestionáveis verdades. Coloniza-se assim a própria mente, que não sendo livre, não é capaz para o discurso.

Utilizando da perspectiva do interesse pelo mesmo objeto, devem ser evidenciados como interesses gerais, admitindo-se ampliação, os que se encontram positivados na Constituição da República e os que forem incorporados através da discussão pública.

Encontrando-se os direitos e garantias fundamentais entre os interesses gerais a serem preservados, deve-se considerá-los na sua totalidade, aparentando-se ilegítimo um possível conflito em relação aos aspectos de prioridade de cada um deles, admitindo-se que todos devam ser atendidos na mesma proporção, porque atender um em detrimento de outro é o mesmo que limitar onde a Constituição não limita, retirando a efetividade dos direitos e tornando a ação estatal ilegítima.

Contudo, a delimitação do interesse geral requer certos pressupostos de admissibilidade, não bastando apenas um acerto majoritário de uma determinada sociedade sobre um dado interesse. O poder das comunidades encontrar-se-á sempre limitado pela dignidade da pessoa humana, desta forma, na ordem que constitui cada uma das sociedades, nunca poderão ser indicadas como

aspiração geral, situações fáticas que não correspondam aos ideais de justiça, de ética e de dignidade, não sendo pressuposto de legitimidade ou validade a mera deliberação da maioria.

Considera-se, igualmente, que o indivíduo em sua singularidade, possui interesses a serem preservados coletivamente, como na concretização dos seus direitos fundamentais, entendido o interesse individual como uma parcela, que embora não autônoma, destaca-se do interesse geral conferido e positivado pela comunidade, encontrando-se, pois, o interesse individual e o interesse coletivo em correlação por vinculatividade constitucional.

Observa-se que o interesse público conforma-se a vários feixes de interesses, todos interligados para fins das decisões estatais, a legitimidade das decisões implica na verificação da ocorrência de cada um desses feixes que se destacam, mas, que ao mesmo tempo se interligam.

4.4.1 Interesse público e identidade cultural

A historicidade e a dinamicidade podem ser consideradas como algumas condicionantes do processo de conhecimento do interesse geral. O passado de um povo será sempre uma das determinantes para o seu interesse futuro, observando-se não obstante que o povo pode se identificar culturalmente, mas essa identificação por si só não coincide com interesse geral, porque há países que não têm uma identidade cultural homogênea, ou mesmo identidade em relação ao povo, mas, enquanto grupo em um determinado território, possuem interesses comuns para fins de lhes assegurar a sobrevivência, a dignidade e a segurança.

Ressalte-se que no final do século XX passa a ocorrer uma mudança estrutural diferenciada nas sociedades modernas, com fragmentações culturais de gênero, sexualidade, etnia, e raça, dentre outras. Tais concepções que eram sólidas para localização do sujeito no mundo passam a se fragmentar, alterando tanto as identidades pessoais quanto as do sujeito integrado social e culturalmente, causando um deslocamento do sujeito e uma crise de identidade.

Stuart Hall (2006, p. 26-32) distingue três diferentes concepções de identidade, quais sejam: sujeito do Iluminismo; sujeito sociológico e, o sujeito da modernidade. O sujeito do Iluminismo era totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação, cujo centro consistia num

núcleo interior que emergia pela primeira vez quando o sujeito nascia, e com ele se desenvolvia, ainda que permanecesse essencialmente o mesmo ao longo da existência do indivíduo. O centro essencial do eu era a identidade da pessoa, numa concepção individualista do sujeito.

Por sua vez, o sujeito sociológico trazia a complexidade do mundo moderno e a consciência de que o núcleo interior do sujeito não era autônomo e auto-suficiente, mas formado na relação com outras pessoas, localizando-se o sujeito em processos de grupo, com a participação do sujeito em relações sociais mais amplas, havendo uma concepção entre o eu e a sociedade, verificando-se uma integração, uma reciprocidade estável entre interior e exterior (HALL, 2006, p. 32) havendo uma interação com o mundo cultural exterior, assim, a identidade pressupõe uma aderência do sujeito à estrutura, os quais se estabilizam, tornando-se “*unificados e predizíveis*” (HALL, 2006, p. 12).

O sujeito que possuía uma identidade unificada e estável encontra-se fragmentado, composto por várias identidades, que podem ser inclusive contraditórias, visto que as sociedades modernas são sociedades de mudanças, nas quais as práticas sociais são constantemente reformuladas e revistas. Produz-se então o sujeito da modernidade, descentrado, assumindo diferentes identidades em diferentes momentos, não sendo unificadas ao redor do eu, conforme as suas identificações. A identidade definida e coerente passa a sofrer uma desestabilização, tendo em vista a confrontação com uma multiplicidade de identidades possíveis.

A pós-modernidade traz o rompimento com qualquer condição precedente (HALL, 2006, p. 16), apresentando-se uma ordem social dinâmica, processando em escala de interligação com outras esferas sociais que não apenas aquelas locais, sendo marcada pelas diferenças sociais e diferentes posições do sujeito (HALL, 2006, p. 17). Como exemplo, cita Stuart Hall (2006, p. 18-21) que em 1991, o então presidente americano, Bush, procurando restaurar uma maioria conservadora na Suprema Corte americana, encaminhou a indicação de Clarence Thomas, um juiz negro de visões políticas conservadoras. No julgamento de Bush, os eleitores brancos (que podiam ter preconceitos em relação a um juiz negro) provavelmente apoiariam Thomas porque ele era conservador em termos de legislação de igualdade de direitos, e os eleitores negros (que apóiam políticas liberais em questões de raça) apoiariam Thomas porque ele era negro.

Durante as audiências em torno da indicação, no Senado, o Juiz Thomas foi acusado de assédio sexual por uma mulher negra, sua ex-colega Anita Hill (HALL, 2006, p. 19). As audiências causaram um escândalo público e polarizaram a sociedade americana. Alguns negros apoiaram Thomas, baseados na questão da raça, outros se opuseram a ele, tomando como base a questão sexual. As mulheres negras estavam divididas, dependendo de qual identidade prevalecia, a de mulher ou de negra. Os homens negros também estavam divididos, seja pelo sexismo, seja pelo liberalismo.

Não foi diferente com os homens brancos, que se dividiam, ora pela política, ora pela sua posição em relação ao racismo e ainda em relação à concepção em torno da sexualidade. As mulheres conservadoras brancas apoiavam o Juiz Thomas, tendo em vista a sua inclinação política, bem como pela sua oposição ao feminismo. As feministas brancas, por serem progressistas em relação às questões raciais, opunham-se ao Juiz Thomas tendo em vista a questão sexual (HALL, 2006, p. 20). Estavam ainda em questão, aspectos relacionados à classe social, uma vez que se tratava de um juiz membro da elite judiciária e de uma funcionária subalterna.

No caso, Stuart Hall (2006, p. 20-21) constatou que as identidades eram contraditórias, atuando tanto fora, na sociedade atravessando grupos políticos, quanto dentro, no sentido da interiorização de cada indivíduo.

Concorda-se com Stuart Hall no sentido de que as pessoas não identificam mais seus interesses sociais exclusivamente em termos de classe ou raça, os quais não podem servir como motivo para uma única agregação que impulse o discurso, não representando um interesse unificado para fins de mobilização, reconciliação ou representação dos variados interesses e identidades sociais e culturais. A identidade muda de acordo com a forma como o sujeito se representa e se reconhece numa sociedade, e desta forma, mudam-se igualmente os interesses sociais, não havendo uma homogeneidade predeterminada entre eles.

No que se refere às relações humanas nota-se certo caráter volátil e de fragilidade, mas paradoxalmente, observa-se que, apesar de forte predominância individualista, há um elo que liga os homens em torno da própria preservação, o que vai influir na proteção maior de determinados interesses que a esta se encontrem relacionados, apresentando tais interesses em constante discussão e incorporação, podendo-se dizer que, visando à preservação a discussão terá um constante caráter ampliativo.

O caráter volátil e de fragilidade das relações pode ser explicado pelo fato de que o comportamento humano foi idealizado para “o agir” em pequenos grupos (TELLES, 1978, p. 73), nos quais todos se conheciam, tendo em vista que o comportamento do homem foi moldado a exemplo das próprias tribos, sendo perceptível a necessidade “do agrupar-se”.

Na atualidade há vários grupos que procuram diferenciar-se por sinais característicos, como ocorria nas pequenas tribos, ocorre que, apesar de tratar-se de um grupo de desconhecidos, sempre haverá a necessidade de agrupamento e agregação em torno da própria preservação, mesmo que existam interesses específicos ou destoantes em cada grupo, constituindo aqueles, interesses gerais a serem tutelados.

Percebe-se, então, um novo sujeito, o sujeito em rede, que se liga a outros sujeitos ao nível territorial ou extraterritorial. O sujeito passa a ter preocupações com os direitos de existência, mais abrangentes que os direitos humanos, possuindo, mesmo que de forma incipiente a consciência de um sistema que necessita da colaboração máxima para a continuidade da existência de todas as formas de vida, além da sua, porque delas também depende a existência humana, apresentando-se um novo e ampliado interesse geral, que deve ser considerado nas decisões estatais.

Apesar da perspectiva globalizante, Zygmunt Bauman (2004, p. 123) considera que a política tende a ser crescente e conscientemente local, nesse sentido, mesmo os assuntos com fontes e causas globais só ingressariam no domínio das preocupações políticas por meio de suas ramificações e repercussões locais.

Não há que se negar a prioridade dos interesses locais de uma comunidade, ocorre que o interesse local é permeado por vários outros tipos de interesses que transpõem as suas fronteiras e influem na sua configuração, assim, não se mostra possível em todo tempo, admitir-se um interesse exclusivamente local sem considerar condicionantes externas que sobre ele influem.

4.4.2 O interesse público e o interesse das massas

A discussão dos grupos sociais, a interligação entre o pensamento das majorias e das minorias é que vai renovar o tecido social, e esta discussão depende

de mais um ator, o Estado, que será aquele que, conforme a aderência da discussão para proteção de um determinado interesse pela sociedade, procederá a sua positivação, estando tal processo sujeito a constante discussão na democracia contemporânea.

O marco para a incorporação de novos interesses será a discussão social, a qual se apresenta em constante tensão e rediscussão na mesma medida em que se verifica o dinamismo da sociedade e as suas novas formas de argumentação e busca de respostas. Neste sentido, considerado um núcleo essencial não alterável e as diretrizes constitucionais, encontram-se os interesses e valores em constante propósito de discussão e incorporação, observada a evolução histórica e social para conformação do interesse geral.

A indagação de se poder considerar interesse público o que dizem as massas ou a opinião pública, apresenta relevância, mas o interesse geral vai muito além do que pensa a opinião pública, muito embora não se deva desconsiderar a sua inquietação, levando-se ao debate público as questões levantadas.

Harwood Childs em meados do século XX, referindo-se à sociedade americana, considerou de uma forma um tanto simples, que o interesse público é o que a opinião pública diz que é. Argumentou que não se conseguiu chegar a um acordo sobre o que seja o interesse público, considerando que o conceito mais idealista de interesse público verificou-se a partir da Primeira Guerra Mundial, indicando que Teorias de relativismo e pragmatismo tentaram dar certo cunho filosófico à situação, mas em meio às incertezas e perplexidades, os cientistas sociais alegaram nada ter a ver com questões de valores, de responsabilidade social e de interesse público, acrescentando:

A minha tese é que o interesse público, no que concerne aos Estados Unidos, é, e somente pode ser aquilo que o público, a opinião da massa, diz que ele é. Por opinião da massa, entendo as opiniões coletivas do povo norte-americano considerado como um todo. [...] A teoria norte-americana de ajustamento social e de interesse público vem-se divorciando gradativamente de outras noções que prevaleceram há algum tempo. [...] A teoria de que a revelação divina através de canais humanos específicos deu a um homem ou a um grupo de homens uma visão prévia monopolista do interesse público tem-se tornado cada vez menos convincente. Descobriram as massas que há menos perigo em aceitar que a divindade revela o interesse público através da mente das massas do que em acreditar que ela revela esse interesse através de indivíduos ou grupos especialmente inspirados. [...] Houve uma época em que as igrejas pretendiam ser os únicos repositórios do ponto de vista divino quanto à verdadeira natureza do interesse público, mas o impacto persistente das transformações sociais forçou-as a recuar, pelo menos no que tange aos assuntos temporais. A

invenção da imprensa no século XV, a Renascença e a Reforma, as explorações geográficas e a revolução industrial iniciaram uma cadeia de acontecimentos que acabaram por solapar a posição da Igreja como única fonte de verdade e revelação. O advento do fascismo e do nacional-socialismo parecia marcar o ressurgimento que estas elites ditatoriais, que se apossaram do poder, tem o cuidado de indicar que a fonte de sua vontade e inspiração é realmente a opinião pública. Os céticos observam, todavia, que às vezes os ditadores são forçados a utilizar o ardiloso argumento de que sua vontade pode ser, em certas ocasiões, uma expressão mais verdadeira da opinião pública do que os votos do eleitorado nas urnas (CHILDS, Harwood L. Que é interesse público. In: Relações públicas, propaganda e opinião pública. 2ª. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1967, p. 27-43).

Para haver alguma possibilidade de considerar o interesse público extraído do que dizem as massas devem ser investigados os fatores que as influenciam, verificando-se a importância da análise crítica do discurso. Há vários fatores que podem ser objetivamente identificados, como aqueles políticos, sociais e econômicos. Muitas vezes, valendo-se da inexperiência social, em termos de atuação política, pode-se levar a inquietações por questões desnecessárias ou mesmo ilegítimas de grupos que procuram beneficiar-se da manipulação política, no caso, o que se percebe é que não há um verdadeiro discurso, porque um dos atores não tem a necessária consciência discursiva.

Muito embora não se possa negar a entrada de certos grupos no discurso, deve-se considerar a existência de padrões éticos que conduzem ao fechamento do discurso sobre determinados temas, os quais deixam de ser considerados de interesse geral por uma determinada sociedade. Pode-se dizer que a norma fundante de uma determinada sociedade quando positiva os valores por esta estabelecidos pode dispor sobre alguns padrões de fechamento do discurso. Assim, quando se encontra positivado que não haverá tortura, o discurso em torno da admissão da tortura encontra-se fechado, ou seja, o discurso conforma-se a certos padrões estabelecidos constitucionalmente como mínimos de eticidade.

Conclui-se, pois, que a opinião das massas não deve ser desconsiderada, mas a discussão e a decisão dependem de conformação constitucional prévia aos interesses e valores positivados, considerando-se, igualmente a existência de adequação à ideia de justiça e aos direitos de existência, abrangidos os decorrentes da ordem interna e aqueles decorrentes de tratados internacionais em torno dos direitos humanos.

Associa-se por vezes, o interesse das massas a um estado de felicidade. Evidencia-se que o interesse geral não significa a felicidade do povo. A felicidade é

um conceito não mensurável objetivamente. Admitir que o Estado tenha como um dos seus objetivos a felicidade do povo é uma idealização desnecessária, porque a nada pode levar. O que não é mensurável objetivamente, sendo um conceito subjetivo, não pode se traduzir em concreção estatal.

Pode-se dizer que há como mensurar um nível de estar social que é como o sujeito se encontra e se reconhece na sociedade, este é verificável objetivamente, mas isto não é o mesmo que felicidade que não possui uma mensuração social objetiva. Advirta-se, porém, que o estar social não se confunde com o interesse geral, muito embora possa evidenciar a sua concreção ou a negativa dessa concreção através das diretrizes políticas estabelecidas por um determinado Estado.

Observa-se que não há coincidência ou similaridade entre interesse público e interesse das massas, mesmo porque há que se investigar o discurso que se encontra presente e quais os interesses que lhes movem. Apesar de não haver tal coincidência, a legitimidade das decisões estatais no que diga ao interesse público deve considerar os anseios do povo, considerada a sua diversidade, bem como os aspectos de cada comunidade interligados aos ideais de justiça e as diretrizes constitucionais para fins de sua delimitação.

4.4.3 Interesse público e direitos humanos

As preocupações coletivas transpõem as fronteiras territoriais, passando o interesse geral a englobar o interesse universal de existência. Em decorrência, apresentam-se dois grandes grupos de interesses, quais sejam: aqueles que se referem aos direitos humanos e aqueles referidos ao meio ambiente, assim, apesar das diversidades, todo o interesse geral, também vai sofrer o influxo desses interesses por dizerem respeito a toda a humanidade.

Contudo, os interesses em relação aos direitos humanos, não parecem indicar nenhuma moral transcendente e inerente ao homem. No homem não há nada de divino, sendo a aproximação com a divindade durante o correr dos séculos, apenas uma das justificativas para encobrir a irresponsabilidade de suas próprias ações, ou para assegurar o regramento das condutas humanas. No homem, não há nada transcendente, muito dependendo da historicidade. A moral, a ética, os direitos, vêm com o transcorrer dessa história.

Pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 a comunidade internacional considerou a concretização dos direitos humanos como causa de interesse de toda a humanidade. Olaya Hanashiro (2001, p. 20) indica que ao aderir aos documentos internacionais, os Estados abdicam de parcela de sua soberania, permitindo que a comunidade internacional observe, opine e até mesmo julgue a atuação interna desses Estados.

Transforma-se então o indivíduo, de objeto a sujeito internacional, processo que vai ocorrer principalmente após a Segunda Guerra Mundial, passando o direito internacional a regular não só as relações entre Estados e outras entidades, como também entre os indivíduos (HANASHIRO, 2001, p. 20).

Perceptível que deve haver conformação do interesse geral às normas supranacionais de proteção à pessoa humana, cabendo dizer que o respeito à pessoa é a dimensão mais plena de todos os outros direitos, de liberdade, de igualdade, de solidariedade. Nesse sentido há um interesse geral territorial, e um interesse geral supranacional de proteção à existência humana, admitindo-se que a violação humana que produza um processo de coisificação pode relativizar o conceito de soberania para fins desta proteção.

A autodeterminação democrática para Jürgen Habermas (2007, p. 174) refere-se à participação homogênea de cidadãos livres e iguais no processo decisório e de legislação, alterando-se com a democracia a espécie e o exercício da soberania interna, uma vez que o Estado democrático de direito revoluciona o fundamento da legitimação do poder. A partir do conceito de soberania do direito público internacional clássico ocorre a proibição de intromissão nos assuntos internos de determinado Estado, mas observa Habermas que o princípio da não intromissão foi minado durante as últimas décadas, especialmente pela política dos direitos humanos, e adverte:

O ponto vulnerável da defesa global dos direitos humanos, de sua parte, é a falta de um poder executivo que possa proporcionar à Declaração Universal dos Direitos humanos sua efetiva observância, inclusive mediante intervenções no poder soberano de Estados nacionais, se necessário for. Como em muitos casos os direitos humanos teriam de se impor à revelia dos governos nacionais, é preciso rever a proibição de intervenções prevista pelo direito internacional (HABERMAS, p. 2007, p. 213).

Paulo Bonavides (2006, p. 573) entende que a nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia, acrescentando que, essa nova universalidade procura

subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração (direitos individuais, sociais e difusos) na titularidade do indivíduo, que deixa de ser considerada de um determinado lugar ou comunidade, para ser qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade (BONAVIDES, 2006, p. 574):

Os direitos humanos tomados pelas bases de sua essencialidade primária, são assim os aferidores de legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em uma sociedade democraticamente organizada.

Por sua vez, Aloísio Kröhling (2009, p. 44) acrescenta que a concepção atual dos direitos humanos é fruto de um longo processo histórico de agregação de valores percebidos e conquistados na luta como fundamentais à condição humana e à convivência coletiva, indicando que esses direitos estiveram inseridos nas diversas sociedades num processo dialético de construção, desconstrução e reconstrução, alcançando em certos países um consenso moral em torno da sua concretização.

Tais direitos, entretanto, trazem também em sua essência, uma ideia geral de preservação das gerações. A necessidade de preservação vai estabelecer os interesses gerais de um determinado grupo e a necessidade de regramentos. Logo, pode-se admitir o surgimento do interesse geral com o próprio convívio nas comunidades, sendo que, com a evolução social, a sua positivação se dará através da norma jurídica e vai regular tanto o interesse do grupo quanto do indivíduo.

Assevera-se que tais interesses não são estanques, e vão admitir historicamente, mesmo que de forma nem sempre tranquila, a incorporação de novos interesses, através de discussão social e desenvolvimento sócio-cultural, passando a ser interesses tutelados por todo o corpo social, sendo inseridos através da positivação no campo da tutela jurídica.

Na incorporação de novos interesses, não se deve perder a perspectiva de que aqueles que digam respeito aos direitos humanos poderão sofrer uma constante ampliação protetiva, não podendo, entretanto, retroceder, adquirindo uma nova dimensão de proteção. Assim, os valores positivados podem ser revistos pela sua própria dinamicidade, tendo em vista a existência ou incorporação de um direito de maior abrangência.

Deve-se considerar a existência de aderência entre interesse público e direitos humanos, devendo haver conformação das decisões estatais aos direitos humanos para fins de legitimidade.

4.4.4 Interesse público e conhecimento mínimo ético: a questão dos comportamentos, dos padrões morais e das normas jurídicas

Admite-se neste trabalho, a existência de conhecimento mínimo ético comum aos homens estabelecido como padrão de aceitabilidade social, advindo do processo de civilização que os integrou, sobre determinados interesses e valores, devendo considerar não obstante, a existência de variantes ou especificidades, tendo em vista as situações concretas, diante da diversidade social, cultural e econômica das sociedades, segundo as bases em que foram construídas, possuindo um conteúdo de historicidade, considerando-se igualmente, um núcleo essencial de proteção que não admite alteração para fins de diminuir-lhe a abrangência.

Deve haver conformação do interesse público com os valores morais de uma determinada sociedade, ou seja, a partir do momento em que haja desconformidade entre o interesse público alegado pelo Estado e o sentido de moralidade de uma determinada sociedade, a decisão estatal perde conteúdo de legitimidade, o que se percebe na postura estatal em relação ao fechamento de logradouros públicos em detrimento do uso comum do povo, conforme a seguinte Jurisprudência:

EMENTA: CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO POPULAR - PERMISSÃO DE DIREITO REAL DE USO - FECHAMENTO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS - BENS DE USO COMUM DO POVO - LEI MUNICIPAL N.º 8.768/04 - VIA EM 'CUL-DE-SAC' - FECHAMENTO - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE - BAIRRO DA CAPITAL MINEIRA - INAPLICABILIDADE - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA - AGRAVO RETIDO - DESPROVIMENTO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - REJEIÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - CONDIÇÃO DE AÇÃO - PREJUÍZO - PRESENÇA. 1 - Ausente o prejuízo decorrente da falta de intimação dos recorridos para se manifestarem a respeito do agravo retido, não há falar em acolhimento da nulidade. 2 - Uma vez constatada a prescindibilidade da produção probatória, à luz do art. 330 do CPC, rejeita-se a arguição de cerceamento de defesa aventada pelas partes, em sede de agravo retido. 3 - Tratando-se de ação popular em que se discute o livre acesso da coletividade a bens públicos de uso comum do povo, restringido por ato da Administração Pública do Município de Belo Horizonte, patente está o elemento lesivo - condição de ação - que os atos questionados com fundamento nas alíneas 'a' a 'e' do art. 2º da Lei n.º 4.717/65 encerram. 4 - Se o julgador declina as razões de seu convencimento, não padece de

nulidade por falta de fundamentação a sentença, cuja validade depende da correlação lógica entre os fundamentos, o dispositivo e a matéria revolvada nos autos. 5 - Na esteira de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a colocação de obstáculos à circulação de pessoas e restrição de acesso às ruas e praças de uso comum do povo exige desafetação, orientada com base no interesse público, em conformidade com os ditames constitucionais, a lei de normas gerais e a legislação local. 6 - Seja por interpretação literal, seja à luz dos ditames constitucionais, a expressão 'via com cul-de-sac ou com característica semelhante que faça recomendar seu fechamento' - inserida na Lei Municipal n.º 8.768/04, art. 1º, § 1º - não se aplica a um bairro inteiro da Capital Mineira, com expressão urbanística relevante e inserção determinante na função social da cidade, enquanto 'locus' de fruição do espaço urbano para integração da coletividade. 7 - É nulo o Decreto Municipal n.º 11.746/04 e, por conseguinte, o correspondente Termo de Permissão de Direito Real de Uso outorgado à Associação Comunitária Bairro Mangabeiras - Parte III, em razão de a Administração Pública municipal haver atribuído ao art. 1º, § 1º, da Lei Municipal n.º 8.768/04 alcance não abrangido por sua 'mens legis'. 8 - 4ª apelação não conhecida, agravo retido não provido, preliminares rejeitadas, sentença confirmada, em reexame necessário, e demais apelações principais e adesiva prejudicadas.

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência da Desembargadora TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NÃO CONHECER DO 4º RECURSO VOLUNTÁRIO, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR PRELIMINARES, E CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADOS OS DEMAIS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.¹²

Constou do acórdão:

PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO POPULAR

Ao fundamento de que não haveria lesão ao patrimônio público, os recorrentes pretendem seja reconhecida a ausência de condição da presente ação popular, entretanto, é cediço que os aspectos de lesão para os efeitos da ação constitucional prevista no inc. VXXIII do art. 5º da Constituição da República não se limitam aos patrimoniais pecuniários.

De fato, a ação popular é o meio processual posto à disposição do cidadão que vise a "anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento das custas judiciais e dos ônus da sucumbência" (CR/1988, art. 5º, inc. LXXIII).

Assim, os requisitos dessa ação de natureza constitucional são, no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, a condição de eleitores apresentada pelos autores, a ilegalidade do ato decorrente de vício formal ou substancial, incluído o desvio de finalidade, e, por fim, a lesão daquele ato ao patrimônio público - na sua mais ampla acepção -, à moralidade administrativa e a outros valores consagrados na Constituição da República de 1988, inclusive no tocante aos valores urbanísticos.

¹² Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – 8ª. Câmara Cível, Apelação Cível 1.0024.05.860138-6/004. Relator Desembargador Edgard Penna Amorim. Publicado no Diário Oficial de Minas Gerais em 09.06.2010.

A este respeito, calha transcrever a lição elucidativa do processualista Rodolfo de Camargo Mancuso:

"Nossa posição a respeito parte do princípio de que a lei não contém palavras supérfluas e o fato é que o texto constitucional não fala em 'ilegalidade' ou 'ilegitimidade', mas sim em ação popular que 'vise a anular ato lesivo". Quer dizer, a lesividade do ato há de ser, em princípio o 'leit motiv' da ação, sua causa próxima mais evidente. Casos até haverá (não serão a regra) em que tal seja a enormidade da lesão, que a ilegalidade virá por assim dizer 'embutida', presumida, ínsita na lesão mesma. Nesse sentido, José Afonso da Silva: 'Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato'.

A seu turno, aduzia o saudoso Hely Lopes Meirelles: 'Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais e históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser 'efetiva' quanto 'legalmente presumida', visto que a lei regulamentar estabelece casos de 'presunção de lesividade' (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias, para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito (STF, RTJ 103/683). Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração de 'ilegalidade' e 'da lesão efetiva' ao patrimônio protegível pela ação popular. Sem estes três requisitos - 'condição de eleitor, ilegalidade e lesividade' - que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular.'" ("In" Ação popular. Proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003, p.103; destaques do original.)

Há, como visto, o destaque para o aspecto lesivo do ato a ser apurado em sede de ação popular, cujo objeto foi consideravelmente estendido pela Constituição de 1988, ao incluir expressamente a noção de lesão à moralidade administrativa, dentre o já resguardado patrimônio público mencionado no art. 1º e § 1º da Lei n.º 4.717 de 29/06/65. Na espécie, o que se discute é, dentre outras coisas, o livre acesso da coletividade a bens públicos de uso comum do povo, que, segundo a inicial, estaria sendo restringido de maneira contrária à Constituição da República e à Lei, com a participação determinante da Administração Pública do Município requerido.

Lado outro, o exame da inicial revela que as causas de pedir da inicial correspondem, em tese, às hipóteses previstas nas alíneas "b", "c", "d" e "e", do art. 2º da Lei n.º 4.717/65 (f. 10), "in verbis":

[...] Portanto, não há dúvidas sobre a potencial lesão dos atos questionados na inicial e a ocorrência plena das condições da presente ação, na qual é cabível o controle judicial na forma como pretendida pelos autores populares. Diante do exposto, rejeito a preliminar de carência de ação.

Frederich Müller afirma que a convicção dos participantes do ordenamento jurídico a respeito das normas morais fundamentais indispensáveis ao convívio humano é passível de concretização possuindo realidade como integrante do ordenamento jurídico, não as substituindo de forma legítima os postulados (MÜLLER, 2009, p. 120-121). Assim, a Corte Constitucional alemã julga decisivo de acordo com investigação sociológica objetiva se uma norma de comportamento é universalmente reconhecida como lei moral no âmbito de validade do ordenamento

jurídico a ser concretizado e se ela é vista como obrigatória, não exigindo, contudo, validade a ser cegamente aceita ou obrigatoriedade incondicional:

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal quer que os aspectos da lei moral defendidos por ele no caso particular sejam entendidos como proposições do dever-ser, dadas previamente, como proposições que determinam o convívio humano independentemente de serem reconhecidas pelos destinatários da norma como sistema de valor a ser aceito.

A concretização do direito no Estado Democrático de Direito deve empenhar-se para abandonar o campo dos “credos” que se pautam em conclusões metodicamente precipitadas e trabalhar elementos de argumentação que possam ser concretamente, no sentido de racionalmente, examinados e discutidos no âmbito da ciência do direito, ou seja, que de um modo bastante específico constituam-se como elementos de relativa objetividade. Nesse sentido, “a natureza das coisas” não pode ser um enunciado global indistinto, mas apenas o resultado de análises estruturais que possam ser delimitadas e que procedam a uma distinção racional. A delimitação deve ater-se, sobretudo, à norma jurídica a ser concretizada e a seu espaço normativo de atuação, que, ao mesmo tempo, define o campo do questionamento empírico (MÜLLER, 2009, p.120).

Não é de se negar que a sociedade tenha uma ideia mínima advinda tanto dos processos de socialização quanto do processo de civilização, sobre determinados interesses e valores que influem na determinação do interesse geral, mas, justamente por se tratarem de processos evolutivos sociais, não levam à conclusão de uma predeterminação da natureza humana sobre tais aspectos. A necessidade de sobrevivência é uma das concepções iniciais dos homens, podendo daí ter surgido a necessidade de agrupar-se primitivamente, e do estabelecimento de certos padrões e condutas para sua garantia.

Os comportamentos sempre foram regulados por normas de conduta. Nos grupos primitivos organizados sob uma temática predominante religiosa e mística, os fenômenos naturais que ocasionalmente produzissem algum malefício eram considerados como resultantes da cólera das divindades (*totem*), em decorrência de fatos praticados dentro desses grupos e que exigiam reparação. Para abrandar a ira das divindades, criaram-se proibições religiosas, sociais e políticas, denominadas *tabu*, cuja inobservância acarretaria o castigo, nas quais os valores e interesses do grupo ou aqueles que o grupo entendesse como corretos deveriam prevalecer para o convívio social, estabelecendo-se em princípio um interesse coletivo homogêneo que visava assegurar a sobrevivência do grupo.

Adolfo Sánchez Vasquez (2010, p. 40) considera que os homens primitivos pela própria fragilidade de suas forças diante do mundo determinaram a união de esforços para multiplicação do seu poder, assumindo o trabalho um caráter coletivo,

transformando o fortalecimento da coletividade numa necessidade vital. Assim, o caráter coletivo do trabalho e da vida social garantiu a subsistência e a afirmação da tribo. Aparecia, assim, uma gama de normas ou prescrições não escritas a partir dos atos dos membros da tribo que beneficiavam a comunidade, observando, desta forma, o nascimento da moral com a finalidade de assegurar a concordância do comportamento de cada um com os interesses coletivos.

Segundo Vasquez (2010, p. 41) verifica-se nesse período que a moral primitiva implicava numa regulação do comportamento de cada um de acordo com os interesses da coletividade, o sujeito via-se como parte aderida à comunidade, correspondendo o conceito de justiça ao mesmo princípio da justiça coletivista, assim, o coletivo absorvia o individual. Com a evolução social a aderência completa do homem ao coletivo transmuda-se, evidenciando um novo relacionamento entre o indivíduo e a comunidade, verifica-se que os elementos de uma moral mais elevada se baseiam na responsabilidade pessoal, considerando Vasquez (2010, p. 42) que *“as condições econômico-sociais que tornarão possível a passagem para novas formas de moral serão exatamente o aparecimento da propriedade privada e a divisão da sociedade em classes”*.

O que se quer ressaltar é que os comportamentos, os valores e interesses são aprendidos numa sociedade através dos processos evolutivos sociais com o estabelecimento de certos padrões que são incorporados para fins de convívio coletivo, bem como através das transmissões culturais das sociedades, agregando-se interesses comuns, muito embora não homogêneos, remetendo à própria garantia de sobrevivência humana.

Verifica-se, muito embora a diversidade e complexidade social, que o interesse geral ainda assume certa perspectiva de preservação coletiva e individual, aparecendo a relevância da proteção estatal, no sentido da existência do grupo social (preservando todos os aspectos que garantam a sobrevivência em quaisquer de seus aspectos) e de seu poder enquanto grupo, diante de outros grupos (soberania e todos os aspectos inerentes, como forma de agregação e sobrevivência, na sua forma interior e exterior).

Observa-se, por outro lado, que há na sociedade certa dificuldade de aceitação de novos valores, interesses ou ideias, exigindo a demonstração de que o corpo social não sofrerá desagregação, não sendo indiferente quando se trata de

estabelecer parâmetros em torno do interesse geral, demonstração que nos regimes democráticos se dará através da argumentação e discussão pública.

Indagação relevante é se admitir o fechamento do discurso em torno de temas que envolvam aspectos éticos pode ser causa que obsta a liberdade. O discurso deve pressupor a preexistência de um mínimo de eticidade que consiste na observância dos valores positivados na norma constitucional para o convívio humano, bem como nas normas internacionais de proteção ou outros valores que vierem a ser agregados, até se chegar à máxima aplicação para preservação da existência, considerada nesta a dignidade humana, considerando-se não obstante, que antes de limitar-se uma determinada discussão, o que se admite através da perspectiva constitucional, tenha havido um discurso anterior de justificação.

Esta indagação sobre a liberdade pode ser evidenciada quando Katie Argüelo (cf. GABARDO, 2009, p. 73) questiona: “[...] se os seres humanos não podem escolher o mal, poderiam ainda ser considerados livres?” Emerson Gabardo (2009, p. 73) argumenta que é difícil imaginar que se possa conhecer o homem sem que se reconheça alguma aceitação do mal.

A liberdade não é absoluta a partir do momento em que todas as liberdades se interligam em cadeia; pode-se escolher o agir de uma ou outra forma, mas a democracia, que pressupõe a liberdade não permite que o agir em nome de uma liberdade absoluta possa interferir na liberdade de outro sujeito, porque a liberdade individual encontra-se interligada à liberdade de vários outros sujeitos, por vinculação normativa.

Assim, sendo os valores aprendidos através dos processos evolutivos, percebe-se que o processo de integração social é que vai fazer com que os homens consigam lidar com tais valores em relação ao outro, apresentando-se então comportamentos em relação à própria preservação e convívio humanos que serão considerados inaceitáveis socialmente. Neste sentido, apresentam-se os regramentos, que também são construídos com a observância dos padrões morais, ou seja, o interesse geral encontra-se igualmente conformado pela moral de uma dada sociedade, não obstante apresentarem-se tanto variantes, quanto pontos comuns entre as sociedades.

Para Adolfo Sánchez Vasquez (2010, p. 212) os princípios junto com as normas que determinam o comportamento moral do indivíduo correspondem às necessidades e interesses sociais, apresentando-se a moral tendente a regular o

comportamento dos homens (VASQUEZ, 2010, p. 213), não sendo assunto exclusivo dos indivíduos, necessitando do exame das instâncias sociais que influem no seu comportamento moral e contribuem para a realização da moral como empreendimento coletivo (VASQUEZ, 2010, p. 216).

Percebe-se, por outro lado, que mesmo havendo padrões morais estabelecidos pelas sociedades na delimitação do interesse geral, tais aspectos podem não admitir uma aceitação social de todos os membros, apresentando pequenas diferenciações, o que não torna o interesse geral apenas por isso um interesse deslegitimado, a deslegitimação ocorrerá no que se refere a tal aspecto, quando houver contradição da ordem jurídica com os princípios morais, desde que estes não estejam em contradição com a ideia de justiça e com a preservação dos direitos de existência, abrangidos nestes os direitos humanos.

Sob a perspectiva filosófica, para Kant a razão humana forneceria aos homens uma capacidade moral de saber como agir diante de uma lei geral que todos por possuírem racionalidade estabelecessem para si, esse conhecer a moral seria quase um conhecimento do mundo, portando-se os indivíduos por um agir moral que lhes é inerente enquanto seres dotados de razão e conhecimento moral imanente, preexistindo uma razão sem correlação com empirismos, uma razão universal aplicável a todos os homens. Hare (1996, p. 17) considera que quando Kant referia-se aos juízos morais como imperativos, utilizava esse termo de forma ampliada, e que os juízos morais embora sejam semelhantes aos imperativos em alguns aspectos, em outros apresentam diferenciação.

O conhecimento das verdades universais em Kant é considerado conhecimento *a priori*, mostrando a experiência apenas como as coisas são de fato, mas não como devem ser, partindo-se do pressuposto que há no homem conhecimentos sintéticos *a priori*, não obstante possam os juízos universais basear-se na observação de casos particulares. Há a negação de que os conceitos tenham origem empírica, sejam advindos de experiência interna (desejos e emoções) ou de experiência externa (resultante dos sentidos). As leis morais são consideradas como leis *a priori*, distinguindo-se de tudo que há de empírico, devendo-se agir de tal modo em relação às leis universais, que a máxima daquele que age se torne uma lei universal.

//Mas que lei pode ser então essa cuja representação, mesmo sem tomar em consideração o efeito que dela se espera, tem de determinar a vontade

para que esta se possa chamar boa absolutamente e sem restrição? Uma vez que despojei a vontade de todos os estímulos que lhe poderiam advir da obediência a qualquer lei, nada mais resta do que a conformidade a uma lei universal das acções em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal. Aqui é pois a simples conformidade à lei em geral (sem tomar como base qualquer lei destinada a certas acções) o que serve de princípio à vontade, e também o que tem de lhe servir de princípio, para que o dever não seja por toda parte uma vã ilusão e um conceito quimérico; e com isto está perfeitamente de acordo a comum razão humana nos seus juízos práticos e tem sempre diante dos olhos este princípio (KANT, 2009, p. 36).

Kant opõe-se às teses centrais do empirismo, e igualmente a John Locke para quem a moralidade não tinha nenhum aspecto inato (SCHNEEWIND, 2011, p. 244), assemelhando-se a mente humana a uma folha de papel em branco, na qual a experiência iria imprimindo gradualmente certos conteúdos.

Em crítica ao racionalismo Schopenhauer considera que a causa do agir moral não se encontra na razão, porque esta serve tanto aos bons quanto aos maus, não cabendo a razão decidir por uma determinada ação, não obstante caiba a razão o reconhecimento da forma abstrata da relação entre sujeito e objeto (o que se pode denominar de julgamento).

Assim, a decisão pela ação caberia ao querer (vontade), influenciado por várias causas. A causa do agir moral para Schopenhauer seria também uma forma de conhecimento que influenciaria o querer, mas conhecimento intuitivo e não conhecimento racional. O fundamento da ética para Schopenhauer é o caminho empírico, sendo o mundo exterior conhecido pela sensibilidade (intuição) organizada pelo entendimento regido pela lei da causalidade; trabalhando com o conceito de mundo como representação opôs-se as ideias de Kant para quem o entendimento é razão, sendo a causalidade um conhecimento abstrato que se relaciona com objetos do conhecimento também abstratos. Adverte, contudo, Aguinaldo Paixão (2009):

É preciso ainda dizer que a crítica de Schopenhauer à natureza prescritiva da ética em Kant parece não entender que o carácter prescritivo da ética significa tão-somente que o sujeito, ao reconhecer o valor moral de uma determinada ação (ou princípio da ação), reconhecerá, ao mesmo tempo, que tal ação ou princípio traz consigo uma exigência para seu acatamento, quer dizer, ele reconhecerá que há uma razão para agir com base nesse princípio. Isso, como se pode ver, não implica qualquer proselitismo filosófico, mas simplesmente o reconhecimento de como “funciona” moralmente o entendimento comum.

Em Durkheim observa-se que todo ato moral compreende o dever e o bem, o primeiro corresponde à obrigatoriedade de uma regra moral, não realizando o

homem certos atos apenas porque há uma regra moral incidente. Durkheim segundo Yves de La Taille (1992, p. 55-56) considera a existência de imperativos categóricos (o dever como um fim em si mesmo), contudo, afasta-se de Kant o qual separa rigidamente a razão e sensibilidade. Para Durkheim é psicologicamente impossível perseguir um fim que não toca à sensibilidade humana, indicando que além do caráter de obrigatoriedade, toda regra moral tem o caráter de desejabilidade, concluindo não obstante que aliar obrigatoriedade à desejabilidade pode constituir uma contradição, tendo em vista que o caráter específico da obrigação será em alguma medida o de violentar o desejo. Contudo, no campo específico da moral o objeto que despertará no ser humano o sentimento complementar de obrigatoriedade e desejo será a sociedade.

Adolfo Sánchez Vasquez (2010, p. 253) considera a existência de cinco critérios fundamentais de justificação das normas morais, quais sejam:

- a) justificação social, uma vez que toda norma corresponde a interesses e necessidades sociais, desempenhando a norma moral a função social de garantir o comportamento dos indivíduos de uma comunidade numa determinada direção, assim, apenas a norma que exige o comportamento adequado, considerando-se *“a que se ajusta a estes interesses e necessidades, justifica-se e é válida na comunidade social respectiva. A validade de uma norma é, portanto, inseparável de certa necessidade social”* (VASQUEZ, 2010, p. 253);
- b) justificação prática no sentido de que toda norma implica uma exigência de realização, sendo guia de uma ação, pretendendo regular o comportamento dos indivíduos ou de um grupo social de acordo com os interesses da comunidade (VASQUEZ, 2010, p. 254);
- c) justificação lógica, pois, as normas não existem isoladas, formando parte de um sistema que não deve contradizer-se por coerência interna (VASQUEZ, 2010, p. 255);
- d) justificação científica, no sentido de que a norma se justifica cientificamente quando além de se adaptar à lógica, haja idêntica adaptação aos conhecimentos científicos conhecidos, ou seja, as normas tendentes a regular o comportamento entre os homens não devem entrar

em contradição com os conhecimentos científicos já comprovados (VASQUEZ, 2010, p. 256);

- e) justificação dialética, vez que um código moral com as normas que o integram é produto humano, e como tal, forma parte do processo prático histórico da humanidade que abrange um processo moral histórico, ou seja, *“Dado que a história da moral tem um sentido ascensional [...], uma norma ou um código moral se justificam pelo lugar que ocupam dentro deste movimento progressivo”* (VASQUEZ, 2010, p. 257).

Desta forma, na justificação dialética encontram-se tais normas dentro de um movimento ascensional, e não como algo imutável e fixo, contudo, adverte Vasquez (2010, p. 258-259) que:

Pelo contrário, existem normas que, embora no passado e no presente sirvam aos interesses de uma comunidade social determinada – como, por exemplo as normas primitivas antes citadas ou as normas racistas ainda em vigor -, não se podem justificar dialeticamente, porque não trazem elementos positivos suscetíveis de se enriquecer ou de se integrar numa moral superior ou universalmente humana. Logo, uma norma moral se justifica dialeticamente quando contém aspectos ou elementos que, no processo ascensional moral, se integram em um novo nível, numa moral superior.

Fredrich Müller (2009, p. 121) entende que as prescrições da lei moral não estabelecem normas, mas critérios de ética jurídica, disponibilizando princípios que primeiro devem ser concretizados no âmbito do ordenamento jurídico, devendo ser orientados ao centro das situações concretas determinadas pelos dados reais.

Por sua vez, Jürgen Habermas considera que há ações cujas escolhas são propiciadas pela racionalidade, numa questão de adequação aos fins, sendo, por assim dizer, ações materiais cotidianas, mas indica que há casos em que a razão não é a causa do agir. Aquilo que se deve fazer de uma maneira racional trata-se de uma escolha racional dos meios, em relação a moral há um entrelaçamento de identidades e interesses de vida partilhados, dependendo de como o problema se põe, a questão “que devo fazer” assume um significado pragmático, ético ou moral, sendo que as questões que lhe são correspondentes exigem um tipo de resposta diferente das éticas e morais, apenas a vontade conduzida pelo conhecimento moral seria uma vontade autônoma.

Kant chama de máximas àquelas regras de ação próximas da situação (*situationsnah*) e mais ou menos triviais pelas quais a prática de um indivíduo se orienta habitualmente. Trata-se, lá, de uma reflexão ética; aqui, de uma reflexão de natureza moral — embora ainda num sentido restrito. Porque o resultado dessa reflexão sempre permanece preso à perspectiva pessoal de um determinado indivíduo. Minha perspectiva é determinada por minha compreensão de mim; e, conforme a maneira de como gostaria de viver, uma postura indolente para com manobras de engodo pode também ser aceitável se os outros se portam da mesma forma em situações comparáveis, tornando-me ocasionalmente vítima de suas manipulações. Mesmo Hobbes conhece a "regra de ouro" segundo a qual uma máxima como esta poderia eventualmente ser justificada. Para ele, é uma "lei natural" que cada um conceda também aos outros os direitos que exige para si. De um teste de universalização levado a efeito de maneira egocêntrica não se segue ainda que uma máxima seja aceita por todos como fio de prumo moral de seu agir. Essa conclusão seria correta apenas se a minha fosse *a fortiori* congruente com a de todos os outros. Aquilo que de minha perspectiva é igualmente bom para todos residiria de fato no interesse igual de todos apenas se minha identidade e meu projeto de vida refletissem uma forma de vida universalmente válida. [...] Para Kant, razão prática e moralidade coincidem; apenas na autonomia, razão e vontade são uma só. Para o empirismo, a razão prática resume-se a seu uso pragmático; com as palavras de Kant, ela reduz-se à utilização da atividade do entendimento segundo a racionalidade de fins. Na tradição aristotélica, a razão prática assume o papel de uma faculdade de julgar que esclarece o horizonte da história de vida de um etos que se tornou costumeiro. Em cada caso, atribui-se um desempenho *diferente* à razão prática. Isso se mostra nos diversos discursos em que ela se move (HABERMAS, Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Trad. Márcio Suzuki. Estudos avançados. Vol. 3, nº 7. São Paulo, set/dez, 1989).

Na teoria habermasiana os direitos humanos e o princípio da soberania do povo são as ideias nas quais é possível justificar o direito moderno (HABERMAS, 2003, p.133). As regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, embora possuam uma relação de complementaridade. Uma ordem jurídica apenas se legitima quando não há contradição com os princípios morais (HABERMAS, 2003, p.140-141), sendo que através dos componentes de legitimidade da ordem jurídica o direito e a moral adquirem uma relação de complementação recíproca. Mas, mesmo tendo pontos comuns, distinguem-se *prima facie*, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural ao passo que o direito adquire obrigatoriedade no nível institucional.

A validade das normas de ação se verifica quando todos os atingidos consigam dar o seu assentimento na qualidade de discursos racionais, diante do interesse simétrico de todos, “os argumentos decisivos têm de poder ser aceitos, em princípio, por todos os membros que compartilham nossas tradições e valorações fortes” (HABERMAS, 2003, p. 143). Desta forma, nos discursos de fundamentação moral o princípio do discurso assume a forma de um princípio de universalização

“nesta medida, o princípio moral preenche o papel de uma regra de argumentação” (HABERMAS, 2003, p. 144). O princípio moral se transforma, assim, num procedimento de ética do discurso para fins de estabelecer-se um juízo em relação à validade de uma norma moral.

Klauss Günther (2011, p. XI) entende que apenas desconsiderando as circunstâncias especiais do caso singular, pode-se considerar a existência de normas morais universais, não havendo viabilidade em solucionar conflitos morais de atuação por meio de integração num modo de vida comum, tendo em vista os diferentes modos de viver.

Apesar das considerações de Klauss Günther, no sentido de que uma total universalização de normas morais, levaria a desconsideração das diferenças das variadas culturas e modos de vida, é de se considerar a existência de um mínimo de conhecimento ético comum aos homens e que pode ser considerado como princípio diretivo em abstrato em relação ao interesse geral e às normas de conduta, mas que não advém de qualquer transcendência ou conteúdos inatos, os quais foram sendo incorporados através dos processos evolutivos sociais para o convívio humano e preservação do grupo social, podendo, através da discussão social atingir uma aceitação máxima como valores positivados, para fins de proteção.

Conclui-se, pois, que o interesse geral encontra-se permeado pelos padrões morais de uma dada sociedade, igualmente, devem as decisões estatais estar em conformidade com tais padrões para apresentarem-se legítimas, desde que os mesmos encontrem-se em conformidade com os ideais da justiça, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Na teoria de Klauss Günther (2011, p. 2) também se verifica a pretensão de busca por uma prescrição de condutas no campo da normatividade moral, procedendo-se uma distinção entre justificação que se situa no campo da moralidade e aplicação que se refere à juridicidade, desdobrando a universalidade em situações especiais, deduzindo a racionalidade das normas jurídicas diretamente das normas morais, conforme a razão prática, o que não ocorre em Jürgen Habermas, não havendo uma relação de dependência normativa entre direito e moral, mas uma relação de cooriginariedade e complementaridade.

O Direito para Klauss Günther (2011, p. 242-243) passa a constituir a relação entre os participantes do discurso, cujas normas válidas pressupõem o reconhecerem-se mutuamente como sujeitos de direito, sendo a validade do

princípio da reciprocidade obtida através de procedimentos nos quais estejam fixadas de modo genericamente válido, normas jurídicas positivadas que serão aplicadas de forma imparcial em um juízo orientado pelas circunstâncias do caso concreto.

O fato de que normas jurídicas são fundamentadas e aplicadas em discursos institucionalizados, segundo esses cenários, em nada muda o seu pleito por validade e adequação situacional. Esse pleito só será restrito à medida que os discursos satisfaçam duas condições: por um lado, requerem-se recursos de poder – de novo organizados segundo modelos procedimentais – a fim de neutralizar pesos desiguais de poder; por outro lado, recursos que produzam empiricamente decisões somente poderão ser utilizados se previamente já estiverem decididos, clara e inequivocamente os seus pressupostos. Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. Com isso, diferentemente do discurso prático, eles estão sob condições de exigüidade de tempo e de conhecimento incompleto (GÜNTHER, 2011, p. 243).

Nesta acepção a opção por uma determinada norma moral, nada indica sobre a sua fundamentalidade, devendo ser submetida a um procedimento de teste, que segundo Hare verifica-se quando se aceita essa norma para determinadas outras situações (GÜNTHER, 2011, p. 13), contudo, a avaliação de aceitação em situações semelhantes só terá validade dentro do alcance que o conteúdo semântico da norma atingir, sendo tal conteúdo seu pressuposto de fundamentação (GÜNTHER, 2011, p. 16).

Klauss Günther (2011, p. 224) considera que o significado de uma norma não se mostra posto, devendo em muitos casos estabelecer-se o significado através de uma regra de uso lexical, a qual deverá ser fundamentada, mas os significados relevantes somente se estabelecerão diante de uma dada situação, afirmando que neste caso, a norma deverá ser aplicada esgotadas as possibilidades de significados que puderem ser obtidos em uma descrição situacional completa.

O próximo estágio de argumentação de adequação aplica-se à resolução dos problemas de colisão, diante das situações concretas (GÜNTHER, 2011, p. 227) nas quais se saberá quais as normas ou variantes de significados poderão ser aplicados, indicando que o resultado *“também coincide com a ideia da fundamentação procedimental de normas, tais como aquelas que são características para o nível pós-convencional da argumentação moral”*, não obstante, as condições de aplicação não devem prejudicar a validade da norma (GÜNTHER, 2011, p. 228), considerando-se que uma norma é adequadamente aplicável se ela for compatível com todas as

outras normas que fazem parte de um modo de vida e passíveis de justificação em um discurso de fundamentação (GÜNTHER, 2011, p. 231).

O interesse geral permeia os comportamentos estabelecendo padrões sociais. Muitos não gostariam de cumprir as regras de conduta, mas as cumprem, seja pelo temor da reprovação social, seja pelo temor à reprovação estatal através das sanções; alguns as desconsideram, mas outros, independente da existência das regras de conduta escolhem certas ações como melhores para a preservação coletiva e individual, pouco importando a existência ou não da positivação. As regras de conduta podem derivar da aceitação de certos padrões entre os membros de uma determinada sociedade, mas podem não exprimir uma total coesão do pensamento ou do comportamento social, ressalvada em quaisquer dos casos a existência de um núcleo mínimo moral de conhecimento de todos os homens, adquirido através dos processos de evolução social.

A escolha em cumprir determinadas regras, independentes da positivação, pode ocorrer através de um processo de conhecimento, envolvendo inclusive a preexistência histórica em relação aos fatos sociais, sendo possível, aos que assim agem possuem vontade autônoma. Não se desconsidera que existem nos comportamentos que desconsideram totalmente as regras de conduta e os princípios éticos, vários outros fatores que não se relacionam apenas com o agir moral, podendo relacionar-se com aspectos biológicos e sociológicos, não se tratando de determinismo em quaisquer dos casos.

Os deterministas admitem a possibilidade da previsão precisa inclusive no estudo de comportamentos humanos. Karl Popper desconhece tal possibilidade, porque no conhecimento comportamental não é possível preencher os requisitos da determinabilidade, rejeitando o senso comum no sentido de haver eventos cuja precisão se assemelharia a de relógios e outros imprevisíveis como nuvens, vez que podem aproximar os relógios das nuvens, não havendo satisfação do princípio da determinabilidade:

De acordo com o ponto de vista baseado no senso comum, é difícil prever alguns fenômenos naturais, como a situação meteorológica ou o ir e vir das nuvens: nesses casos, falamos em “caprichos do tempo”. Por outro lado, falamos em “precisão de relógio” quando queremos descrever um fenômeno altamente regular e previsível. (POPPER, 2010, p. 243)

[...] Peirce assinalou que não podíamos afirmar que conhecíamos, por experiência, algo que se assemelhasse a um relógio perfeito ou algo que sequer se aproximasse da perfeição absoluta que o determinismo físico presumia. (POPPER, 2010, p. 247)

[...] Peirce concluiu que estávamos livres para conjecturar que havia uma frouxidão ou imperfeição em todos os relógios, o que permitia a intervenção de um elemento de acaso. Ele conjecturou que o mundo não era governado só por leis newtonianas rigorosas, mas também, ao mesmo tempo, por leis do acaso, da aleatoriedade ou da desordem, ou seja, leis da probabilidade estatística. Isso fazia do mundo um sistema interligado de nuvens e relógios, de modo que até o melhor dos relógios apresentaria em sua estrutura molecular, algum grau de nebulosidade. Ao que eu saiba, Peirce foi o primeiro físico e filósofo pós-newtoniano que se atreveu a adotar o ponto de vista de que, em alguma medida, todos os relógios são nuvens; em outras palavras, existem apenas nuvens, embora sejam nuvens com graus muito diferentes de nebulosidade (POPPER, 2010, p. 247-248).

Passerin d'Entrèves comparou as leis às regras de um jogo, no sentido de que há leis mais diretivas do que imperativas, o sujeito as obedece porque distintamente de outros entende estas regras como regras válidas (ARENDR, 2009, p. 122). Hannah Arendt (2009, p. 122) considera que todo homem nasce numa comunidade dotada de leis preexistentes, cuja obediência inicial se dá porque não há outra forma de entrar no jogo do mundo, não obstante alguns desejem mudá-las, como são os revolucionários, e ainda aqueles que querem abrir-lhes exceção, como os criminosos, mas indica que a negação em princípio implicaria na recusa de entrar para a comunidade humana, entendendo que é o apoio do povo que confere poder às instituições de um país e esse não é mais do que o consentimento que trouxe as leis à existência.

Observados tais aspectos em relação aos comportamentos sociais, existem objetivos comuns que as sociedades assumem para fins da preservação e convívio coletivos, como são os direitos de existência, aqui considerados os relativos aos direitos humanos e ao meio-ambiente, que decorrem de processos históricos, de socialização e conscientização humanas, devendo-se considerar que mesmo um objetivo geral comum, pode comportar peculiaridades específicas em relação a determinadas sociedades.

A legitimidade exigirá, portanto, uma necessária correlação entre lei e interesse geral, considerado este como um dos seus pressupostos de validade, tanto na conformação do comportamento social, quanto nas condutas estatais, mas a legitimidade das leis fora todas as condicionantes em torno do interesse geral, encontra-se na discussão de sua adequação e na representatividade popular. Hannah Arendt (2009, p. 57) cita que sob condições de um governo representativo supõe-se que o povo domina aqueles que o governam, sendo todas as instituições políticas

manifestações e materializações do poder que se petrificam e decaem tão logo o poder vivo do povo deixa de sustentá-las, acrescentando:

O dilema ordinário – ou a lei é absolutamente válida e, portanto, sua legitimidade depende de um legislador imortal e divino ou a lei é simplesmente uma ordem e nada há por trás dela senão o monopólio da violência do Estado – é uma ilusão. Todas as leis são “mais diretivas” do que “imperativas”. Eles dirigem o relacionamento humano como as regras dirigem o jogo. E a garantia decisiva de sua validade está contida na velha máxima romana: *pacta sunt servanda* (ARENDDT, 2009, p. 122).

Cabendo a titularidade do poder ao povo e este decidindo quais os seus valores fundamentais e interesses gerais a serem preservados, é de se constatar que a titularidade do poder, não admite substituição ou outorga a um só homem, e que a decisão em relação aos valores da sociedade, depende de correlação com valores máximos de efetivação dos direitos humanos, das garantias fundamentais e dos postulados de justiça estabelecidos previamente em sua norma fundamental para se constituir válida e legítima, não se admitindo decisionismos, que como a história demonstrou, apesar de uma sofisticada construção teórica, apresentou incongruências sobre a legitimidade das decisões baseada na “soberania do povo”, que, ao invés de reforçar a democracia, a fragilizava.

Ressalta-se, por outro lado, que é necessário que sejam estabelecidas bases constitucionais, nas quais se encontrem positivados valores que de forma alguma poderão ser atingidos por quaisquer tipos de manipulação discursiva. Nesse sentido indica Otto Bachoff (2008, p. 1-2) que o pressuposto da obrigatoriedade de justiça para o direito é a existência de um consenso social acerca de pelo menos as ideias fundamentais da justiça. Reconhecendo-se tal consenso, apesar das divergências, nos seguintes postulados da justiça, de evidência imediata (BACHOFF, 2008, p. 2): no respeito e na proteção da vida humana e sua dignidade; proibição de degradação do homem num objeto; direito ao livre desenvolvimento da personalidade; exigência da igualdade de tratamento e a proibição de arbítrio, e referindo-se às normas originárias, considera que uma norma constitucional pode ser nula, se desrespeitar em medida insuportável os postulados da justiça:

A validade (Geltung) de uma Constituição compreende a sua legitimidade em ambos os aspectos: a positividade, no sentido da sua existência como plano e expressão do poder efectivo, e a obrigatoriedade, no sentido da vinculação jurídica dos destinatários das normas ao que é ordenado. Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se e na medida em que o legislador tome em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica, e nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e

evite regulamentações arbitrárias. Mas, além disso, só existirá ainda – e nesta medida vou além do limite antes mencionado traçado por E.v.Hippel – se o legislador atender aos mandamentos cardeais da lei moral, possivelmente diferente segundo o tempo e o lugar, reconhecida pela comunidade jurídica, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente. Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de Georg Jellinek, um mínimo ético, a verdade é que não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito. O direito natural que for além deste mínimo pode, no entanto, ter significado como princípio regulativo para o legislador ou como princípio interpretativo, nos casos duvidosos não regulados por aquele inequivocamente: não será, por enquanto, mais do que isso (BACHOFF, 2008, p. 42-43).

O titular e destinatário do interesse geral é o povo, e o Estado deve encarregar-se da sua concretização. O interesse geral vai se encontrar positivado na norma que funda um determinado Estado, outros interesses poderão vir a ser agregados através da discussão pública e incorporação constitucional. O que se quer dizer, é que não pode haver cessão da representatividade do povo seja ao Judiciário ou à Administração Pública, para que substituam a vontade soberana estabelecida constitucionalmente na determinação do interesse geral, pois, tal não será diferente dos regimes autocráticos, constituindo a atividade de criação e inovação da ordem jurídica, na qual não haja a representatividade popular, em limitação da cidadania, atentando contra a Democracia.

O interesse geral que se encontra positivado no texto constitucional, não se encontra à liberdade da criação judiciária ou executiva, muito embora, diante do ordenamento jurídico, deva-se extrair o máximo de significado e concretização dos direitos, o que se percebe igualmente em Jürgen Habermas (2003, p. 52):

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.

4.5 Interesse público e discricionariedade: a questão dos conceitos jurídicos indeterminados

Ao se admitir a noção de interesse geral como aquele estabelecido pelo povo através de sua soberania na norma fundamental de um Estado, que vise garantir a própria existência desse povo e do Estado, além das condicionantes prévias ora estabelecidas, não há como se considerar o interesse público entregue à discricionariedade do Estado e tampouco admitir-se uma divisão entre interesses primários e secundários. Em tal sentido, todas as formas de denominação do interesse geral, são diferentes dimensões de um mesmo interesse, são formas destacadas do interesse geral considerado em sua totalidade, mas que de forma alguma se encontram dele dissociadas ou desvinculadas.

O controle dos atos da Administração Pública não se limita à mera legalidade no sentido de subsunção das situações à norma, exige-se mais, é necessário o controle de legitimidade das decisões estatais. Durante muito tempo na doutrina brasileira sustentou-se não caber qualquer exame em relação ao mérito da decisão administrativa, cabendo apenas o controle da legalidade, mas a subsunção de um fato à norma, nem sempre demonstrou satisfatórios resultados sob o ponto de vista da aplicabilidade do direito, caracterizando invariavelmente a mera subsunção, resultados desastrosos, sem se considerar as peculiaridades encontradas no caso concreto, o mesmo ocorrendo quando se utilizam conceitos vagos e imprecisos para fundamentar decisões administrativas, devendo haver muito mais que um controle de legalidade, mas de legitimidade das decisões estatais.

Como já referido, na tentativa de furtar-se à jurisdição civil estabeleceu a Administração Pública um modo peculiar de subtrair-se à fiscalização do Poder Judiciário, estabelecendo através da teorização procedida pela doutrina francesa, o contencioso administrativo e um direito próprio estatal. Tal teorização foi transposta para o direito brasileiro, que, apesar das peculiaridades, ainda demonstra dificuldade em aceitar o controle jurisdicional sobre certos atos administrativos, estabelecendo-se uma divisão para tal efeito quanto aos atos vinculados e atos discricionários, nestes últimos, procurando ressaltar aspectos de mérito, por afirmarem dizer respeito à conveniência e oportunidade.

Os atos dizem-se vinculados porque a lei não deixa opção à Administração Pública a não ser estabelecer e agir nos termos da determinação legal, não havendo

uma liberdade de ação no sentido de escolher uma outra forma senão a determinada na lei, sendo indiferente o agente que o pratique, porque o resultado terá que ser o mesmo. Diz-se que diante de um poder vinculado o particular possui um direito subjetivo de exigir a edição de um determinado ato (DI PIETRO, 2003, p. 205).

A discricionariedade por sua vez ocorre quando a lei deixa uma liberdade de ação à Administração Pública, segundo critérios de oportunidade e conveniência, podendo escolher entre adotar ou não uma determinada conduta, constituindo uma faculdade legal.

Não se deve pretender que haja discricionariedade na determinação do interesse geral, devendo haver apenas interpretação que deve partir do caso concreto em direção às diretrizes constitucionais estabelecidas e demais condicionantes prévias, conferindo ao conceito determinabilidade.

A consequência lógica é que no caso não se está diante de controle de mérito, porque, interesse público é conceito a se determinar diante do caso concreto, mas de forma alguma desvinculado da norma fundamental que lança as bases e diretrizes de um determinado Estado, não cabendo à Administração Pública escolher uma ou outra solução que lhe pareça conveniente ou oportuna, mas escolher apenas uma que se adequa à conformação e efetiva concretização constitucional.

Dois teorias assumem relevância em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam: Teoria da Multivalência (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 45) para a qual na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados podem surgir várias decisões admitidas como corretas, implicando na discricionariedade administrativa, sendo a sua primeira manifestação a denominada discricionariedade técnica. E de outro, a Teoria da Univocidade que defende a existência de uma única solução apontada como correta, não se tratando no caso de discricionariedade administrativa.

A discricionariedade é campo de atuação ou opção concedida pela lei à Administração Pública em situações determinadas, podendo-se apresentar na execução material de atividades, mas não deve se apresentar quando se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, em especial no que se refere aos direitos dos cidadãos, porque haverá vinculatividade à Constituição, não sendo permitido ao administrador senão concretizar o comando constitucional.

Assim, quando a Constituição determina o direito à saúde a ser perseguido pelo Estado, na sua qualidade de direito fundamental, não cabe ao Estado enquanto

deficitário o atendimento de tal direito, perseguir outro fim de interesse secundário em detrimento de um direito fundamental a ser concretizado, pois o aspecto prioritário que é o interesse geral concreto ao atendimento à saúde foi determinado pela vontade soberana na norma fundante do Estado. No caso não se deixou qualquer opção à Administração, pois, toda vez que o Estado age sem verificar a completeza de atendimento do direito que deveria assegurar, age por conduta desvirtuada do comando constitucional, não se revestindo de qualquer legitimidade.

Na doutrina (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 166) verifica-se posicionamento no sentido de que somente após a interpretação pode surgir espaço discricionário, ou seja, não conseguindo o processo interpretativo eliminar a indeterminação é que a função de escolha do administrador caracteriza-se como discricionária.

No que se refere aos direitos fundamentais e ao interesse público, ambos condicionados pela conformação constitucional, não há como considerar qualquer indeterminação interpretativa, porque o conteúdo só pode ser extraído do que a Constituição determina, não cabendo qualquer discricionariedade administrativa que se configuraria numa limitação da eficácia constitucional e do próprio direito a que se quer dar máxima efetividade.

Por isso, no caso, não se trata da discricionariedade que se refere aos aspectos de oportunidade e conveniência, mas da verificação da concreção constitucional, e o controle dessa correção de aplicação deve ser procedido pelo Poder Judiciário.

A doutrina francesa adota posição no sentido de que não deve haver um total controle jurisdicional, o qual se limita aos motivos do ato (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 51). Contudo, nos tempos atuais utiliza-se na França para o controle da discricionariedade o critério do erro manifesto em conjunto com a técnica da contabilização de custos e benefícios, manifestando-se neste sentido Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007, p. 65):

A referida fórmula foi assim sintetizada pelo Conselho de Estado Francês: uma operação não poderá ser declarada legalmente como de utilidade pública se as limitações para a propriedade privada e o custo financeiro e os eventuais inconvenientes que dela resultarem forem excessivos em face do interesse que dela persegue.

A posição dominante na doutrina alemã é no sentido de que se trata a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados de mera questão interpretativa,

permitindo o seu pleno controle pelo Poder Judiciário (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p. 50).

Para Hartmut Maurer a vinculação ao direito torna as autoridades administrativas órgãos efetadores da lei, e com isso, aplicadores do direito (2006, p. 40). Assim, a discricionariedade apresenta-se quando é permitido a Administração Pública escolher entre modos de conduta distintos (2006, p. 143), contudo, não proporciona liberdade à Administração, não existindo um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário segundo o seu dever (2006, p. 148). Maurer filia-se à corrente daqueles que entendem que na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados diante do caso particular se requer uma valoração (2006, p.153-154).

Na doutrina alemã desenvolveu-se quanto à discricionariedade o reconhecimento de um campo de apreciação (MAURER, 2006, p. 154), que marca espaços de competência entre a Administração Pública e a Jurisdição Administrativa (MAURER, 2006, p. 156-157).

Tal reconhecimento é sustentado por teorias diversas, compreendendo uma revisão judicial limitada, apenas da aplicação do conceito jurídico indeterminado. Para Bachoff em sua doutrina desenvolvida em 1955 admitia-se um âmbito de valoração administrativa, não revisável judicialmente, muito embora admitisse por outro lado, o exame dos limites desse âmbito.

Desenvolveu-se, igualmente, a Teoria da sustentabilidade através de Ule, indicando que, quando no caso concreto, várias soluções são sustentáveis, a decisão que se mantém nesse limite é considerada jurídica. Já para Wolff a autoridade administrativa tem uma prerrogativa estimatória, assim o conceito jurídico requer uma estimativa em relação aos desenvolvimentos futuros, essa estimativa não pode ser controlada pelo Judiciário. A consequência ao se admitir valorações diferentes é que não existirá apenas uma solução correta para o caso.

De acordo com a Teoria da Adequação Normativa de Klaus Günther não há discricionariedade administrativa quando da interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pois o fato de o legislador (justificação) ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, uma vez que o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, indicará a decisão apenas diante do caso concreto, não sendo uma opção ao administrador, não se conduzindo por juízo de conveniência e oportunidade.

O Tribunal Administrativo Federal alemão de início revisou apenas limitadamente os conceitos indeterminados. Mas após, chegou-se ao entendimento que são totalmente revisáveis judicialmente, considerando que a Administração Pública não tem um espaço de apreciação (MAURER, 2006, p. 157).

É de se admitir que ao Poder Judiciário possa ser conferido controle à interpretação administrativa, mas nesse controle também não lhe é dado determinar por si mesmo o interesse geral, substituindo a vontade soberana, tendo em vista a vinculatividade de todas as funções estatais à Constituição.

5 PROCESSO E DEMOCRACIA

A hermenêutica constitucional irá conduzir a interpretação do interesse público no caso concreto, contudo, no Estado democrático de direito exige-se um meio eficaz para sua discussão e demonstração, assim, deixando o ato administrativo de ser o eixo central do direito administrativo, deve-se considerar a perspectiva relacional entre Estado e cidadão para fins de legitimidade das decisões estatais.

A maior parte das atividades formais para Teun A. van Dijk (2008, p. 72) mesmo quando realizadas oralmente, requer textos escritos como sua base ou sua consequência por representarem a consolidação do poder comunicativo na maior parte dos contextos institucionais. O processo pode ser considerado como um dos meios em que o discurso se efetiva, sendo de relevância estabelecer condições igualitárias de ação, pois, para um processo discursivo com um mínimo de legitimidade, há que se considerar que as partes possuem entendimento sobre o que tratam além do mesmo âmbito de ação.

Mas nem sempre isto se verifica, porque as partes encontram-se desigualmente na relação processual, tendo em vista vários fatores, como a capacidade econômica ou a qualidade de um dos sujeitos processuais, além do tipo de discurso que irá se estabelecer no processo, sendo importante a verificação da sua forma de acesso para evitar-se ao máximo o estabelecimento da manipulação através das diversas formas do poder.

Ao se considerar que há dificuldade quanto ao acesso e a existência de formas de manipulação do discurso, devem ser estabelecidos procedimentos que garantam a maior paridade possível na relação processual, para que o processo e o discurso possam assegurar o estabelecimento de ações democráticas.

O processo como figura autônoma não é capaz de assegurar um discurso democrático, muito embora possa assegurar situações de fala. Igualmente, o discurso considerado autonomamente também não é meio que assegure a democracia. O que estabelece e assegura a democracia é a liberdade no sentido do conhecimento sobre o lugar que um sujeito ocupa num determinado tempo e espaço, considerando o meio vivido, a cultura, a história e demais condicionantes, o que pode desenvolver maior autonomia crítica, para fins de transformá-lo de mero receptor em agente de fala participante do discurso.

Há muitas formas de discurso propagadas na sociedade, contudo, o que se percebe é que o sujeito continua em grande parte, como mero receptor. Não há acesso adequado às questões e tampouco processo de resistência discursiva que possa transformar o indivíduo em participante, encontrando-se em posição de mero objeto. A maior dificuldade que se encontrará nesse estágio, é estabelecer meios legítimos para a tomada de decisões em qualquer das esferas estatais, observando-se em muitos casos, meios de legalizar ações e discursos ilegítimos.

5.1 Processo justo: a ultrapassagem da forma e a busca pela simétrica paridade

Apresenta-se como indagação o afastamento máximo da manipulação discursiva, transformando o processo num instrumento eficaz na discussão democrática, sendo necessário o abandono do simples aspecto formal, pois, a forma legalmente estabelecida não é capaz de assegurar a efetividade dos direitos e da justiça. Deve-se transpor, assim, o conceito de devido processo legal, para fins de assegurar um processo justo, desvinculando-se da mera concatenação de procedimentos formais para legalização de uma decisão final, devendo-se apresentar entre as partes e o juiz uma integração de trabalho, para fins de decisões mais eficazes e céleres.

O devido processo legal prende-se ao cumprimento de procedimentos formais que ao final irão apresentar uma resposta ao conflito de interesses. A Justiça é bem mais que a forma, referindo-se a tais aspectos, Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 71) asseveram que os procedimentos devem estar em conformidade com o princípio da igualdade, mas que, a possibilidade concreta de participação também não será suficiente, quando o procedimento embora garantindo essa participação possa privilegiar valores que não devem ser privilegiados em face da Constituição da República.

Os procedimentos como todos os atos do Poder Público, devem estar em consonância com o princípio da igualdade. Vale dizer: o legislador infraconstitucional é obrigado a desenhar procedimentos que não constituam “privilégios”, bem como, para atender aos socialmente mais carentes, a estruturar procedimentos que sejam diferenciados, na medida em que, como escreve Nicolò Trocker, a diferenciação de procedimentos é exigência insuprimível em um ordenamento que se inspira no princípio da igualdade (MARINONI; ARENHART 2006, p. 71).

Egon Bockmann Moreira (2010, p. 310-313) referindo-se ao processo administrativo, indica que o processo não é atividade de legitimação do que outrora foi decidido, não se reduzindo o contraditório ao arquivamento de manifestações a serem desprezadas com lastro nas supostas “razões de estado” ou “verdades sabidas”, devendo a decisão ser formada no seu decorrer através de uma atividade dialética conferida pelo contraditório, o qual exige o estabelecimento de premissas claras desde a instauração processual, de *“impossível modificação unilateral posterior.”* O contraditório liga-se à igualdade processual, mas não a uma igualmente meramente formal, implicando *“igualdade ao sopesar das alegações das partes, implicando o dever de seu exame equânime”* (MOREIRA, 2010, p. 313).

Frise-se que o contraditório não alberga mero dever processual de intimação das partes envolvidas, mas também os desdobramentos substanciais desse dever. Seria inócua mera garantia formal, que não assegurasse resultados concretos ao processo. Assim, somente serão válidas as decisões que motivadamente apreciarem cada uma das manifestações dos administrados (desde que não sejam inúteis ou meramente protelatórias), (MOREIRA, 2010, p. 311).

Na Constituição da República (BRASIL, 1988) torna-se claro que uma das grandes preocupações gira em torno da igualdade, o que se percebe desde o preâmbulo, encontrando-se a igualdade estabelecida como um dos objetivos do Estado democrático de direito, e igualmente no artigo 3º, inciso IV e no artigo 5º do texto constitucional, inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, traduzindo-se na própria realização da justiça, de que aquela é um dos seus elementos. Como se observa, o princípio da igualdade no direito moderno, fim e fundamento do Estado democrático, informa e condiciona todo o sistema jurídico, revestindo-se da condição de autêntico direito subjetivo.

O dever de igualdade na criação do direito não exige um tratamento igualitário de todos, não permitindo igualmente toda e qualquer distinção ou diferenciação (ALEXY, 2008, p. 397), dirigindo-se a todos e quaisquer sujeitos num determinado ordenamento jurídico, não se afigurando qualquer superioridade entre eles. Desta forma, mesmo que estabelecidas as devidas diferenciações, nenhum sujeito diante do outro, deve assumir qualquer posição privilegiada *a priori*, devendo encontrar-se em simétrica paridade, implicando dizer que privilégios de quaisquer das partes importam em violação das diretrizes constitucionais que comandam o dever de igualdade.

Portanto, nem Estado, nem cidadão, e nem cidadãos entre si, devem possuir quaisquer posições iniciais privilegiadas, devendo encontrar-se em igualdade diante dos fatos da questão a ser debatida. O que assumirá relevância ou não será dirigido pela discussão processual e pelas normas constitucionais aplicáveis, havendo nisto vincutatividade, seja nas decisões administrativas ou judiciais, não se admitindo recurso à discricionariedade.

Na doutrina alemã direitos a procedimentos judiciais e administrativos são direitos essenciais à proteção jurídica efetiva (ALEXY, 2008, p. 488), assim, o resultado do procedimento deve proteger os direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais envolvidos. De acordo com o Tribunal Constitucional alemão o direito procedimental serve não apenas às decisões legais, mas às decisões justas, relacionando nesse caso, dois aspectos relevantes, um procedimental e outro material. Robert Alexy (2008, p.488) considera que há dois modelos para a relação entre os aspectos procedimental e material. No modelo procedimental a correção do resultado depende apenas da correção da sua forma, assim, correta a forma, correto o procedimento.

Contudo, para o modelo material exige-se além da forma, existindo parâmetros independentes do procedimento, o que leva a considerar que apenas o modelo material encontra-se compatível com os direitos fundamentais, acrescentando Robert Alexy (2008, p. 489) que *“é certo que os direitos fundamentais de um lado garantem direta e indiretamente a participação no processo democrático. Mas de outro, na medida em que estabelecem limites materiais a esse processo eles são não procedimentais”*. Quando se verificar que as normas procedimentais puderem aumentar a proteção dos direitos fundamentais, elas serão exigidas pelos princípios de direitos fundamentais, reunindo-se os aspectos procedimental e material num modelo dual que garanta a primazia do aspecto material (ALEXY, 2008, p. 496).

Na Constituição da República (BRASIL, 1988) encontram-se previstos entre as garantias fundamentais, o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos e judiciais, bem como a sua razoável duração, mas torna-se necessário deslocar o sujeito da posição de mero objeto para protagonista efetivo do processo, numa posição que o emancipe, apresentando-se a relevância da paridade de condições, porque de nada adiantará assegurar-se a forma se materialmente não se opera a justiça.

Elio Fazzalari afasta a estática relação processual, considerando o processo como procedimento em contraditório, observando que “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (2006, p. 119). Fazzalari entende que a estrutura dialética do procedimento (contraditório) consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, na simétrica paridade das suas posições (FAZZALARI, 2006, p. 119), sendo que, apresentando-se ausente o contraditório não existirá o processo (FAZZALARI, 2006, p. 121), o qual será reconhecível cada vez que, mesmo sendo reduzidos os poderes dos contraditores, sejam realizadas entre eles posições simetricamente iguais (FAZZALARI, 2006, p. 124), enfatizando:

A referência à estrutura dialética como *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o processo como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista em ato ou em potência um conflito de interesses e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Luigi Paolo Comoglio (2004, p. 47), igualmente na Itália, vai trabalhar a concepção em torno de um processo ético e justo, consideradas inclusive as diretivas da comunidade europeia, indicando os múltiplos valores fundamentais em que se baseia a justiça procedimental:

Os múltiplos valores fundamentais de ordem ideológica e técnica sobre os quais se baseia a justiça procedimental ou a igualdade no processo – assim como emergem progressivamente da evolução dos ordenamentos angloamericanos da common-law – afirmam-se também ao nível internacional, sobretudo na metade do século XX, e são certamente a matriz ético-cultural do justo processo (ou, caso queira, do processo “equânime” e justo na acepção mais moderna.) Aqueles valores primários e essenciais na configuração de uma síntese harmônica entre os componentes ideológicos e os fatores técnico-estruturais de um determinado tipo de procedimento judiciário (simples, claro e rápido), podem ser facilmente identificados e sintetizados (tradução nossa).¹³

¹³ I molteplici valori fondamentali di ordine ideologico e tecnico, sui quale si basa a giustizia procedurale o l'equità nel processo – così come sono progressivamente emersi dall'evoluzione degli ordinamenti angloamericani di common law – si sono affermati anche a livello internazionale, soprattutto verso la metà del secolo XX, e sono certamente la matrice etico-culturale del giusto processo (o, se si vuole, del processo equo e giusto), nell'accezione più moderna. Quei valori primari ed essenziali, nel configurare una sintesi armonica fra le componenti ideologiche ed i fattori tecnico-strutturali di un determinato modello-tipo de procedimento giudiziario (semplice, chiaro e rápido), possono essere facilmente identificati e sintetizzati.

O processo justo é condição necessária de legalidade e de igualdade processual, indicando-se como alguns dos seus componentes a celeridade do juízo; o contraditório, considerando-se a igualdade das partes e paridade de armas frente o juízo, bem como os princípios do bom andamento (previsto na Constituição Italiana) e da imparcialidade (COMOGLIO, 2004, p. 53). O processo justo compreende antes de tudo, os princípios extraídos da Constituição, encontrando-se o direito à tutela jurisdicional e o direito ao juízo entre os direitos invioláveis do homem no ordenamento italiano.

Processo justo não é aquele em que se privilegia a forma, observando Luigi Comoglio (2004, p. 55-56, tradução nossa) que: *“o processo se desenvolve no contraditório entre as partes em condição de paridade, frente ao juiz imparcial, com garantia legal de razoável duração.”*¹⁴ Acrescente-se que o moderno processo justo traz em seu bojo uma significativa carga ética, a qual se verifica tanto na regulação procedimental quanto na formulação das decisões, não devendo se desconsiderar o aspecto do direito positivo (THEODORO JR, 2010, p. 68).

De acordo com Luigi Comoglio (2004, p. 23) os direitos e as garantias fundamentais do processo se impuseram como direitos humanos invioláveis, fruindo de formas de reconhecimento e de proteção não apenas nas Constituições modernas, mas nas mais importantes convenções internacionais, sobretudo, depois da 2ª. Guerra mundial, num sistema de direitos humanos profundamente renovado, encontrando-se no âmbito desses direitos a tutela do direito-poder de ação e aquele de defesa, num contraditório paritário.

Em tal perspectiva aqueles direitos e garantias assumiram uma fisionomia peculiar, caracterizando-se como requisito essencial à fruição de forma efetiva e qualificada de tutela jurisdicional, assegurando a inviolabilidade e a plena atuação em harmonia com as mais evoluídas teorias do garantismo legal no Estado democrático de direito (COMOGLIO, 2004, p. 23).

As preocupações na doutrina italiana se voltam para tornar a justiça e seus órgãos acessíveis a todos, pretendendo assegurar concretamente às partes no litígio condições iguais de tutela jurisdicional, buscando igualmente um processo célere, mas que não induza uma justiça sem um exame aprofundado das questões postas, investigando-se assim, como garantir às partes em condição de substancial

¹⁴ [...] processo si svolga nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale, com garanzie legali di ragionevole durata.

paridade, o direito não somente de querer, mas de obter do juízo o reconhecimento de uma determinada tutela efetiva ao caso.

Como observa Luigi Comoglio (2004, p. 24), o tornar a justiça acessível a todos é o objetivo final, embora um tanto etéreo e mesmo longínquo, tendo em vista o atraso ideológico no sentido de uma concepção meramente formal do acesso à justiça, derivado do individualismo liberal do século XIX, verificando-se, como entraves, uma igualdade de armas meramente formal, além de intoleráveis custos econômicos e sociais do processo, bem como a sua longa duração que é o mesmo que denegar a justiça, e ainda a inadequação dos meios e das formas de tutela de certos direitos.

Assim como a doutrina italiana, considera-se que a defesa não se exaure no contraditório, o qual é um insuprimível instrumento de atuação das partes, em busca não de uma defesa meramente técnica, mas de uma defesa efetiva, em termos reais, onde haja um amplo espaço para a prova e contraprova, além da necessária celeridade.

Segundo Humberto Theodoro Jr. (2010, p. 66) o contraditório não pode ser analisado apenas como mera garantida formal de bilateralidade de audiência, mas como uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente aparente ou desnecessária, devendo o processo adequar-se a realizar o melhor resultado concreto face aos designios do direito material, considerando que *“justo é o processo que se desenvolve respeitando os parâmetros fixados nas normas constitucionais e pelos valores consagrados pela coletividade.”*

Impõe-se, assim, evitar a surpresa processual, possuindo o juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas de conhecimento de ofício, pois tudo que decidir fora do debate corresponde a surpreender as partes (THEODORO JR, 2010, p. 71).

Contudo, para se entender o processo como efetivo meio de garantia democrática há que se fazer presente o pleno acesso ao discurso. É de se pretender que as formas de dominação presentes na colonização dos diversos discursos seja restrita ao nível mínimo possível, uma vez que considerar a sua inexistência é apegar-se a ficcionismos, porque a manipulação encontra-se presente em diversos tipos de comportamentos humanos.

Por outro lado, deve-se considerar a existência de formas participativas que possibilitem o exercício da resistência discursiva às manipulações, senão o processo, mesmo se deslocando do formal não será legítimo, e continuará meramente legitimado pela forma. A legitimação pela forma não assegura a justiça.

O acesso ao discurso prende-se a questões de pleno conhecimento dos direitos, meios e formas de sua efetividade e condições de entendimento da discussão. É de reconhecer, muito embora as ponderações de Michel Foucault, que o acesso necessariamente passa pela educação, pois é através desta que se estimula o pensamento crítico como modo de participação essencial para a descoberta de novas soluções para os problemas sociais através da realidade observável, mostrando que a justiça exige olhar crítico e sensibilidade em relação às complexas e intrincadas relações sociais.

5.2 O processo administrativo justo

A questão da justiça processual estende-se ao processo administrativo como meio discursivo em busca da concretização constitucional, transpondo a relação verticalizada, na qual por longo tempo (e ainda se verifica), apresentou-se o ato administrativo como eixo central das decisões administrativas.

Em relação às formas de atuação da Administração Pública encontram-se algumas concepções da dogmática jurídico-administrativa que demonstram a evolução em direção a uma relação mais equilibrada entre Estado e cidadão. Numa primeira concepção houve a proposição de renovação da dogmática, continuando, não obstante a privilegiar o ato administrativo, redefinindo o seu conceito, que embora perdendo o seu caráter de exclusividade no relacionamento Administração e indivíduo, foi enquadrado no âmbito mais amplo de atuação administrativa, procedendo-se uma relativização do ato, o que não implicou em torná-lo uma forma de atuação inferior às demais, em tal sentido Rivero e Maurer, considerando este último, o ato como a forma mais importante de atuação administrativa (SILVA, 2003, p. 112-113).

A segunda concepção partiu de Ernst Forsthoff (SILVA, 2003, p. 115) com a distinção entre o domínio da Administração agressiva e a Administração prestadora, indicando a incapacidade da unificação dos dois âmbitos de atuação, defendendo que o sistema clássico deveria ser aplicado no domínio da Administração agressiva,

não devendo ser, contudo, utilizado em relação à Administração prestadora, havendo então uma dualidade de regimes e construções teóricas.

Por sua vez, a terceira concepção partiu da necessidade da reconstrução do Direito Administrativo, admitindo diante das novas realidades um novo conceito central que pudesse preencher o lugar do ato administrativo (SILVA, 2003, p. 115-116), dando origem a duas correntes distintas, uma de predominância alemã, com acento na relação administrativa (Bachof, Haberle, Bauer, dentre outros), e outra de predominância italiana com ênfase no procedimento administrativo.

De acordo com Bachoff o ato administrativo não esgotaria toda a amplitude das relações entre a Administração Pública e os indivíduos (SILVA, 2003, p. 119), existindo relações jurídicas que se fundamentam, modificam ou terminam de forma diferente do ato administrativo, assim a relação jurídico-administrativa unificaria todos os domínios da atividade da Administração, ocupando o lugar central e dominante no direito administrativo.

Para a doutrina italiana o procedimento deve ser considerado o novo eixo central do direito administrativo, tendo como principal expoente Nigro, o qual partindo das considerações de Bachoff afirma que o ato administrativo não é mais o eixo central (SILVA, 2003, p. 120-121), indicando que, seja quando a Administração atua de forma não autoritária ou quando o ato administrativo se inscreve no âmbito de uma relação administrativa mais complexa, o elemento comum de relacionamento entre a Administração e os particulares será o procedimento.

Indica Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 137) que há necessidade de não se considerar isoladamente o ato administrativo, nem de reduzir a ele a ligação entre a Administração Pública e os indivíduos, sendo a decisão o momento de uma relação jurídica que está além da prática do ato e em muitos casos anterior a ela.

A relação jurídica que se estabelece entre a Administração Pública e o cidadão e que se instrumentaliza através do processo quebra a relação de poder e coloca em posição central no direito administrativo o cidadão. Considera Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 195) que a Administração e os indivíduos encontram-se em posições equivalentes, porque se a primeira pode invocar a proscussão do interesse geral, os indivíduos podem invocar os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, acrescentando que:

Por outro lado, a realização do interesse público num Estado de direito, não pode ser feita contra os privados, nem é monopólio das autoridades públicas antes deve ser feita em função deles e com a sua colaboração, pelo que a introdução da teoria da relação jurídica significa olhar para as autoridades administrativas e para os particulares como participantes – sujeitos activos do interesse público (SILVA, 2003, p. 196).

Com efeito, a possibilidade de uma relação paritária entre Estado e cidadão se afigura quando são sujeitos e objeto da democracia. Nos Estados com tendências autoritárias essa relação pode a princípio tornar-se tormentosa, mas sempre aberta a possibilidade discursiva tendo em vista o carácter de liberdade inerente ao homem, que sempre tende a expandir-se.

O Estado fortalecido não necessita de qualquer autoritarismo, mesmo porque o seu fortalecimento também demanda o do povo, ambos têm que se encontrar em harmonia política, e a relação paritária nasce dessa harmonia, no aproximar-se, no estabelecimento de metas e diretrizes que possam ser aceitas democraticamente como legítimas através da discussão e da vontade soberana do povo.

A relação paritária em tal sentido é uma relação de coordenação e não a estabelecida verticalmente ou que sustente privilégios e prerrogativas sem qualquer sustentação democrática. Por outro lado, a relação de paridade não induz a perda de autoridade estatal, entendida esta como a autoridade concedida democraticamente pelo povo e positivada na norma fundante do Estado, ao contrário fortalece ambos sujeitos, conferindo maior legitimidade às decisões estatais.

Considera Luis Cabral de Moncada (2009, p. 239) que a posição subjetiva do cidadão frente à Administração Pública é anterior à realidade administrativa, e que apesar da relação jurídica administrativa possuir escopo constitucional anterior ao procedimento administrativo, é através deste que se concretizam plenamente as posições subjetivas do cidadão perante a Administração, sendo o principal instrumento de composição paritária dessas posições no contato entre a Administração e os cidadãos, e veículo da relação jurídica administrativa.

O procedimento é estruturante do contato entre cidadão e Administração Pública em termos relacionais (MONCADA, 2009, p. 241), sujeitos esses colocados em posição relativa de igualdade em relação ao direito aplicável, não existindo segundo Luis Cabral de Moncada uma relação de causalidade entre procedimento e discricionariedade administrativa ou liberdades afins, acrescentando ainda que:

Nesta perspectiva se compreende a decisiva importância que têm na economia procedimental certos poderes e deveres instrumentais relativamente à consolidação dos direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos que preexistem ao procedimento. A obtenção de informações e o acesso aos arquivos administrativos, a audiência prévia e a consulta pública, as impugnações administrativas, os deveres de notificação adequada, o dever de fundamentação expressa e de decisão e o prazo razoável para a mesma, entre outros, apesar de terem uma natureza que parece puramente procedimental ou formal, afiguram-se, na verdade instrumentos indispensáveis de consolidação das posições subjectivas e, portanto, da identificação e conteúdo da relação jurídica subjacente. Estas posições subjectivas correspondem a verdadeiros direitos dos particulares intervenientes no procedimento e integram, por isso mesmo, o conteúdo da relação jurídica administrativa (MONCADA, 2009, 242-243).

Apesar de não se desconhecer as formas de colonização do discurso, é o processo o meio adequado para a demonstração e discussão que envolva o interesse público em concreto, em especial naquilo que disser respeito aos direitos dos cidadãos, não obstante deva-se considerar que o processo por si apenas não conduz a qualquer forma de democracia, sendo indispensável a simétrica paridade de condições, além da liberdade dos participantes, no sentido de resistência discursiva e autonomia crítica.

Deve-se considerar que o interesse público não significa o interesse estatal ou o que o Estado possa compreender como tal, pois, no Estado democrático de direito o interesse público encontra-se direccionado pelas normas constitucionais, conformando-se aos direitos fundamentais e demais direitos de protecção, não se inserindo, por isso, no campo da discricionariedade administrativa, devendo apresentar-se o contraditório em paridade de condições para fins de sua demonstração, não se admitindo a simples alegação do conceito como cláusula geral para fins de legitimar as condutas administrativas.

No processo deve ser igualmente considerado que o dever de proporcionalidade interpretativa nas decisões estatais apresenta-se na adequação de meios a fins e necessidade da medida, não podendo induzir aos subjetivismos, que levaria a mesma discricionariedade do positivismo jurídico, tornando-se não legitimado democraticamente.

Assim, a interpretação deve ater-se ao texto constitucional e aos fatos da questão, evitando-se posições pessoais, extraíndo a resolução dos casos do próprio ordenamento, não o desconsiderando, porque as leis derivam do poder soberano do povo e se tal não for observado, conduzirá a outros tantos totalitarismos. O poder de criação decorre da vontade soberana do povo, a Administração Pública ou o

Judiciário não possuem este poder, porque não lhes foi concedido pelo povo e usá-lo é o mesmo que tirar a sua liberdade de escolha.

Os processos administrativos devem considerar na relação de meio a fins, as características dos administrados, os seus costumes e grau de entendimento, além da região onde vivem. A discussão, contudo, não deve circunscrever-se ao processo quando se verificar a existência de um problema anterior e de maior gravidade à discussão processual que irá se impor, porque no caso, o cidadão estará sem assistência da mesma forma, como a exemplo do desconhecimento de procedimentos ou de assuntos que digam respeito a uma determinada comunidade. Em tais casos, há um grave problema de acesso ao discurso, assim, antes da imposição de restrições às ações individuais, quando tais se façam necessárias, caberá ao Estado promover amplo debate social numa determinada região sobre as formas devidas de atuação, pois, somente assim, pode-se em momento posterior iniciar-se um discurso possível, caso contrário, as decisões também não serão legítimas.

Deve-se dar real importância à fase instrutória e à fase de julgamento dos processos, nas quais deva prevalecer não apenas a imparcialidade, mas a especialização nas questões postas em julgamento. Na fase recursal deve-se dar ênfase à oralidade, e à importância dos Conselhos administrativos, os quais devem ser especializados por matéria, além de contarem em sua composição com membros da sociedade civil, a exemplo dos representantes dos sindicatos e associações, sem desconhecer a necessidade de defensores públicos, para que haja a busca da máxima efetividade dos direitos dos cidadãos, e a consciência de que Estado e cidadão não são inimigos, estando sempre numa busca dialógica pelo melhor interesse, o interesse público legítimo.

5.2.1 Decisão administrativa: a imparcialidade, a celeridade e a questão da presunção de legitimidade

Na doutrina clássica verifica-se que ao não se admitir a existência de uma perspectiva relacional entre Estado e cidadão, mostrou-se eficaz a teorização em torno do ato administrativo, instrumento caracterizador do agir e da verticalização administrativa. Por outro lado, ao se admitir uma relação que se desenvolve através do processo, não se pode desconhecer a existência dos sujeitos dessa relação, na

qual o Estado apresenta-se tanto como ordem jurídica, quanto sujeito de direitos, devendo compatibilizar-se o Estado como sujeito desta relação, mas dotado de imparcialidade.

A doutrina processual civil (TEODORO JR., 1995, p. 76) distingue dois conceitos de parte, quais sejam: como sujeito da lide, tem-se a parte em sentido material e como sujeito do processo a parte em sentido processual, ou como se refere Francesco Carnelutti (2005, p. 72), considera-se parte material enquanto sofre-se o processo, e instrumental enquanto atua-se no processo. A imparcialidade é uma das características da jurisdição, considerada como o poder do Estado de formular e fazer atuar em concreto a regra jurídica, que por força do direito vigente disciplina determinada situação jurídica (TEODORO JR., 1995, p. 34).

Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart referindo-se à relação processual civil (2006, p. 103) consideram que apenas os sujeitos que disputam o litígio, e neste sentido dele participam devem ser designados como partes do processo, acrescentando que, de acordo com Chiovenda parte é quem demanda em nome próprio, ou em cujo nome é demandada, a atuação dum vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada (MARINONI; ARENHART, 2006, p. 169).

No que se refere à Administração Pública, não há como dissociar a aplicação da lei, da atividade de interpretação diante do caso concreto. Seabra Fagundes (1957, p. 27) indica que houve grande dispersão de opiniões sobre o tema, assim, para Roger Bonnard a função jurisdicional consistiria em suprimir definitivamente as situações contenciosas, sendo omissa, no entanto, vez que não esgotou os elementos caracterizadores. Por outro lado, entendeu relevante a opinião de Chiovenda, que vendo dificuldades em se distinguir a função administrativa e jurisdicional de forma precisa, considerou tratar-se esta última de atividade de substituição, intervindo para substituir uma outra atividade, podendo ser a atividade substituída de particulares ou de órgãos públicos, entretanto, entende que o critério proposto não contém a solução do problema.

A Administração Pública, assim como o Judiciário exerce atividade interpretativa diante dos casos concretos, não bastando no Estado democrático de direito o mero “aplicar a lei de ofício”, o que há de diferente entre as duas funções é a qualidade da decisão conforme o sistema jurídico. No sistema brasileiro, a Administração também interpreta, fixando o entendimento com definitividade na

esfera administrativa, mas a interpretação administrativa se sujeita ao controle do Poder Judiciário que conforme o caso confirmará a decisão ou procederá a uma nova interpretação do direito controvertido, assumindo então o caráter de definitividade judicial, no sentido de não caber qualquer outro recurso ou reapreciação, salvo ação rescisória, observada a temporalidade.

A função jurisdicional funciona frente à Administração Pública como certa forma de controle, reapreciando por aspectos de ilegalidade ou ilegitimidade a decisão não mais sujeita ao recurso administrativo (incluída no controle de legitimidade, inclusive a interpretação administrativa a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados). O Poder Judiciário exercerá uma atividade de controle sobre a interpretação e decisão administrativas, cabendo dizer que a função jurisdicional controla a conformidade da decisão frente o ordenamento jurídico, podendo proceder a uma nova decisão.

Como se refere Humberto Teodoro Jr. (1995, p. 37) a jurisdição é a atividade desinteressada do conflito, que põe em prática a vontade concreta da lei que não se dirige ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo. Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 37) indicam que a jurisdição é a manifestação do poder do Estado, e que, ao aplicar uma norma, ou fazê-la produzir efeitos concretos, afirma a vontade estabelecida na norma de direito material, devendo traduzir as normas constitucionais que revelam os fins estatais.

A Administração Pública não apenas interpreta como também aplica a lei, sendo neste aplicar, que decorre da interpretação, que reside a sua imparcialidade. Interpretando, a Administração Pública deve se ater às normas constitucionais e aos fatos da questão, com ênfase nos direitos fundamentais. A interpretação deve ser imparcial, pois, quando se aplica o direito à parte é o Estado que se manifesta como ordem jurídica, e esta não pode ser parcial no sentido de pretender reconhecer direitos onde eles não existam, ou deixar de reconhecê-los na sua existência, sob pena de caracterizar má-utilização da ordem jurídica, ensejando responsabilidade estatal.

A decisão deve ser desfavorável quando não verificados os seus pressupostos fáticos e jurídicos, mas não é dado ao Estado, como aquele que interpreta e aplica a lei, indistintamente, na função administrativa ou judicial, possuir qualquer parcialidade diante do caso, pois não defende direito próprio, parcial,

defende a aplicação e conformação da ordem jurídica, e quem se manifesta é o mesmo Estado que elabora as leis, que confere a tutela jurisdicional, só que na sua divisão de funções, atuando, na esfera administrativa.

O Estado enquanto ordem jurídica não pode ser parcial, e mesmo como sujeito de direitos também tem que zelar da mesma forma pela observância do comando normativo, no sentido da conformação das decisões com o texto constitucional, sem quaisquer distinções, sob pena de afronta ao Estado de direito, não se admitindo em quaisquer de suas formas de atuação, na relação com o cidadão, falar-se em Estado parte dotado de parcialidade.

Verifica-se, por outro lado, que no processo deve existir simétrica paridade entre as partes, tornando-o meio adequado ao discurso, não se admitindo a desigualdade processual das partes, decorrendo que a presunção de legitimidade dos atos estatais deve ser revista, vez que, admitindo prova em contrário, o ônus probatório recai sobre o cidadão, e tal não se afigura condizente com o Estado democrático de direito, pois, partindo-se do pressuposto que deve haver simetria entre as partes, não podem ser admitidas presunções a favor de quaisquer delas na discussão processual.

O Estado tem por dever praticar seus atos conforme a lei e o direito. No que se refere à Administração Pública, isto é inerente à função administrativa, não sendo de se considerar que o Estado como ordem jurídica possa se manifestar em desconformidade com essa mesma ordem, portanto, não se trata de prerrogativa, mas de dever constitucional, o qual se irradia para seus atos e manifestações, admitindo estarem revestidos de fé-pública, em virtude do dever de conformidade constitucional.

Contudo, havendo contestação dos atos estatais não pode ser atribuído ao cidadão o ônus de provar a sua ilegalidade, a prova é da legalidade dos atos, e a demonstração do agir segundo a lei e o direito cabe ao Estado enquanto ordem jurídica, pois, partir de presunções a favor de quaisquer das partes é desconsiderar a simétrica paridade de condições que deve existir entre as partes na discussão processual, ressaltando Ney José de Freitas (2007, p. 128) que *“O cidadão não detém os meios para produzir prova e eliminar a presunção que se forma em favor do Estado. [...] em geral a presunção de validade prevalece em favor do poder público e em detrimento do cidadão”*.

A celeridade também deve conduzir os processos administrativos para que os direitos não se percam, não se mostrando eficazes a discussão processual e os meios de prova, enfim, o contraditório, se não houver uma adequação temporal para a resolução do caso. Mas o menor tempo do processo, não pode induzir ao descaso com o contraditório e com a busca por um processo justo. A celeridade não deve ligar-se aos meros ritos, caso contrário, não se terá um verdadeiro processo, mas a mera forma que em nada tornará as decisões estatais legítimas.

5.2.2 As vias de reapreciação administrativa

Os recursos administrativos constituem um dos meios que propiciam o reexame das decisões administrativas pela própria Administração Pública, por razões de legalidade e mérito. A Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL) que regula o processo administrativo federal, permite ainda, que haja reconsideração das decisões administrativas, nos termos do art. 56 § 1º:

Art. 56 – Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e mérito.

§ 1º - O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

Hely Lopes Meirelles (1992, p. 576) considera que o julgamento do recurso administrativo torna vinculante para a Administração Pública, o pronunciamento decisório, e atribui definitividade ao ato apreciado em última instância, sendo imodificável na via administrativa:

O julgamento do recurso administrativo torna vinculante para a Administração seu pronunciamento decisório e atribui definitividade ao ato apreciado em última instância. Daí por diante, é imodificável pela própria Administração e só o Judiciário poderá reapreciá-lo e dizer de sua legitimidade. E assim é porque, embora inexista entre nós a coisa julgada administrativa, no sentido processual de sentença definitiva oponível *erga omnes* (coisa julgada formal e material), existe, todavia, o ato administrativo inimpugnável e imodificável pela Administração, por exauridos os recursos próprios e as oportunidades internas de autocorreção da atividade administrativa.

Após o esgotamento da via administrativa, com a apreciação dos recursos próprios, ocorre preclusão administrativa, havendo a impossibilidade de reapreciação da matéria discutida. Assim, uma vez examinada e decidida determinada questão irrecorrivelmente pela Administração Pública, encontra-se a mesma vinculada à

decisão proferida, tendo em vista a estabilidade das relações jurídicas, salvo as exceções previstas na legislação infraconstitucional, que se incluem na perspectiva ampliativa dos direitos como ocorre com a revisão administrativa das decisões punitivas prevista no artigo 65 da Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999 (BRASIL), sendo a estabilidade das decisões uma garantia assegurada constitucionalmente, evitando-se alterações interpretativas.

A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública, mais acima referidos impõem. Ao decidir o processo administrativo a Administração manifesta um entendimento sobre o padrão de legalidade e, quando cabível, de conveniência) que baliza a matéria em exame ou o interesse em disputa (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 44-45).

Igualmente posiciona-se neste sentido Hely Lopes Meirelles (1992, p. 582-583):

Coisa julgada administrativa: a denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam *the final enforcing power* e que se traduz livremente como o poder conclusivo da Justiça comum. Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o contencioso administrativo, é privativo das decisões judiciais. [...] Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais, é apenas preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público.

No direito português o ato só podia ser considerado definitivo, para efeitos de recurso contencioso, quando operada simultaneamente a definitividade horizontal e vertical. A definitividade horizontal é a característica do ato que constitui resolução final de um procedimento administrativo, de um incidente processual autônomo ou exclui um interessado num procedimento em curso. A definitividade vertical é o ato praticado por um órgão colocado de tal forma na hierarquia que a sua decisão constitua a última palavra da Administração ativa, assim, o recurso contencioso exigiria a ocorrência simultânea das três formas de definitividade.

Como se refere Luis Cabral de Moncada (2009, p. 79-80), a Constituição Portuguesa não podia depois de adequadamente revista, continuar a contentar-se com a definitividade e executoriedade do ato administrativo enquanto condição de

acesso à tutela jurisdicional, sendo que, o artigo 51 do Código português do Processo nos Tribunais Administrativos permitindo a impugnação contenciosa de atos ainda que inseridos num procedimento administrativo, afastou de vez qualquer compromisso substancial com a definitividade horizontal ou vertical do ato administrativo, sendo condição para que os atos sejam impugnáveis apenas que tenham eficácia externa, especialmente os que o conteúdo seja suscetível de lesar os direitos ou interesses legalmente protegidos.

São relevantes os aspectos apontados no direito português, porque ao se aguardar que o ato administrativo alcance todas as formas de definitividade para propiciar o recurso, acaba por tornar ineficaz a medida pretendida ou a efetividade do direito pretendido. No direito brasileiro não se necessita aguardar indefinidamente a resolução das decisões administrativas, sob pena da ineficácia dos provimentos que se requer ou dos direitos a que se pretende dar eficácia, porque, as decisões administrativas encontram-se adstritas à celeridade, como os processos em geral, havendo o recurso à tutela jurisdicional, nos casos em que se verifica a inércia em relação à manifestação administrativa.

Na legislação brasileira, a Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999, como já acentuado, determina que se respeitem os efeitos da preclusão administrativa, quando trata da revisão de ofício do ato ilegal (art. 63 § 2º), a imodificabilidade não é efeito da coisa julgada administrativa, mas consequência da preclusão das vias de impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração Pública.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2001, p. 43-47) consideram que para revisão de atos eivados de ilegalidade em sede administrativa, há necessidade de se recorrer a uma verdadeira Ação Rescisória Administrativa fundada na infração à lei, havendo a participação de todos os interessados, em especial no que se refere ao conteúdo do artigo 63 da Lei Federal de processo administrativo que dispõe que o não conhecimento do recurso, não impede a revisão da decisão administrativa quando verificados aspectos de legalidade e desde que não ocorrida a preclusão administrativa:

Do contraste de todos esses argumentos, a ilação a se extrair em nosso entendimento, é a de que sustentada a validade de ato administrativo em decisão proferida em processo administrativo a sua revisão em sede administrativa, por impulso de ofício somente se afeiçoará aos enfoques constitucionais, aqui trazidos à colação, se a propósito, instaurado novo

processo administrativo (verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil, com a participação de todos os interessados antes envolvidos. É à luz de tais linhas que nos parece devam ser lidos não só o art. 63 § 2º da Lei Federal 9784/99, como também atualmente as Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (FERRAZ; DALLARI, 2001, p. 47).

Observadas as correlações com a esfera judicial, na qual as sentenças de mérito transitadas em julgado estão sujeitas à Ação Rescisória em determinadas hipóteses legais, concorda-se que para a Administração Pública ocorra algo semelhante nas seguintes hipóteses:

- a) na ocorrência de violação à lei, tendo em vista a não convalidação de atos ilegais, observados o contraditório e ampla defesa na forma do artigo 5º, inciso LV da Constituição da República (BRASIL, 1988);
- b) em sede de revisão do processo administrativo punitivo (artigo 65, parágrafo único da Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999).¹⁵

Ressalte-se que a revisão administrativa pressupõe processo encerrado, não se tratando de recurso, decorrendo da reavaliação de uma decisão definitiva na esfera administrativa em virtude do surgimento de fatos novos ou novas provas que justifiquem a modificação da decisão proferida.

Na revisão não se pretende ou discute-se a anulação da decisão proferida, não se tratando da ocorrência de ilegalidade, mas da inadequação da manutenção de uma determinada decisão punitiva, tendo em vista a descoberta de fatos novos ou novas provas que possam justificar a inocência do interessado ou inadequação da penalidade imposta, tratando-se de matéria de mérito.

Assim, tais hipóteses podem ser consideradas como de rescisória administrativa, a primeira fundada em infração à lei, e a segunda (revisão), baseada em novas provas ou descoberta de fatos novos que devessem existir à época da tramitação do processo administrativo, mas que vieram a ser conhecidos somente após a decisão final proferida pela Administração Pública. A interpretação em

¹⁵ Art. 65 – Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único – Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

relação às novas provas ou descoberta de fatos novos deve correlacionar-se com o processo civil brasileiro, que considera a novidade do documento à época de sua produção como prova:

A novidade do documento não diz respeito à sua constituição, mas à época de sua produção como prova em face do processo em que se deu a sentença impugnada. Na realidade, e como regra geral, para admitir-se a rescisória é preciso que o documento já existisse ao tempo em que se proferiu a sentença. [...] Aliás, como adverte Sérgio Sahione Fadel “o documento posterior à sentença passada em julgado não a invalida.” [...] Note-se que apenas a prova (documento) é que deve ser nova, não os fatos probandos. [...] São pressupostos desse permissivo de rescisória: a) ignorância da existência do documento antes da sentença, ou impossibilidade de sua utilização em tempo hábil, como no caso de retenção por terceiros, extravio, etc; b) a relevância do documento para motivar, por si só, conclusão diversa daquela a que chegou a sentença, favorecendo o vencido, total ou parcialmente (THEODORO JR, 1995, p. 641).

5.2.3 Das medidas cautelares administrativas como instrumentos para busca da efetividade dos direitos

A busca pela máxima efetividade dos direitos exige instrumentos para sua consecução, podendo considerar-se as medidas cautelares como instrumentos de urgência também na esfera administrativa para fins de preservar os direitos dos cidadãos.

A responsabilidade objetiva do Estado fundamenta-se no § 6º do artigo 37 da Constituição da República (BRASIL, 1988) que estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se observa, a norma constitucional assegura ao cidadão o restabelecimento de seu direito nos casos em que o agente público possa ocasionar-lhe danos, consagrando a Constituição da República Federativa do Brasil a Teoria do risco administrativo, admitindo, não obstante, excludentes para sua caracterização, como a ausência de liame causal que conecte diretamente, a ação ou omissão de agente estatal com os danos, além do caso fortuito, força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima, bem como culpa exclusiva ou concorrente de terceiro.

O primeiro fundamento para a concessão da medida cautelar, com sustação liminar do ato administrativo, verifica-se justamente na previsão da ocorrência de danos aos cidadãos e sua reparação estatal, pois, ao se estabelecer esta garantia,

devem ser garantidos instrumentos para sua consecução, sob pena de restringir o direito assegurado ao cidadão de não ser lesado pelas pessoas estatais. Devendo-se entender que quando a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, garante por outro lado que o cidadão não deve ser lesado pelas ações estatais.

Pode-se concluir que a utilização das medidas cautelares na seara administrativa tem seu fundamento no texto constitucional, tanto no artigo 37 § 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988), quanto em outros dispositivos constitucionais, como a exemplo do artigo 5º onde se encontram garantidos a ampla defesa, o devido processo legal, e o princípio da inocência, que devem ser estendidos igualmente aos procedimentos administrativos sancionadores, bem como na prevalência do interesse geral que se dirige tanto à Administração Pública quanto aos cidadãos, não havendo necessidade de regramento infraconstitucional, porque são instrumentos de ampliação das garantias constitucionais para fins de proporcionar a máxima efetividade dos direitos, aplicando-se subsidiariamente as disposições processuais civis.

Nas medidas cautelares em geral devem estar presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Evidenciada a presença dos requisitos necessários para concessão de liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* (plausibilidade do direito) e o *periculum in mora*, a medida deve ser deferida, não se tratando de discricionariedade administrativa.

Em relação ao *periculum in mora* deve-se considerar que quando se fala em perigo de dano para fins de concessão da medida cautelar, não basta a mera alegação de perigo genérico.

Na realidade, o dano que deve ser evitado através da medida, é o dano iminente, referindo-se a um prejuízo imediato ao cidadão, tornando evidente a necessidade de tutela acautelatória para evitar prejuízo grave ou de difícil reparação, entendido que o perigo grave se pressupõe quando verificadas questões relativas a atos que se projetem sobre as garantias e os direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, preservando-se assim a indisponibilidade e prevalência do interesse público em concreto.

Iniciado o procedimento administrativo ou como medida preparatória, as autoridades administrativas superiores hierarquicamente, nos termos da competência de cada entidade estatal, a pedido da parte, e em decisão motivada

podem determinar a sustação cautelar de determinados atos restritivos que se projetem sobre a esfera de direitos dos indivíduos, abrindo-se sobre eles discussão processual, presentes os elementos caracterizadores para o deferimento das medidas cautelares do direito processual civil, bem como aplicar medidas de responsabilização administrativa ao prolator do ato.

Na concessão das medidas cautelares não se encontra presente qualquer discricionariedade da Administração Pública, havendo, no caso, vinculatividade constitucional, tendo em vista a imparcialidade administrativa, surgindo para o órgão ou entidade que concede ou não a medida, a obrigação de fundamentar a decisão, demonstrando os motivos de interesse público caracterizadores do ato, através de um mínimo probatório, pressuposto de legitimidade das decisões administrativas.

O direito fundamental à boa administração pública, como se refere Juarez Freitas (2009, p. 99) acarreta ao Estado-Administração o dever de observância nas relações administrativas de todos os princípios constitucionais, considerando, entre outros, a observância ao princípio da prevenção.

De acordo com o princípio da prevenção, tendo a Administração Pública certeza que uma determinada atividade implicará dano injusto, encontra-se na obrigação de evitá-lo, devendo agir preventivamente, ressaltando-se a observância às questões relativas à competência do ente em relação à medida e questões orçamentárias (FREITAS, 2009, p. 99).

No caso, não poderá a Administração utilizar-se da discricionariedade administrativa quanto à atuação, não se admitindo inércia administrativa perante o dano previsível.

Com mais razão, ao se considerar o princípio da prevenção inerente ao direito fundamental à boa administração, apropriada a utilização das medidas cautelares em sede administrativa, visando evitar um dano injusto ao cidadão.

Afigura-se, portanto, a medida cautelar administrativa, com escopo constitucional nos princípios da responsabilidade estatal objetiva, da ampla defesa, do devido processo legal, e do princípio da inocência nos processos administrativos sancionadores, instrumento para fins de sustar ato administrativo restritivo de direitos, como a exemplo do ato de remoção de servidor por pretensas razões de interesse do serviço, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Dificultará a atividade administrativa? Trata-se de prerrogativa da Administração Pública? Com certeza a atividade administrativa legítima não sofrerá dificuldades no seu exercício.

5.2.4 O recurso popular administrativo como instrumento de anulação de atos e contratos da Administração Pública

Nos termos da Constituição da República (BRASIL, 1988), a ação popular constitucional visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, inciso LXXIII). Ao nível infraconstitucional a ação popular, encontra-se disciplinada na Lei Federal 4.717 de 29 de junho de 1965 (BRASIL), tendo por objeto, nos termos dos seus artigos 1º e 4º anular atos administrativos ilegais e contratos que sejam lesivos ao patrimônio público. Ressalte-se, não obstante, que atualmente tendo em vista as disposições constitucionais é de se admitir apenas o requisito da lesividade, não havendo necessidade de conjugar-se lesividade e ilegalidade para fins da ação popular.¹⁶

Compatibilizando-se as disposições da Lei Federal 4717 de 29 de junho de 1965 (BRASIL) com a Constituição da República (BRASIL, 1988), tem-se que a ação popular visa a anulação de atos ou contratos administrativos, encontrando-se presente o controle relativo à moralidade administrativa, devendo encontrar-se presente a lesividade ao erário público.

Da mesma forma que se confere ao cidadão o direito de opor-se judicialmente aos atos e contratos lesivos ao patrimônio público através da tutela jurisdicional, deve-se assegurar idêntico direito na esfera administrativa, opondo-se qualquer cidadão diretamente à Administração Pública para fins de coibir tais atos e contratos, dando maior efetividade aos direitos fundamentais e concretização constitucional, tal encontrando fundamento no artigo 37 da Constituição da República (BRASIL, 1988) quando se refere ao princípio da moralidade.

¹⁶ Neste sentido dispõe o artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição da República: Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Evidencia-se que, seja na esfera judicial (com a ação popular) ou na esfera administrativa (com o recurso popular que se propõe) objetiva-se a anulação de atos e contratos administrativos, considerando que o mesmo efeito de oposição da decisão a todos que reprima lesividade ao patrimônio público, possa ser conferido igualmente através do recurso popular, e com a condição mais favorável de que a discussão se processará diretamente na Administração Pública, evidenciando-se que em tais casos a Administração não possuirá qualquer discricionariedade, devendo agir imparcialmente por dever constitucional, com a vantagem de redução de busca inicial à tutela jurisdicional.

O que não parece razoável é a previsão apenas da utilização da tutela jurisdicional para os fins que se pretende com a Ação Popular, porque se deve considerar a possibilidade de haver medida administrativa para o mesmo fim, e apenas não sendo o ato ou contrato revisto na seara administrativa, deve-se considerar a utilização de instrumentos judiciais.

Assim, tendo em vista as disposições constitucionais e a participação democrática dos cidadãos, deve-se considerar a possibilidade de recurso popular nos moldes da Ação Popular para fins de sustar ato ou contrato administrativo lesivo ao patrimônio público. Tratando-se a lesividade ao patrimônio público, de um interesse de todo o grupo social, conclui-se que qualquer um dos seus membros poderá invocar a lesividade junto à Administração Pública para fins de sustação, sem necessidade de recurso inicial ao Poder Judiciário.

No Estado democrático de direito não há como sustentar prerrogativas e aceitar sujeições incompatíveis com o texto constitucional, a Administração Pública necessita avançar, pois o cidadão não é mero súdito, devendo as respostas estatais atender a uma racionalidade sistêmica muito além da mera legalidade ou de conceitos desprovidos de efetivo significado, validando apenas as interpretações concretamente adequadas à realização dos valores consagrados no texto constitucional.

Assevera-se, contudo, que soluções para condutas administrativas desvirtuadas do interesse público legítimo, passam por questões não apenas legais, mas condutas éticas, que devem nortear a atividade administrativa. A perspectiva relacional administrativa apresenta-se como um novo direcionamento nas condutas administrativas, eis que a verticalização através do ato administrativo não se mostra condizente com o Estado democrático de direito, o que é verificável através de

exemplos seja de desconformidade constitucional da conduta administrativa, ou de falta de adequação de meios a fins, não obstante também se perceba certa evolução, a exemplo dos contratos administrativos, conforme se demonstrará.

5.2.5 Exemplo típico de desconformidade constitucional: o ato administrativo de remoção do servidor por interesse público

O procedimento é essencial como meio de discussão e participação democrática do cidadão na atividade administrativa, estabelecendo-se através do contraditório em simetria de partes e condições, decisões com maior caráter de legitimidade, e não apenas a mera legalização do decidido através da forma. Evidencia-se, justamente por não se apresentar a perspectiva de discussão processual, como um dos grandes resquícios da verticalização administrativa, no qual sobreleva o interesse do serviço, o ato administrativo de remoção do servidor.

A doutrina e jurisprudência têm sustentado que a Administração Pública visando atender ao interesse público, e para não produzir descontinuidade em seus serviços, pode remover seus servidores, dentro do seu quadro e das atribuições inerentes ao cargo, tendo em vista, fora as exceções constitucionais, não possuírem direito a inamovibilidade.

MANDADO DE SEGURANÇA. REMOÇÃO DE SERVIDORAS PARA LOCAL DIVERSO DAQUELE ONDE PRESTAM SERVIÇOS. INAMOVIBILIDADE. DIREITO INEXISTENTE. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. - É discricionário o poder da Administração de transferir seus servidores através de ato motivado, no interesse do serviço público e dentro do quadro a que pertencem. Todavia, o ato consistente na remoção do local de trabalho "ex officio" de servidor público não pode prescindir de formalidade, tampouco pode estar despidido de motivação, sob pena de revelar-se ilegal. Demonstrada a arbitrariedade do ato combatido, impõe-se a concessão da segurança, tornando sem efeito o ato administrativo que resultou na remoção das impetrantes.¹⁷

Constata-se que conceitos indeterminados como o interesse do serviço e certas formas de agir administrativo, neles embasados, apresentam inadequação constitucional, não havendo uma clara distinção entre prerrogativas estatais, sujeições aos cidadãos e condutas desconformes com os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, verificando-se que conceitos vazios de

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Processo nº 1.0079.08.427811-2/001(1)

conteúdo procuram legitimar ações estatais que não se adequam ao Estado democrático de direito.

No campo das relações de trabalho com o Estado, faz-se igualmente necessária a rediscussão sobre o conceito de interesse público para embasar as remoções de servidores públicos, que se processam utilizando para serem legitimadas o conceito de “interesse do serviço”, tido como uma das ramificações do conceito de interesse público, não obstante nem sempre isto se observe diante do caso concreto.

Tendo em vista a continuidade da prestação da atividade estatal deve-se questionar se o interesse do serviço é um conceito que induz a pensar numa discricionariedade administrativa inerente à atividade estatal para fins de qualquer remoção de servidor ou se carece da necessária interpretação e aplicação conforme os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais.

Percebe-se que, apesar de ter havido a transposição do Estado de polícia para o Estado de direito e principalmente para o Estado democrático de direito, conceitos vazios de conteúdo de legitimidade podem esconder condutas que não se adequam ao ordenamento jurídico, utilizando-se o conceito interesse público para abarcar todas e quaisquer situações de sujeição ou prerrogativa, divorciadas de uma atividade administrativa legítima.

Diante de tais condutas devem ser estabelecidos mecanismos que proporcionem efetividade aos direitos assegurados constitucionalmente, conferindo maior segurança quanto à utilização de conceitos indeterminados, assegurando ao servidor público o livre exercício da função pública contra ato de arbitrariedade cometido por aqueles que estão em posição de superioridade devido à hierarquia funcional.

A relação jurídica entre o Estado e aqueles detentores de cargo público, não é de índole contratual, como aquela que rege as relações de trabalho do direito privado. A relação é de direito público, e conforme se assentou na doutrina, decorre exclusivamente da lei, e não da autonomia da vontade das partes, não podendo ser alterada senão em virtude da própria lei, respeitados os direitos já incorporados.

O regime contratual como não poderia deixar de ser, também se encontra sob influxo da lei, contudo, nos contratos individuais de trabalho, admite-se, por mútuo consentimento a alteração das respectivas condições, desde que tal não resulte direta ou indiretamente prejuízos aos empregados, sob pena de nulidade da cláusula

infringente desta garantia, podendo-se mesmo dizer, que em certos aspectos legais o regime contratual mostra-se mais condizente com a realidade democrática.

Afirma-se que o estatuto, observada a sua especialidade, origina-se da substituição de vontade por determinações legais, o qual como adverte Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2002, p. 45), no seu aspecto exterior define-se por um conjunto delimitado de normas regulamentadoras de relações sociais determinadas tendo em vista certos princípios e fins específicos:

A concepção do estatuto jurídico como conjunto delimitado de leis, compostas para a regulamentação sistemática de determinada parcela das relações sociais, traz uma idéia de segregação. No seu aspecto exterior, formal, o estatuto jurídico define-se por um conjunto de normas regulamentadoras de relações sociais determinadas em apreço a certos princípios e fins específicos. A autonomia jurídica do estatuto importa na conexidade da matéria regulamentada, que a ordem jurídica considerou como bastante à formação de um corpo de leis próprio. Já em seu aspecto material, compreende o estatuto jurídico situações jurídicas entrelaçadas e entrelaçantes, cujos direitos e deveres se compõem para o estabelecimento de certos efeitos uniformes à afirmação de círculos especiais de tutela jurídica (VILHENA, 2002, p.45).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro consolidou entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, vez que o vínculo entre o servidor e a Administração Pública é de direito público, definido em lei, não sendo cabível invocar tal postulado para tornar imutável o regime jurídico ao contrário do que ocorre com vínculos de natureza contratual de direito privado, este último, protegido contra modificações posteriores da Lei, respeitando-se em quaisquer casos os direitos já incorporados e a irredutibilidade de vencimentos.

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. Servidor Público. Direito Adquirido. Regime Jurídico. Inexistência. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte se consolidou no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. O vínculo entre o servidor e a Administração é de direito público, definido em lei, sendo inviável invocar esse postulado para tornar imutável o regime jurídico, ao contrário do que ocorre com vínculos de natureza contratual, de direito privado, este sim protegido contra modificações posteriores da lei. 2. Agravo regimental improvido.¹⁸

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. Servidor Público. Direito adquirido. Regime Jurídico. Inexistência. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte se consolidou no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. O vínculo entre o servidor e a Administração é de direito público, definido em lei, sendo inviável invocar esse postulado para tornar imutável o regime jurídico, ao contrário do que ocorre com vínculos de natureza

¹⁸ Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário-Agravo Regimental 287261 - Estado de Minas Gerais, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Relatora Ministra Ellen Gracie. Julgamento: 28.06.2005 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: Diário da Justiça 26.08.2005.

contratual, de direito privado, este sim protegido contra modificações posteriores da lei. 2. Agravo regimental improvido.¹⁹

O que se questiona é a abrangência do interesse público que não se legitima fora da Constituição da República e dos fatos materiais que o cercam, já que este não pode ser considerado apenas como cláusula abstrata em que se escora a Administração Pública para motivar suas diversas condutas, sem correlação com os fatos de uma determinada questão. A motivação unilateral do ato que se projeta sobre a esfera de direitos de terceiro não basta no Estado democrático de direito.

As alterações do regime encontram-se igualmente limitadas pelas disposições constitucionais pertinentes que regem os servidores e o próprio Estado, conformando-se tais alterações ao sistema constitucional. Assim, para a afirmação de que o servidor não tem direito à imutabilidade do regime deve-se considerar que as possíveis alterações devem sofrer necessariamente o influxo dos princípios constitucionais específicos no que se refere à Administração Pública, observando-se os direitos e garantias constitucionais assegurados aos servidores públicos, e ainda, os princípios constitucionais gerais aplicáveis, com ênfase nos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com o princípio da supremacia da Constituição da República, todas as situações jurídicas devem guardar conformidade com os princípios e preceitos constitucionais, resultando tal princípio segundo José Afonso da Silva (2006, p. 46-47) da compatibilidade vertical das normas do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido que aquelas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, sendo que as que não forem compatíveis serão inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores. Segundo o autor *“Essa incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico, entendido por isso mesmo, como reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária”* (SILVA, 2006, p. 47).

Outro aspecto a ser observado, após a verificação da conformidade constitucional refere-se ao fato de que, o que se muda é o modo de exercer a

¹⁹ Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário-Agravo regimental 287261 – Estado de Minas Gerais - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Relatora: Ministra Ellen Gracie - Julgamento: 28.06.2005 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: Diário da Justiça 26.08.2005.

função, e este modo de exercer, prende-se a questões ligadas ao interesse público verificado em concreto diante de um determinado caso posto a exame pela Administração Pública. Em relação à prestação de serviços públicos é de se considerar que se existem interesses da coletividade a serem atendidos, o que fica claro é que tais interesses são móveis ao evoluir da sociedade, e havendo alteração dessa base material o exercício da função pública não deve ser imutável, mas também é de se evidenciar que interesse público é um conceito que carece de determinação e esta deve ser verificada sempre diante do caso concreto.

Ao se alegar que o servidor não tem direito à imutabilidade do regime deve-se considerar o influxo das garantias constitucionais que abarcam quaisquer situações, podendo haver oposição à mutabilidade quando verificada uma desconformidade administrativa diante das garantias constitucionais. Neste sentido, a atualidade de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (2002, p. 29):

Dentro de situações flexíveis, as regras de direito adaptam-se às exigências e à evolução de condutas, atos – fatos interindividuais. Como ente condicionante (ordem jurídica) e condicionado (sujeito de direito), o Estado, dentro dessa ordem social, sujeita-se também à permanente mutação dos tropos jurídicos e à inovação dos princípios políticos, quando pretende utilizar trabalho como um desprendimento de energias individuais em seu benefício.

Neste duplo caráter (garantia do servidor diante das normas constitucionais e garantia de atendimento do interesse público em concreto) é que deve ser entendida a possibilidade de resistência ao ato administrativo de remoção do servidor, e não obstante, o entendimento de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 530) de que “*o servidor é apenas meio e não fim da Administração*”, todas as condutas administrativas devem ser realizadas na exata medida desse mesmo interesse público, mas não como cláusula geral, desprovida de sentido e utilidade.

O direito de resistir é inerente à Democracia²⁰, opondo-se o cidadão quando verificar o desrespeito aos seus direitos garantidos pelo texto constitucional, de forma própria, ou quando, em medida de urgência tiver que defendê-los sem a intervenção estatal, em tal sentido pode o cidadão utilizar-se das medidas cautelares na mesma medida em que são utilizadas as cautelares no direito processual civil.

²⁰ O direito de resistência é uma das importantes garantias concedidas ao cidadão no direito constitucional português, nos termos do artigo 21 da Constituição Portuguesa, frente a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias, bem como a faculdade de repelir pela força, qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

Propiciar meios que assegurem a concreção do interesse público legítimo é o propósito que se pretende na atividade administrativa, e tal não é indiferente quando se refere à segurança dos servidores públicos, em especial quanto às remoções por “interesse do serviço”, pois, muitas vezes, o que se constata é a ausência do interesse público em concreto para motivar o ato, havendo não raro medidas desproporcionais e a presença de atos atentatórios aos direitos da personalidade, com caráter coercitivo ou intimidatório, que em última análise constituem a antítese do interesse público, havendo interesses pessoais e não o fim de atendimento social que deve buscar o Estado.

Assim, as remoções por interesse do serviço podem configurar assédio moral na sua modalidade vertical, que se verifica entre sujeitos de níveis hierárquicos distintos, em relação de subordinação, sendo possível a sua configuração mesmo que seja indicada a pessoa jurídica e não a pessoa física, eis que no caso, trata-se de responsabilidade estatal frente o não atendimento dos direitos fundamentais, prevalecendo a responsabilidade estatal na forma do artigo 37, § 6º da Constituição da República (BRASIL), não havendo por isso, a necessidade da indicação específica do agente causador do dano.

Na jurisprudência verifica-se tendência no sentido de não ser o ato de remoção totalmente discricionário, dependendo o poder da Administração Pública de transferir seus servidores, de ato devidamente motivado, requisito essencial do ato, demonstrando-se o interesse público em concreto, sob pena de invalidade. Tais interpretações derivam do texto constitucional, não sendo de se admitir quaisquer condutas administrativas que se projetem sobre a esfera de direitos de terceiros através de discricionariedade da Administração Pública, mesmo porque, deve ser considerada a inexistência de discricionariedade administrativa no que se refere aos conceitos jurídicos indeterminados:

SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO/TRANSFERÊNCIA SEM MOTIVAÇÃO – IRREGULARIDADE. O ato de remoção/transferência de servidor público não é puramente discricionário, devendo os administradores públicos motivá-lo, ante o mandamento constitucional de estreita observância às normas e princípios que regem a administração pública. Honorários advocatícios indevidos – ausência de assistência sindical - Não se encontrando a reclamante assistida pelo Sindicato de sua categoria profissional, deve ser afastada da condenação a verba honorária.”²¹

²¹ Tribunal Regional do Trabalho – 22ª. Região – Recurso Ordinário: 190200910222002 PI 00190-2009-102-22-00-2 - Relatora Liana Chaib. Julgamento: 16/03/2010 - Órgão Julgador: Segunda Turma

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO NÃO-DEMONSTRADO. NULIDADE CONFIGURADA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. SENTENÇA CONFIRMADA .

I - A motivação, enquanto elemento do ato administrativo que concretiza a remoção, visa à garantia da preservação dos direitos do servidor e à demonstração inequívoca de obediência estrita ao interesse público.

II - Ordenada a remoção de servidor pela Administração Pública, sem a exteriorização do motivo justificador do deslocamento, é de se reconhecer a nulidade do ato. III - Apelação desprovida .²²

AGRAVO DE INSTRUMENTO - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL - REMOÇÃO - OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO - ILEGALIDADE DO ATO. A remoção de servidor público é considerada ato administrativo de natureza discricionária que, implicitamente, compreende sua motivação. A ausência desta, contamina a validade substancial do ato administrativo.²³

Deve-se ressaltar que, no Estado democrático de direito, qualquer ato que amplie prerrogativa da Administração Pública e pretenda restringir direitos do cidadão deve assumir a forma processual discursiva, diante do caso concreto e das disposições constitucionais, não bastando a alegação formal de interesse público, com a mera subsunção à norma, não havendo como presumir previamente a legitimidade do ato unilateral se não houve um momento sequer de discussão entre a Administração Pública e aquele sobre o qual o ato administrativo reflete.

A legitimidade do ato administrativo não se encontra em formalidades legais. A legitimidade do ato está na demonstração concreta do interesse público e na sua vinculatividade à Constituição da República, em especial no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. A legitimidade do ato no estado democrático de direito não dispensa o contraditório em condições paritárias na defesa de quaisquer direitos, não havendo nenhuma excepcionalidade.

Desta forma, a depender a legitimidade do ato da discussão processual, não pode tal legitimidade ser concebida como inerente e inicial ao ato administrativo de remoção. A legitimidade do ato só se verifica, portanto, após a discussão que se opera através do processo administrativo, antes não há como aferi-la, sendo apenas uma prerrogativa sem escopo constitucional, cabendo no caso, a mesma inquietação

²² Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – Apelação Cível: AC 362862009 MA - Relator Marcelo Carvalho Silva - Julgamento: 21/01/2010

²³ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - Agravo de Instrumento: AI 298541 SC 2007.029854-1 - Relator Volnei Carlin - Julgamento: 07/01/2008 - Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público

de Jürgen Habermas: de onde afinal é que as normas jurídicas obtêm sua legitimidade?

No início de minha reconstrução do sentido de uma ordem jurídica legítima situa-se a decisão de um grupo (aleatório) de pessoas que a partir de então querem regular seu convívio com recursos do direito positivo, e que dão início, portanto, a uma práxis em comum, com a qual possam levar a cabo essa intenção. O sentido performativo dessa práxis geradora de constituições consiste assim em revelar e decidir em comum quais são os direitos que (sob a premissa já mencionada) cabe aos envolvidos reconhecer de maneira recíproca. Portanto, preceituam-se duas coisas à práxis geradora de constituições: o direito positivo como médium de regulamentações vinculativas, bem como o princípio discursivo como instrução para os aconselhamentos ou decisões racionais. Uma combinação e imbricamento desses dois elementos formais tem de bastar para a instauração de processos de criação e aplicação do direito legítimo (HABERMAS, 2007, p. 339).

Constata-se que, ao pretender presumir a legitimidade do ato administrativo pela mera alegação do interesse do serviço, a discussão que deveria preceder o ato, desloca-se para um momento posterior, que ocorrerá através da discussão judicial, devendo ser buscada uma inversão desse processo, trazendo a discussão para a esfera administrativa, impondo-se, não obstante a necessidade de mecanismos efetivos de controle.

No aspecto da tutela jurisdicional, muito se avançou, mas esta representa o final de um ciclo no qual se busca a efetividade dos direitos. O que se pretende é que a efetividade dos direitos seja alcançada previamente na esfera administrativa, pois os direitos não podem começar a ter aplicação apenas quando se recorra à tutela jurisdicional, porque esta se apresenta quando já possa ter ocorrido uma desconforme conduta administrativa.

Assim, é preciso que se traga para a esfera administrativa a participação cidadã, transpondo a Administração Pública a sua mais tradicional forma de manifestação, o ato administrativo, impondo-se a perspectiva relacional entre Estado e cidadão, verificando-se a importância dos Conselhos na Administração Pública, como órgãos não apenas deliberativos, mas de controle quanto às decisões administrativas levadas a recurso.

Os Conselhos de Administração possuem importância essencial em relação à discussão das questões administrativas, geralmente em grau recursal. Contudo, os Conselhos administrativos necessitam de autonomia e independência nas suas manifestações, o que poderá ser adequadamente alcançado com efetiva

participação da sociedade civil em sua composição, para fins de controle das decisões administrativas em direção a uma democracia participativa.

5.2.6 Exemplo de inadequação entre meios e fins: o direito à moradia e a expropriação por dívida. Em busca da justiça material.

O direito procedimental deve servir não apenas às decisões legais, mas às decisões justas essenciais à proteção efetiva dos titulares de direitos fundamentais, assim, não basta a mera concatenação de atos para legalização da forma, exige-se uma adequação material da decisão em relação aos direitos fundamentais para que as decisões possam se apresentar legítimas.

Para Robert Alexy (2008, p.201-202) os direitos que o cidadão tem a ações estatais positivas dividem-se em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e outro cujo objeto é uma ação normativa. A ação positiva fática, a exemplo, poderá ocorrer com a fundamentação do direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à concretização de um determinado direito, sendo que, o fato da satisfação desse tipo de direito ocorrer por meio de alguma forma jurídica, não transforma o seu caráter de direito à ação fática. A irrelevância da forma jurídica para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direito a ações positivas fáticas e direito a ações positivas normativas.

Os direitos a ações positivas normativas, por sua vez, são direitos a atos estatais de criação de normas, distinguindo-se do direito a prestações, o qual se refere às ações positivas fáticas. Assim, adotando-se um conceito amplo de prestação, os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais, constituindo os direitos sociais, parte importante dos direitos a prestações, porém, de âmbito mais amplo. Todo direito a uma ação positiva é um direito a uma prestação, tal definição é o oposto do direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação estatal negativa.

Segundo Robert Alexy (2008, p. 444-445), na maioria das vezes a expressão direito a prestações é associada à ideia de um direito a algo que o titular do direito poderia obter de outras pessoas privadas se dispusesse dos meios financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta também suficiente.

Assim, há dois motivos decisivos para estender o conceito de direito a prestações além de prestações fáticas, igualmente aos direitos a prestações

normativas: 1) nos direitos fundamentais sociais que são considerados direitos a prestações por excelência há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas e uma parte a prestações normativas; 2) direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na persecução de seus objetivos, mas não dizem nada sobre que objetivos deverão ser perseguidos. Direitos a ações positivas do Estado impõem ao Estado em certa medida, a persecução de certos objetivos, por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos (ALEXY, 2008, p. 444-445):

Os direitos a prestações (em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: (1) direitos a proteção; (2) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito.
[...] Os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se se tratar de direitos subjetivos e de nível constitucional.

No sistema constitucional brasileiro a disposição contida no artigo 5º § 1º da Constituição da República (BRASIL, 1988) abrange os direitos fundamentais sociais, não havendo diferenciação entre direitos de defesa e os direitos de proteção, no que se refere a sua aplicabilidade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2011) os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa ou na dimensão prestacional, constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, encontrando-se os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional a serviço da igualdade e da liberdade material, visando a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de existência digna.

Ressalta-se que o direito à moradia e a expropriação por dívida nos termos da Lei Federal 8009 de 29 de março de 1990 (BRASIL) são temas que suscitaram intenso debate, muito embora, não tenham surtido os desejados efeitos, ou seja, a obrigatória predominância da Constituição da República sobre legislação infraconstitucional, fazendo prevalecer o interesse público por esta determinado, razão pela qual se retoma o tema.

O direito à moradia encontra-se incluído no elenco dos direitos de subsistência como expressão mínima do próprio direito à vida, apresentando-se como direito fundamental autônomo, exercendo a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo quanto material

fático (SARLET, 2011). Verifica-se na dimensão negativa dos direitos fundamentais (direito de defesa), que a moradia como bem jurídico fundamental encontra-se protegida contra toda e qualquer agressão de terceiros, tendo o Estado, como os particulares o dever de respeitar tal direito contra medidas violadoras, e, muito embora a Constituição da República não defina um conteúdo mínimo para o direito à moradia, assumem lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos firmados pelo Brasil, havendo uma íntima conexão com a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011).

O direito à moradia foi formulado inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, tendo o Brasil como um dos seus signatários (MORAIS; DA GUIA; DE PAULA, 2006). Posteriormente, o direito à moradia foi disciplinado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966, ratificado igualmente pelo Brasil, que em seu artigo 11, §1º dispôs que os Estados reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometem-se a tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, considerado um dos mais importantes instrumentos legais na esfera internacional sobre o direito à moradia foi aprovado pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 226, de 1991) e pela Presidência da República (Decreto nº 591, de 1992). Já em 1996, realizou-se em Istambul, a segunda Conferência da ONU sobre assentamentos humanos, que aprovou a Agenda Habitat, adotada pelo Brasil, reafirmando o direito à moradia na seção III, item 8, que reitera o comprometimento da comunidade internacional com a realização completa e progressiva do direito à moradia adequada (MORAIS; DA GUIA; DE PAULA, 2006).

Apesar de toda a construção que se formou sobre a aplicação dos princípios, ainda se nota no Brasil, que certas leis e atos normativos se encontram em desconformidade com as disposições constitucionais e com as modernas teorias de interpretação jurídica, a exemplo, entre outros, da exceção prevista no artigo 3º da Lei Federal 8009 de 29 de março de 1990 (BRASIL) que se encontra em nítido confronto com o artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Dispõe o art. 1º da Lei Federal 8009 de 29 de março de 1990 (BRASIL) que o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de

outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses nela previstas, compreendendo a impenhorabilidade o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei Federal 8009 de 29 de março de 1990 (BRASIL) dispõe que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.

Estabelece o artigo 6º da Constituição da República (BRASIL, 1988) que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a alimentação, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma por ela estabelecida. Como já referido, mesmo que fora das disposições contidas no artigo 5º da Constituição da República (BRASIL, 1988), o direito à moradia constitui-se em direito fundamental, ostentando duplo caráter, ou seja, direito de defesa e direito à prestação a ser assegurado pelo Estado, eis que a atuação estatal na concretização constitucional deve resguardar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Indiscutível que não há como se interpretar um direito fundamental dirigido à dignidade humana, em vertentes antagônicas; ou seja, se o direito à moradia é reconhecido como direito fundamental, tanto de defesa quanto de prestação, como estabelecer-se em texto infraconstitucional que em casos de cobrança de dívidas (não se tratando sequer de outro princípio, para fins de compatibilização) possa ser tal direito excepcionado.

O caráter meramente obrigacional (cobrança de dívida) a excepcionar direito fundamental fica claro quando se observa às exceções constantes do artigo 3º, IV da Lei 8009 de 29 de março de 1990 (BRASIL). Como se observa, a lei nesse caso, sob hipótese absurda, mas que se concretizou, pretendeu sobrepor-se à Constituição da República. Ressalte-se que para cobrança de dívidas há e sempre houve procedimentos próprios, sendo inconstitucional sobrepor a norma infraconstitucional à Constituição, como se a interpretação da lei pudesse ser autônoma, desvinculada do texto constitucional.

No caso da atuação estatal referente ao Imposto Predial e Territorial Urbano, mais grave se apresenta a exceção, eis que ao expropriar a moradia, bem de família com a cobrança do imposto, investe-se contra direito fundamental a ser protegido e assegurado pelo Estado, além de trazer um custo social a ser compartilhado posteriormente por toda a sociedade, eis que o desapossamento poderá trazer consequências materiais e danos sociais muito maiores que a medida estatal empreendida, não possuindo qualquer conteúdo de proporcionalidade, no sentido de adequação e necessidade, a legitimar a atuação estatal, havendo inclusive confronto com o artigo 3º da Constituição da República (BRASIL, 1988) que prevê como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização.

A moradia por simples dívida não pode ser objeto de intervenção de terceiros ou do Estado e ainda sendo direito fundamental, exige prestações estatais positivas.

Não há como reconhecer a impenhorabilidade absoluta do bem de família, direito irrenunciável para um caso e para outro (por mera cobrança de dívidas) excepcioná-lo, como se percebe nas seguintes decisões judiciais:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - BEM DE FAMÍLIA - LEI Nº. 8.009/90 - NATUREZA JURÍDICA - IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA - PROTEÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA - IRRENUNCIABILIDADE. A Lei nº. 8.009/90 disciplina hipóteses de impenhorabilidade absoluta, com normas de caráter público, impositivo, constituindo direito irrenunciável. Portanto, em virtude da natureza jurídica desse diploma legal, ainda que o executado ofereça o bem à penhora, tal ato não pode ser considerado como renúncia ao direito previsto na lei em questão, para especial proteção dos membros da entidade familiar que utilizam o imóvel para moradia, podendo inclusive o próprio devedor embargar para alegar a nulidade da constrição. O fato de não haver averbado a construção da casa destinada a residência da família no registro do imóvel, não afasta a responsabilidade do credor pela constrição, já que é o responsável pela indicação do bem a penhora. Súmula: Rejeitaram preliminar e negaram provimento.²⁴

EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - POSSIBILIDADE. Conforme previsto no art. 3º, IV, da Lei nº. 8.009/90, em sede de execução fiscal é penhorável o imóvel residencial se a cobrança decorre de dívida de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) a incidir sobre o bem de família. Súmula Negaram provimento.²⁵

²⁴ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Número do processo: 1.0261.04.030180-4/001(1) - Relator: Dárcio Lopardi Mendes - Data do Julgamento: 06/09/2007 - Data da Publicação: 27/09/2007.

²⁵ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Número do processo: 1.0439.06.058076-8/001(1) - Relator: Edivaldo George dos Santos - Data do Julgamento: 11/11/2008 - Data da Publicação: 05/12/2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - BEM DE FAMÍLIA - PENHORA - POSSIBILIDADE - DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. - O bem de família é protegido pela Lei 8.009/90, contudo a impenhorabilidade do bem de família não é oponível para cobrança de Imposto Predial Territorial Urbano devido em função do imóvel familiar, a teor do artigo 3º, IV, da citada Lei.- O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional a sua carga coativa.- O princípio da razoabilidade tem o objetivo de coibir excessos desarrazoados, procurando evitar restrições desnecessárias ou abusivas.- Recurso desprovido. Súmula: Negaram provimento, vencido o 2º Vogal.²⁶

A questão que se coloca é: direitos fundamentais não são absolutos, princípios não são absolutos, mas onde se fundamentam essas decisões? As decisões em quaisquer esferas estatais devem estar submetidas a uma racionalidade sistêmica. Não é a mera racionalidade da sociedade, mas esta, abarcada pelo texto constitucional que conduza a decisões aceitáveis sob a ótica social e jurídica, sempre buscando a realização do interesse público em concreto, para que não se conduza a desastrosas decisões estatais, sem qualquer conteúdo de legitimidade.

Pela influência do positivismo sempre houve uma preferência às regras, contudo nas sociedades modernas, pela sua complexidade e dinamismo, não basta a aplicação de regras como fórmulas matemáticas, devendo-se levar em conta a concretização constitucional para a realização das funções do Estado de forma satisfatória, segundo as finalidades previstas constitucionalmente.

Assim, a existência de um sistema jurídico cuja formulação se baseia em princípios, inseriu no ordenamento jurídico, ações onde a interpretação deve ser feita diante do caso concreto, passando a exigir tanto do administrador como do aplicador do Direito um cuidado no momento da sua avaliação.

Nas sociedades modernas as decisões devem partir do núcleo dos direitos fundamentais que justificam a própria existência do Estado e suas formas de atuação, tendo em vista que o Estado se encontra a serviço dos cidadãos e não o seu inverso, necessitando de uma postura dialógica e de menor coerção que aproxime Estado e sociedade.

Superadas as questões relativas à inconstitucionalidade, no caso das decisões estatais, observa-se que o processo que conduz à expropriação do

²⁶ Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Número do processo: 1.0231.06.064533-1/001(1) - Relatora: Heloísa Combat - Data do Julgamento: 13/05/2008 - Data da Publicação: 24/06/2008.

cidadão, serve apenas para legalizar a mera forma, não se apresentando no caso a justiça material, além de um discurso de justificação estatal sem legitimidade, não havendo paridade de condições entre as partes, tendo em vista a qualidade de um dos sujeitos processuais.

5.2.7 A perspectiva relacional processual nos Contratos da Administração Pública: a busca por um novo direcionamento?

No direito italiano devido às influências do direito francês e alemão houve uma divisão de posicionamentos quanto a existência do contrato com participação da Administração Pública. Errico Presuti (1917, p. 310-312) desde o começo do século XX já aceitava a figura do contrato de direito privado na Administração Pública italiana, porque entendia que eram realizados verdadeiros e próprios contratos, nos quais não se sucediam atos de império, muito embora autores como Forti, Pacinotti e Barassi entendessem que não existia a figura do contrato de direito privado na Administração Pública. Posteriormente, entendeu-se que a Administração Pública italiana para alcançar as finalidades públicas encontrava-se legitimada a utilizar tanto instrumentos de direito público quanto do direito privado como o contrato.

Na doutrina brasileira observaram-se diferentes posicionamentos em relação aos contratos administrativos. Considerou-se inicialmente a inexistência do contrato administrativo, tendo em vista a desigualdade entre as partes (supremacia da Administração Pública), bem como por entender-se não haver observância aos princípios da força obrigatória das convenções e da autonomia da vontade. Houve ainda considerações sobre a inexistência do contrato administrativo baseando-se no fato de que os contratos celebrados pela Administração Pública, obedecem geralmente um contrato-padrão, elaborado unilateralmente, que em geral repete os preceitos contidos na lei, levando-se ao entendimento de que eram meros atos unilaterais e não relação contratual.

Posteriormente em nova concepção, admitiu-se que todos os contratos eram administrativos, não existindo, assim, o contrato de direito privado, porque em todos os acordos de que participava a Administração Pública, havia sempre a interferência do regime jurídico administrativo. Seguiu-se outro posicionamento, admitindo a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, com

regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado.

É de se considerar que no contrato administrativo, mesmo que as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, para que o contrato possa se aperfeiçoar torna-se imprescindível o consentimento da outra parte, assumindo o particular, direitos e obrigações frente ao poder público, não havendo, portanto, a imperatividade que caracteriza os atos unilaterais, não lhe retirando a natureza contratual, por si só, o estabelecimento unilateral das cláusulas contratuais, ressaltando-se que aquele que pretende contratar com a Administração Pública pode impugnar mesmo antes da contratação, as cláusulas contratuais que acaso violem os seus direitos, abrindo-se a perspectiva discursiva.

No Brasil por ocasião do Decreto Federal 2300 de 21.11.1986²⁷ (art. 52, § 3º) e atualmente, tendo em vista as disposições do artigo 62 § 3º da Lei Federal 8666 de 21 de junho de 1993 (BRASIL) que manda aplicar o disposto no artigo 55 (cláusulas obrigatórias) e 58 (regime jurídico dos contratos administrativos) aos contratos de seguro, de financiamento, de locação quando seja locatário o poder público e aos demais cujo conteúdo seja regido predominantemente por normas de direito privado, bem como aqueles em que a Administração for parte como usuária de serviço público, forçoso concluir que houve a intenção do legislador de publicizar os contratos da Administração Pública, talvez pelo fato de que no contrato administrativo a Administração Pública afirma a sua supremacia estatal fixando as cláusulas exorbitantes.

Contudo, o regime jurídico dos contratos administrativos não se apresenta totalmente incompatível com o regime de direito privado, verificando-se aproximações entre os regimes, a exemplo da rescisão do art. 58 da Lei Federal 8666 de 21 de junho de 1993 (BRASIL) que pode ser perfeitamente compatibilizada com as disposições do direito privado, não sendo uma prerrogativa exclusiva da Administração Pública. Igual raciocínio, quanto às disposições referentes aos poderes de direção e fiscalização comuns especialmente nos contratos de prestação de serviços, não configurando exorbitância do direito privado, o mesmo se dizendo quanto à aplicação de sanções contratuais por inadimplemento, ressaltando-se, que relativamente à suspensão temporária de contratar com a Administração, não faria

²⁷ O Decreto Federal 2300 de 21.11.1986 encontra-se revogado pela Lei Federal 8666 de 21 de junho de 1993.

sentido num contrato privado, visto que entre os particulares há liberdade de contratar ou não quem queiram, assim, a sua inclusão num contrato privado não seria ilícita, mas apenas inócua, já a declaração de inidoneidade seria ilícita num contrato de direito privado, tendo em vista tratar-se do exercício de poder estatal.

Apesar das cláusulas exorbitantes ditas asseguradoras do interesse público, verifica-se que a sua conformação deve encontrar-se de acordo com a norma constitucional, em tal sentido, apresenta-se o devido processo, o contraditório e a ampla defesa que devem estar presentes, entre outros, nos processos de aplicação de sanção, de desfazimento dos contratos por razão de relevante interesse público, sob pena de nulidade.

Apresenta-se igualmente nas contratações administrativas, a força obrigatória das convenções, nesse sentido o cidadão que contrata com a Administração Pública, não fica entregue a toda e qualquer alteração unilateral do contrato, admitindo-se, inclusive, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas contratações administrativas, sob pena do enriquecimento sem causa da Administração, verificando-se uma conjugação dos princípios do direito comum, com os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, aplicáveis às contratações públicas, conforme posicionamentos da Jurisprudência:

a) *Pacta sunt servanda*:

ADMINISTRATIVO. RESCISÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PACTA SUNT SERVANDA. NOTIFICAÇÃO DE NÃO PRORROGAÇÃO. NECESSIDADE. SUSPENSÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA.

1. Não constitui subcontratação, que justifique a rescisão do contrato administrativo, a contratação de empresas consolidadoras, que representam as companhias aéreas no fornecimento dos bilhetes de passagens aéreas, prática esta comum e legal, que em nada interfere na prestação dos serviços contratados pelo INCRA.

2. Não possuindo o INCRA causa justa para rescindir o contrato, deveria, respeitando o princípio do pacta sunt servanda, notificar o contratado, com antecedência de noventa dias, de sua intenção de não mais prorrogar o contrato de prestação de serviços, conforme dispôs a cláusula sexta do contrato, conferindo ao contratado o direito de exercer o contraditório e a ampla defesa. 3. Remessa oficial não provida.²⁸

²⁸ Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Terceira Turma suplementar, 08 de Maio de 2003, Fragmento nº 1999.01.00.079255-8. Autuado em: 6/9/1999 - Processo Originário: 19983400019550-0/DF.

b) Enriquecimento sem causa e aplicação da boa fé objetiva

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. COBRANÇA JUDICIAL. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PAGAMENTO DEVIDO.

1. Apesar do TCU ter proferido decisão mandando anular o contrato, houve uma segunda decisão da mesma Corte de contas anulando esta primeira, em razão do descumprimento do princípio do devido processo legal.

2. A alegação do recorrente de que a decisão do TCU anulou o contrato por ilegalidade, e portanto, descaberia pagamento ao recorrido pelos serviços irregularmente prestados não merece prosperar pois esta decisão foi revista pela própria Corte de contas.

3. Se o Poder Público continuou recebendo a prestação de serviços pelo recorrido sem se opor, não pode, agora, valer-se de disposição legal que prestigia a nulidade do contrato porque isso configuraria uma tentativa de se valer da própria torpeza, comportamento vedado pelo ordenamento jurídico por conta do prestígio da boa-fé objetiva (orientadora também da Administração Pública). 4. Recurso especial a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 28 de setembro de 2010 (data do julgamento). Ministro Mauro Campbell Marques.²⁹

c) Limitação ao poder de autotutela administrativa: inexistência de devido processo legal

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ANULAÇÃO DE LICITAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APÓS A CONCLUSÃO DAS OBRAS PELO PARTICULAR. AUSÊNCIA DO DEVIDO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. CINCO ANOS. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

1. O princípio da autotutela administrativa aplica-se à Administração Pública, por isso que a possibilidade de revisão de seus atos, seja por vícios de ilegalidade, seja por motivos de conveniência e oportunidade, na forma da Súmula 473, do Eg. STF, que assim dispõe: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

2. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Delegado Geral de Polícia (publicado no D.O.E. de 18/08/1998), consubstanciado na anulação do procedimento licitatório - efetuado com vistas à reforma da Delegacia de Polícia e Cadeia Pública de Capão Bonito/SP - e

²⁹ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 1.155.273 – Estado do Rio de Janeiro (2009/0169470-3)

invalidação do respectivo contrato celebrado com a empresa vencedora do certame em 06/12/1991, devidamente cumprido e executado.

3. A prerrogativa de rever seus atos (jurídicos), sem necessidade de tutela judicial, decorre do cognominado princípio da autotutela administrativa da Administração Pública.

4. Consoante cediço, a segurança jurídica é princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, por isso que não é despiciendo que a segurança jurídica seja a base fundamental do Estado de Direito, elevada ao altiplano axiológico. Sob esse enfoque e na mesma trilha de pensamento, J.J. Gomes Canotilho: "Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais". (José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional e Teoria da Constituição. Ed. Almedina: Coimbra, 4ª edição)

5. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 9.112/DF, 9.115/DF e 9.157/DF, na sessão realizada em 16/02/2005, decidiu que a aplicação da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, deverá ser irretroativa. Logo, o termo a quo do quinquênio decadencial, estabelecido no art. 54 da mencionada lei, contar-se-á da data de sua vigência, e não da data em que foram praticados os atos que se pretende anular.

6. O art. 54, da Lei 9.784/99 dispõe sobre o prazo decadencial para a Administração Pública anular os seus atos, explicitando que: "O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

7. In casu, além da prescrição ocorrente, consoante se infere do acórdão hostilizado à fl. 238, o ato anulatório não obedeceu o devido processo legal e as obras foram concluídas pelo vencedor da licitação, ora recorrido, o que revela a inviabilidade de a Administração anular a própria licitação sob o argumento de ilegalidade, mormente pela exigência de instauração do devido processo legal, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8. Deveras, a declaração de nulidade do contrato e eventual fixação de indenização também pressupõem observância ao princípio do contraditório, oportunizando a prévia oitiva do particular tanto no pertine ao desfazimento do ato administrativo quanto à eventual apuração de montante indenizatório.

9. O Supremo Tribunal Federal assentou premissa calcada nas cláusulas pétreas constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que a anulação dos atos administrativos cuja formalização haja repercutido no âmbito dos interesses individuais deve ser precedida de ampla defesa (AgRg no RE 342.593, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 14/11/2002; RE 158.543/RS, DJ 06.10.95.). Em consequência, não é absoluto o poder do administrador, conforme insinua a Súmula 473.

10. O Superior Tribunal de Justiça, versando a mesma questão, tem assentado que à Administração é lícito utilizar de seu poder de autotutela, o que lhe possibilita anular ou revogar seus próprios atos, quando eivados de nulidades. Entretanto, deve-se preservar a estabilidade das relações jurídicas firmadas, respeitando-se o direito adquirido e incorporado ao patrimônio material e moral do particular. Na esteira da doutrina clássica e consoante o consoante o art. 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99, o prazo decadencial para anulação dos atos administrativos é de 05 (cinco) anos da percepção do primeiro pagamento.

11. Ad argumentandum tantum, a teoria das nulidades, em sede de direito administrativo, assume relevante importância, no que pertine ao alcance dos efeitos decorrentes de inopinada nulidade, consoante se infere da ratio essendi do art. 59, da Lei 8666/91, "(...)A invalidação do contrato se orienta pelo princípio do prejuízo - vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menos onerosa para o interesse público. Na ausência de prejuízo ao interesse público, não ocorre a invalidação. Suponha-se, por exemplo, que a contratação direta (sem prévia licitação) não tenha sido precedida das formalidades necessárias. No entanto e posteriormente, verifica-se que o fornecedor contratado era o único em condições de realizar o fornecimento. Não haveria cabimento em promover a anulação, desfazer os atos praticados e, em seqüência, praticar novamente o mesmo e exato ato realizado anteriormente.(...)" Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo, Dialética, 9ª ed., 2002. Recurso especial desprovido.

ACÓRDÃO, Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decide, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 05 de setembro de 2006. Ministro Luiz Fux, Relator.³⁰

Nas contratações administrativas verifica-se que o regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, encontra-se mitigado, aplicando-se a tais contratações princípios gerais dos contratos advindos do direito privado, bem como os direitos e garantias fundamentais aos que contratam com a Administração Pública, eis que, a única supremacia existente encontra-se na Constituição da República.

Na atualidade, as contratações administrativas demandam novos e especializados serviços e produtos para fins do atendimento do interesse público em concreto, assim, a Administração Pública deve possuir instrumentos que garantam a sua consecução, contudo, não são os mesmos instrumentos utilizados por uma concepção rígida de separação entre os interesses da Administração e os interesses privados, altera-se igualmente a direção em relação aos contratos, notando-se que a especialização faz requerer não apenas contratados a quem simplesmente se imponham cláusulas exorbitantes para fins de assegurar o cumprimento das obrigações.

³⁰ Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 658.130 – Estado de São Paulo (2004/0052595-1) - Relator: Ministro Luiz Fux

À Administração Pública apresenta-se uma nova fase de parcerias, nas quais o interesse público seja assegurado não por cláusulas exorbitantes, mas por uma adequada e eficaz prestação de serviços ou fornecimentos, exigindo-se da Administração novas formas de gerenciamento e fiscalização contratual e igual especialização dos seus prestadores.

Diante do contexto atual da contratualização, as cláusulas exorbitantes apresentam-se em grande parte como o “aplicar a lei de ofício”, é necessário repensar e buscar uma nova direção em busca da eficiência nas contratações administrativas, assegurando-se não um interesse público em abstrato, mas o interesse público palpável a todo cidadão, verificando-se, não obstante, o surgimento nos contratos da perspectiva discursiva processual em correlação com as normas constitucionais, para assegurar os direitos daqueles que contratam com a Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

A participação política e a discussão pública são estruturantes da democracia, contudo, não basta apenas uma ordem discursiva, exigindo-se eticidade e emancipação dos participantes para que haja verdadeiro discurso, devendo haver indagação crítica sobre as variadas tipologias discursivas e suas consequências, apresentando-se de relevância a análise crítica do discurso para fins de situar o sujeito num determinado local político, objetivando evitar-se ao máximo a influência manipulativa, a qual acaba por minar a democracia, enfraquecendo o papel do cidadão como protagonista político.

Diante do Estado democrático de direito e da necessidade de argumentação que permeia a democracia contemporânea, constata-se que a análise crítica do discurso deve transpor-se, igualmente, para o discurso jurídico, especialmente em relação a certos procedimentos e conceitos jurídicos indeterminados utilizados para justificação das condutas estatais, como ocorre com o interesse público, o qual deve ser verificado diante do caso concreto, e não como princípio relacional em abstrato entre Administração Pública e cidadão.

Neste sentido, a supremacia do interesse público em abstrato e a legalidade estritamente formal, bem como certos conceitos incorporados ao direito administrativo encontram-se em desconformidade constitucional, carentes de legitimidade, verificando-se que diante da supremacia da Constituição da República as situações jurídicas devem guardar conformidade com seus princípios e preceitos, não se admitindo a existência de prevalência ou supremacia *a priori*, constituindo o caso concreto o ponto de partida para as decisões estatais.

Desta forma, conceitos indeterminados utilizados para afirmar o atuar administrativo passam a exigir correlação com uma concretização material específica, por sua vez, a supremacia da lei cede diante da supremacia constitucional, impõe-se não apenas a revisão dos conceitos largamente utilizados, mas dos instrumentos de ação administrativa, os quais necessitam de justificação, argumentação e adequação constitucional diante do Estado democrático de direito.

Observa-se que o ato administrativo cuja construção adveio do Conselho de Estado francês foi o instrumento utilizado para o trato vertical entre Estado e cidadão, considerando as prerrogativas administrativas e sujeições aos administrados, sendo produto de concepção ideológica, muito embora a sua

teorização tenha sido transposta para o direito brasileiro com idêntica matriz europeia, verificando-se no decorrer da construção dogmática, a tríade: legalidade estrita – supremacia do interesse público – ato administrativo, nisto se assentou e construiu o direito administrativo, sendo característica do ato, ser exercido no uso de prerrogativas públicas, numa perspectiva autoritária de sujeição do indivíduo à vontade estatal, não se adequando ao Estado democrático de direito.

O princípio da legalidade tendo em vista a concepção ideológica do Estado liberal assumiu a garantia de liberdade aos cidadãos. O Estado de direito exigiu a submissão estatal à lei como forma de garantia da liberdade, demonstrando-se através da história que a mera forma é incapaz de garantir liberdades, tornando-se de certa forma, apesar de não se desconsiderar a relevância legal, uma armadilha para o próprio cidadão diante de contextos formais dissociados da realidade, desconformes com as respostas sociais exigidas pelas sociedades em seus vários e múltiplos contextos.

Constata-se que foram transpostos para o direito administrativo brasileiro, fundamentos de legitimidade meramente formais, sem haver uma clara percepção de que a base fática que poderia sustentá-los havia mudado. Diante de tal contexto, novas formas de legitimidade foram requeridas por uma sociedade dinâmica e cambiante, impondo-se um novo trato entre Estado e cidadãos, que não mais se contentavam com a verticalização administrativa e instrumentos de autoridade, como o ato administrativo, fazendo-se necessárias na democracia contemporânea a argumentação e a participação popular, esta muito além do voto, exigindo novos mecanismos de ação estatal.

A partir do denominado pós-positivismo, com a normatividade dos princípios, a atividade interpretativa desloca-se para a Constituição da República, não sendo indiferente à atividade administrativa, requerendo, tendo em vista a unidade da Constituição, uma interpretação constitucional conjugada com os direitos e garantias fundamentais. O interesse geral que abarcava e justificava todo tipo de conduta administrativa e que se manifestava predominantemente através do ato administrativo sofreu o mesmo influxo constitucional, sendo inadmissível a supremacia de quaisquer princípios em abstrato, porque ao se admitir tal superioridade desconsidera-se a própria supremacia constitucional.

Diante da discussão pública e da análise crítica do discurso que permeiam a democracia, a atuação estatal passa a exigir argumentação, demonstração e

racionalidade. Assim, o eixo-gravitacional em que se encontrava o direito administrativo desestabiliza-se, não se mostrando adequado o ato administrativo como instrumento regente no trato com o cidadão, verificando-se que a supremacia do interesse público como forma abstrata de legitimidade não mais se justifica diante do constitucionalismo moderno que exige uma nova atividade da Administração Pública, é preciso interpretar. A lei não se aplica de ofício a qualquer situação, é preciso concretização constitucional.

Interpretar exigirá diante do caso concreto a decisão mais adequada dentro de critérios aceitáveis racionalmente, não se prendendo apenas às regras, situando-se a legitimidade além da forma; por outro lado, à unilateralidade apresenta-se a necessidade de discussão pública, sendo que os fundamentos de atuação administrativa passam a exigir reformulação, devendo o regime jurídico administrativo ser reconstruído.

As decisões passam a exigir um conteúdo de proporcionalidade, preservando os direitos fundamentais e os ideais de justiça, devendo ser adequadas, necessárias e razoáveis, não bastando a simples menção ou alegação aos conceitos jurídicos indeterminados para fins de legitimidade, os quais exigem demonstração concreta. A discussão com os sujeitos envolvidos se impõe para fins de compelir o Estado a demonstrar a racionalidade das decisões, afastando-se a atuação verticalizada e desconforme com as diretrizes constitucionais.

Observa-se, igualmente, que o direito do Estado deve correlacionar-se com o direito dos particulares. Igualmente, não se apresentam em rígida dicotomia um interesse público e um interesse privado, na medida em que se encontram interligados, não havendo por se relacionarem, prevalência ou superioridade de um sobre o outro em abstrato, sendo, em tal sentido inexistente em abstrato a supremacia do interesse público, a qual pode ser admitida como uma das formas de colonização e paralisação do discurso, numa perspectiva autoritária.

Constata-se que o interesse geral é determinável diante do caso concreto, observando-se numa perspectiva mais ampla, que existem certos fatores que condicionam o entendimento sobre o interesse geral, sendo a historicidade, a cultura, os valores sociais, bem como o interesse na preservação do grupo, algumas das condicionantes desse processo. É de se admitir que o interesse geral encontra-se limitado por interesses que ultrapassam o mero interesse de uma determinada sociedade, como aqueles que dizem respeito aos direitos humanos e a preservação

do meio ambiente, que em última análise podem ser considerados como direito de existência, devendo haver conformação não apenas com as normas constitucionais, mas com as normas supranacionais de proteção.

Verifica-se existir certa correlação entre o interesse geral de uma sociedade e as normas morais por esta estabelecidas, detectando-se objetivos congruentes em torno do interesse geral, reconhecendo-se valores mínimos aceitáveis e reconhecíveis para o convívio humano em todos os tipos de sociedade, muito embora a existência de algumas variantes e peculiaridades em relação a determinadas sociedades, concluindo-se que a discussão social pode levar à ampliação desses interesses, não se admitindo, entretanto, uma perspectiva discursiva para supressão daqueles que se refiram à preservação da existência.

Com a diversidade social, observa-se a dificuldade de delimitação ou existência de interesses globais homogêneos que possam ligar as sociedades complexas, muito embora se admita que a ideia de preservação informe o interesse geral, considerando-se, igualmente a existência de aceitabilidade mínima universal em torno de determinados interesses e valores que possuem um conteúdo de historicidade. Neste sentido encontram-se subjacentes em certos interesses gerais, aspectos morais fundamentais à convivência humana, constatando-se que numa determinada sociedade há normas reconhecidas por todos para tal fim, não obstante certas variações.

Constata-se, igualmente, que o interesse público conforma-se a vários feixes de interesses que se interligam para fins das decisões estatais, a legitimidade das decisões implica na verificação da ocorrência de cada um desses feixes que se destacam, mas, que ao mesmo tempo se interligam.

O interesse geral por dizer respeito à concretização dos valores estabelecidos constitucionalmente não admite qualquer tipo de discricionariedade administrativa, estabelecendo-se apenas a interpretação a partir do caso concreto, conferindo ao conceito determinabilidade, havendo sempre vinculatividade e concretização do comando constitucional, não se apresentando, assim, como cláusula geral legitimadora das condutas estatais, dependendo da sua demonstração em concreto para fins da legitimidade das decisões estatais.

No que se refere às decisões administrativas que se projetem sobre a esfera de direitos do cidadão sob a alegação do interesse público, imprescindível em quaisquer casos que se estabeleça a discussão pública, não bastando a alegação do

interesse público em abstrato, verificando-se em tal sentido a importância do processo como meio de discussão e a relevância do contraditório em paridade de condições. Contudo, para se considerar que o processo seja um meio eficaz de discussão deve-se estabelecer uma simetria não apenas formal entre as partes, devendo-se transpor o devido processo legal para devido processo democrático constitucional para efetivação dos direitos.

Certamente que a concepção de processo justo aplica-se ao processo administrativo como meio de discussão para fins de demonstração do interesse público em concreto e da realização dos direitos fundamentais, transpondo-se a verticalização através do ato administrativo, admitindo-se diante das novas realidades um novo conceito central, estabelecendo-se uma relação paritária que não se fundamente em privilégios e prerrogativas sem qualquer sustentação democrática, sendo o processo em tal sentido, estruturante do contato entre Estado e cidadão.

Por sua vez, o dever de proporcionalidade interpretativa deve encontrar-se presente no processo, não devendo induzir aos subjetivismos, atendo-se ao texto constitucional, extraindo-se a resolução dos casos do próprio ordenamento, decorrendo o poder de criação da vontade soberana do povo.

Conclui-se que a legitimidade das decisões estatais pressupõe a discussão pública, a apresentação e demonstração de argumentos racionais, aceitáveis pelos membros de uma determinada sociedade em relação às decisões que lhes serão postas, verificando-se que os participantes devem entrar na discussão sem prevalência ou superioridade, tudo dependendo do debate, não havendo verdades preconcebidas.

Dependendo a legitimidade das decisões, da argumentação e discussão públicas, apresenta-se imprescindível a rediscussão de conceitos jurídicos indeterminados e práticas estatais, pois, a imposição de certas medidas e a verticalização administrativa encontram-se destoantes das diretrizes que conduzem o Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKAIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ALFARO, Norman José Solórzano. Nota para una crítica del principio de legalidad. **Revista Crítica Jurídica**, Sevilha, n. 19, p. 33-65, jul/dez., 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **O positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARENDT, Hannah. **A promessa da política**. Trad. Pedro Jorgensen Jr. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil Ltda., 2005.

_____. **Sobre a violência**. Trad. André Duarte. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

_____. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da superioridade do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 2008.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acessado em 01 out. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

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 superioridade do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Variante. 6ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista et al. 3ª. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Decreto-lei 2848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 14 dez.2011.

BRASIL. Lei Federal 4717 de 29 de junho de 1965. **Regula a ação popular**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 02 ago.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 02 ago.2011.

BRASIL. Lei Federal 8009 de 29 de março de 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 02 ago.2011.

BRASIL. Lei Federal 8666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 05 nov.2011.

BRASIL. Lei Federal 9784 de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 02 ago.2011.

BRASIL. Lei Federal 9869 de 10 de novembro de 1999. **Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 05 nov.2011.

BRASIL. Lei Federal 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso 05 jun.2011.

BUFONE, Laura. **Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del processo**. Disponível em <http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/.../0076_buffoni.pdf> Acesso em 03 jun. 2011.

CAMPOS, Raimundo Carlos Bandeira. **História geral**. São Paulo: Atual, 1978.

CANALE, Guido. **Reclamo cautelare e jus novorum**. Disponível em <<http://www.agatavvocati.it/userfiles/file/atti.../relcanale.pdf>>. Acesso em 17 ago. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **A morte do direito**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2005.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Ética e justiça: filosofia do agir humano**. Belo Horizonte: Caderno do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Ciências Penais da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAVALCANTI, Eduardo Pessanha. **O positivismo jurídico e as críticas de Chaïm Perelman**. Disponível em <<http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet-jur/c3pessan.html>>. Acesso em 31 dez. 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Estado de natureza, contrato social, estado civil na filosofia de Hobbes, Locke e Rousseau**. Disponível em <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/filosofia/contratualistaschaui.html>>. Acesso em 31 ago. 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHILDS, Harwood L. **Que é interesse público**. In: Relações públicas, propaganda e opinião pública. 2ª. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1967, p. 27-43. Disponível em <<http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/opiniaopublica/0109.htm>>. Acesso em 02 jun. 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del “giusto processo”**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 6ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. Trad. Judith Hoffnagel et al. São Paulo: Contexto, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. São Paulo: Edipro, 2010, p. 92.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 3ª. ed. São Paulo: Forense, 1957.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Maria Cristina Leandro. **O quadro atual da análise do discurso no Brasil**. Disponível em <http://w3.ufsm.br/revistalettras/artigos_r27/revista27-3.pd>. Acesso em 10 ago. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 217-236, out/dez, 2002.

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

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Ney José. **Ato administrativo: presunção de validade e a questão do ônus da prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 20ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GALLO, Sílvio. **A filosofia política moderna e o conceito de estado**. Disponível em <<http://www.cedap.assis.unesp.br/cantoliberalario/textos/0109.html>>. Acesso em 31 ago. 2011.

GAMBOGI, Luis Carlos Balbino. **Direito: razão e sensibilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 7ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, São Paulo: FDA, 2003a.

_____. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 7ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, São Paulo: FDA, 2003b.

_____. **Tratado de derecho administrativo: el procedimiento administrativo**. 7ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, São Paulo: FDA, 2003c.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade na constituição**. Disponível em <<http://www.teiajuridica.com>>. Acesso em 29 dez. 2003.

GÜNTHER, Frankenberg. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Molz. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa et al. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, t. I e II.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

_____. **Conciencia moral y acción comunicativa**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2008.

_____. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Trad. Márcio Suzuki. Estudos avançados. Vol. 3, nº 7. São Paulo, set/dez, 1989. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-0141989000300002&script=sci_arttext>. Acesso em 02 jun. 2011.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Trad. Tomaz Tadeu da Silva et al. 11ª. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: Edusp, 2001.

HARE, R.M. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARNECKER, Marta. **Democracia y participación popular. Encuentro mundial de solidaridad con la revolución bolivariana**, 10-13 de abril de 2003. Disponível em <<http://www.rebellion.org.harnecker.htm/>>. Acesso em 27 nov. 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, Lda, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

LA TAILLE, Yves de; OLIVEIRA, Marta Kohl de; DANTAS, Heloysa. **Piaget, Vygostky, Walton: teorias psicogenéticas em discussão**. São Paulo: Sumus Editorial, 1992.

LASO, Enrique Sayagué. **Tratado de derecho administrativo**. Montevideo: Martin Bianchi, 1953.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Princípios Constitucionais e interpretação constitucional**. Disponível em <<http://www.ufmg.br/pj/artigos/pag12.html>>. Acesso em 28 nov. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luis Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 13ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Lei e Regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. **A relação jurídica administrativa**. Coimbra: Coimbra, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

MONTORO, Franco. Cultura dos direitos humanos. **Revista Literária de Direito**, São Paulo, n. 25, p. 08-14, set/out., 1998.

MORAIS, Maria da Piedade, DA GUIA, George Alex, DE PAULA, Rubem. **Monitorando o direito à moradia no Brasil (1992-2004)**. Revista políticas sociais – acompanhamento e análise, IPEA, fev. 2006. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br>>. Acesso em 13 abr. 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a lei 9784/1999. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORESO, José Juan. **La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1997.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Direito e moral: qual o conteúdo para a constituição? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 11, fev., 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 21 abr. 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Neumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria estruturante do direito**. Trad. Peter Naumann et al. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NABAIS, José Casalta. **Procedimento e processo administrativos**. 4ª. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. **Revista da Procuradoria do INSS**, p. 49-67, jul/set, 2001.

_____. **As modernas teorias da justiça**. Disponível em <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2004.

PAIXÃO, Aguinaldo. **Kant e Schopenhauer**: sobre a natureza da filosofia moral. Disponível em <<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/30/05.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2011.

PEQUENO, Marconi. **O sujeito dos direitos humanos**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/.../01/03_marconi_pequeno_sujeito_dos_dh.pdf>. Acesso em 10 ago. 2011.

PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PESSOA, Robertônio Santos. Direito administrativo: um novo eixo central. **Revista Pensar**, Fortaleza, v.8, n. 8, p. 82-89, fevereiro, 2003.

POPPER, Karl Raimund. **Textos escolhidos**. Org. DAVID MILLER. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

PRESUTTI, Errico. **Instituzioni di diritto amministrativo**. 2ª. ed. Roma: Athenaeum, 1917.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo comparado**. Trad. J. Cretella Jr. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito do seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista eletrônica sobre reforma do estado**. Salvador, n. 20, dez/jan/fev, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em 13 abr. 2011.

SANCHIS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHNEEWIND, J.B. **A filosofia moral**. In: Locke. Org. VERE CHAPPELL. Trad. Guilherme Rodrigues Neto. Aparecida: Editora Ideias & Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Paschoal Dias Pereira da. **Em busca do ato administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br>>.

Sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça: <<http://www.stj.gov.br>>.

Sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal 1ª. Região: <<http://www.trf1.jus.br>>.

Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: <<http://www.tjmg.jus.br>>.

Sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho, 22ª. Região: <<http://www.portal.trt22.jus.br>>.

Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Maranhão: <<http://www.tjma.jus.br>>.

Sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: <<http://www.tjsc.jus.br>>.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público** n. 2, 1999. p. 93 a 107.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

TELES, Antônio Xavier. **Psicologia moderna**. 17ª. ed. São Paulo: Ática, 1978.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, jan./jun. 2010, p. 64-71. Disponível em <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/91.pdf>. Acesso em 07.11.2011.

VASQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Trad. João Dell'Anna. 31ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Trad. Luiz Carlos de Azevedo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Contrato de trabalho com o Estado**. 2ª. ed. São Paulo: LTR, 2002.

VILLA, Vitorio. **La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo**. Disponível em <http://www.units.it/etica/2006_1/VILLA.htm> Acesso em 02 jun. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: novo paradigma de legitimação. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 31 dez. 2003.

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