

# Harmonização da administração pública com o primado da dignidade da pessoa humana na ordem social – o caso das PPS

---

**Anderson Roberto Moreira Silveira**

Advogado; Mestre em Direito pela UERJ.

*“Quando, numa cidade, dizem alguns filósofos, um ou muitos ambiciosos podem elevar-se, mediante a riqueza ou o poderio, nascem os privilégios de seu orgulho despótico, e seu jugo arrogante se impõe à multidão covarde e débil. Mas quando o povo sabe, ao contrário, manter as suas prerrogativas, não é possível a esses encontrar mais glória, prosperidade e liberdade, porque então o povo permanece árbitro das leis, dos juizes, da paz, da guerra, dos tratados, da vida e da fortuna de todos e de cada um; então, e só então, é a coisa pública coisa do povo”*

**Cícero, da República.**

## **Resumo**

Este trabalho está concentrado na apuração de uma possibilidade de governança com o uso das Parcerias Público-Privadas (PPP's), sendo esta uma elaboração que envolve os setores públicos e privados trabalhando juntos para a melhoria dos serviços públicos, na busca de novas soluções para antigos problemas. Entretanto não se apresentam as Parcerias Público Privadas como modalidades semelhantes às privatizações ou a outras clássicas relações contratuais entre os setores público e privado. As Parcerias Público-Privadas que envolvem inicialmente o setor público em atuação coordenada com o parceiro privado, em áreas de infraestrutura e serviços públicos, na realidade não promovem aos dois parceiros um trabalho com unidade de interesses.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Administração pública.

## **Abstract**

This document is concerned with the possible Government's of public private partnership (PPP), being a concept that embraces the public and private sectors working together to provide better public services, finding a range of new solutions for old troubles. It does not, however, usually the PPP a cover of privatization or others classicals agreements between public and private sectors. The Public-Private Partnersip initiative involves the public sector working in co-operation and partnership to provide infrastructure and public services, but they are not working for the same interests.

**Keywords:** Human Dignity. Public Administration.

## Interpretação dos princípios constitucionais da administração pública segundo um processo de efetização vertical da dignidade da pessoa humana

O Direito, enquanto mecanismo de controle ou até mesmo coerção social pode prestar-se a vários papéis, não só combatendo como até mesmo ampliando as mazelas humanas. Se o conceito do justo quase nunca se confunde com o de legal, vários são os casos de “leis injustas” (absoluta inconsistência de status) que acabam retransmitindo a desigualdade entre os homens.

Mesmo no caso dos dispositivos normativos moralmente aceitáveis (leis justas), o fenômeno da anomia legal (excesso de leis e normas tratando de uma mesma matéria) e a pouca ressonância dos comandos legais em todos os extratos sociais acabam provocando a triste realidade das leis que “pegam” e das leis que “não pegam”.

Um exemplo desta discussão (potencializado pela sua posição de supremacia normativa) trata-se do texto constitucional, que dispõe sobre a organização e instituições de um Estado ideal.

Ao contrário de uma Constituição formal, impregnada de garantias escritas que geralmente apresentam pouco ou nenhuma eficácia, observamos a existência de uma Constituição real, calcada na relação dos grupos e das classes humanas no exercício das relações sociais, onde explorador e explorado mantêm um combate silencioso e oculto, acobertado sob a mítica de um Estado, “Democrático” e de Direito, que acaba trabalhando pela manutenção do *status quo*.

Já nos ensinava Ferdinand Lassalle em suas obras fundamentais “O que é a Constituição?” e “A essência da Constituição” que o texto formal poderia ser rasgado cotidianamente face aos “fatores reais” de poder, se atendessem aos poderosos e aos grupos hegemônicos da sociedade em questão - Georg Jellinek foi além, negando a própria cientificidade da “ciência da Constituição”, mostrando que as alterações fáticas manipuladas pela burguesia nacional constituem uma espécie de força ativa que acaba determinando uma “lei não escrita” para a sociedade, formando assim uma Constituição real, montada de acordo com as relações de poder dominante naquele estado.

Trata-se verdadeiramente de um novo sentido, até mesmo revolucionário, do entendimento do Direito, que inicialmente escrito modernamente pela e para uma garantia do Direito de Propriedade (veja que o Segundo Tratado de Governo de John Locke tem na “propriedade” o berço do Direito Natural) não concebia um Direito impuro, maculado pelas relações humanas reais em um mundo de tensões, sobretudo socioeconômicas, bem mais caótico que a letra fria da lei.

As classes sociais, dentro desta ótica normativa burguesa, não foram consideradas. Isto não só encobre o quadro de “tensões sociais”, pois ao retirar do âmbito da legalidade a sua possibilidade de atuação e contestação, resolve-se com o uso da polícia uma questão social (monopólio estadual da violência “lícita”), como também cria no Direito um importante braço do aparato estatal de coerção, valendo então a máxima de que: “Aos amigos tudo, aos inimigos a Lei” (obviamente, uma lei elaborada e aplicada em oposição frontal às classes mais humildes).

Este processo de “sedução” da norma junto a interesses da elite econômica quase nunca é notabilizado pelos operadores do Direito, que não conseguem construir um modelo de Estado Nacional que fundamente o equívoco do Processo de Fragmentação

do texto Constitucional, sobretudo nos últimos oito anos. Na realidade, se é que podemos falar de um único benefício do recente período de exceção e ruptura legal que tivemos em nosso país (1964-1985), trata-se da união dos grupos de oposição, sobretudo nos anos pós-redemocratização de 86 e 87, que explicam a alta densidade garantista do texto de 88. Entretanto, se o texto original explica-se por um período ímpar de união das classes em luta contra o antigo modelo, o que se seguiu foi a manutenção de velhos atores no controle do teatro político, a desmobilização das classes que moldaram o texto constitucional e inclusive a cooptação de alguns antigos opositores.

No caso da administração pública, devemos nos remeter ao surgimento do Direito Administrativo contemporâneo. Considerando a influência legada pela Revolução Francesa, este ramo do Direito recebeu, juntamente com o moderno Direito Constitucional, todas as influências deste movimento libertador. Seu fundamento é encontrado na doutrina da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu no célebre “O espírito das leis” escrito em 1748, poucos anos antes da Queda da Bastilha.

A Teoria da Separação dos Poderes sistematizada por Montesquieu veio a ser acolhida universalmente pelos Estados de Direito. Transmuta-se, a partir do estabelecimento do Estado de Direito, a máxima “o governo do rei” para “o governo da lei”.

As mudanças, na realidade, tiveram como finalidade a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, visando a garantir a nova classe dominante. Nasciam os burgueses.

Com a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais houve necessidade do governo dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las.

Assim, surgiu o sistema francês de julgamento dos atos da administração independente do controle do Judiciário, sendo, para isto, estruturado um Direito específico. Era o advento do Direito Administrativo onde o administrador público passou a exercer funções jurisdicionais, que, como se sabe, não se confundem com as decisões judiciais que são prolatadas pelo Poder Judiciário.

É certo que a aplicação do Direito Administrativo é materializada através de atos administrativos. No Brasil, atualmente, vicejam incontáveis órgãos e comissões da administração com jurisdição administrativa, pois sofremos enorme influência francesa. Por outro lado, não há mais dúvida que a aplicação do Direito de forma estanque e descompromissada com as demais atividades humanas e da realidade social não encontra mais espaço entre os modernos estudiosos da Ciência do Direito.

Há que se fazer arejar a mente dos administradores com os novos instrumentos desenvolvidos pela moderna hermenêutica. Por oportuno, lembramos que há que se distinguir entre a lógica das ciências dos fatos e a teleológica das ciências da compreensão ou de interpretação. O Direito, segundo a concepção formalista, olha pela lente da lei, pois visa a atender ao seu primado, é aplicado por juízes/administradores que decidem independentemente dos problemas do mundo real e se ressentem do impedimento de que qualquer atuação diferente implicaria na proibida criação do Direito.

Vivemos no início de um novo século, época de mudança de paradigmas em todos os ramos das relações sociais, ambiente propício que nos habilita a colocar em prática os estudos levados a efeito, principalmente, pelos filósofos e juristas nos últimos 50 anos do século findo. Longe de abandonarmos os ensinamentos e o cientificismo das “Escolas”, da codificação de Napoleão e de Kelsen, devemos somá-los ao novo, tendo consciência dos reconhecidos limites da “Teoria Pura”, quanto da incompletude das regras codificadas.

Hodiernamente, falamos de distintas sínteses hermenêuticas já em curso: de Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Hart,

Maria Margarida Lacombe Camargo, Hans-Gorg Gadamer e outros que, a seu tempo e de sua maneira, nos demonstram e nos fornecem meios apropriados que nos permitem, sem perder de vista a baliza legal, o seguro afastamento do positivismo e tudo com a vantagem de nos levar à Justiça, razão de ser e fim nobre da Ciência do Direito.

E preciso verificar o perfil de um de seus elementos, qual seja do mérito administrativo contextualizado frente aos ensinamentos da “pós-modernidade”. Sem dúvida que para um “auditório” que não é neófito nos fundamentos da Teoria dos Atos Administrativos que, repetimos, adentraremos nos estreitos limites de nossa necessidade.

A importância do trabalho se faz presente principalmente pela existência de normas discricionárias em todos os ramos da atividade pública, em todos os ordenamentos jurídicos e em todas as legislações seja qual for o ente político que as tiver editado, e por fim em todos os ramos do Direito. Na verdade, o Direito Administrativo tem relação com diversas disciplinas que variam do Direito Eleitoral até o Direito Municipal por mais diferentes que sejam.

Ao final será possível que aqui, também, a segurança jurídica seja encontrada à medida que nos afastaremos metodicamente do positivismo formalista. O grande lastro deste estudo será demonstrar que há que se considerar outras estruturas não estritamente jurídicas na aplicação do Direito. À medida que avançarmos iremos desenvolvendo o tema de forma que a conclusão encontre arrimo no que foi tratado.

É manifesto que ao juiz quanto ao administrador não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados, cláusulas gerais, ou expressamente autoriza o exercício da competência discricionária. Em qualquer hipótese, apresenta-se um quadro muito geral que no caso concreto haverá de ser preenchido.

Mas o Direito Administrativo é eminentemente legalista. Através desta disciplina são regulados, logo abaixo do Direito Constitucional, os temas relacionados ao vínculo existente entre administração Pública e a própria Administração Pública, e entre a Administração Pública e os administrados. Obrigatoriamente vinculado, o administrador público é um positivista na própria origem. É “*sensus communis*” que as decisões devam ser *conforme a lei*, sempre e sempre segundo o seu texto expreso.

Por seu turno, tem sido desconhecido, que o positivismo cabal não admite a presença de lacunas, mas se estas forem evidentes, não apresenta para elas qualquer solução material. Por esta razão, a eventual integração de lacunas ocorrerá fora do pensamento jurídico positivista. Daí, logo de início, já podemos constatar a possibilidade de existirem atos arbitrários expedidos sob o manto de um suposto poder discricionário.

No desenvolvimento dos métodos clássicos de interpretação se buscou a segurança jurídica. Foi igualmente com este propósito que nasceu o positivismo e o formalismo e se tentou transformar o principal aplicador do direito – o juiz – na boca da lei. Foram palavras de Montesquieu, defendendo que pode suceder que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, seja em certos casos rigorosa demais. Mas os Juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.

Todo este formalismo, no Direito Administrativo, foi afastado pela edição de normas com conteúdo que autoriza o exercício da competência discricionária. Assim, suplantou-se perante a riqueza dos casos concretos, a incapacidade das normas que vinculam o administrador, justificando plenamente a existência de atos expedidos sob a “competência discricionária”, de outra forma o administrador como o juiz se tornaria a própria “boca da lei”.

Então o emprego da discricionariedade, neste sentido, serve ao administrador de modo que adote a providência adequada para o caso, quando a lei não comportar todas as hipóteses do mundo real.

O Direito Administrativo se realiza tendo pelo menos em um dos pólos da relação jurídica o Estado. Este, em sua forma dinâmica, se apresenta na organização de seus serviços, na administração de seus bens, na regência de seu pessoal.

Certo é que será através de atos administrativos que o Estado administração externará sua vontade. Como é entendido entre nós, o Direito Administrativo rege efetivamente não só os atos do Executivo, mas também os do Legislativo e do Judiciário quando estejam atuando como administradores de seus serviços. Ademais, as fundações públicas e autarquias.

Assim, sintetiza Hely Lopes de Meirelles, o Direito Administrativo como um conjunto harmônico de *princípios jurídicos* que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreto, direto e imediatamente o fim desejado pelo Estado. Desde seu conceito já se verifica a existência e a importância do princípio. Neste ponto nos deslocamos para o ensinamento de Robert Alexy que, de forma brilhante, nos apresentou profundo estudo sobre as diferenças entre estes, os princípios e as regras. Com efeito, ambos são espécies de um gênero chamado de normas.

A função do ato administrativo tem sido a de agregar nível de concreção à lei. A discricionariedade é detectada por diversas causas: por constar da hipótese da norma ou quando a norma descreve de modo impreciso a situação fática (motivo) que irá deflagrar seu comando. Há que se iluminar o fato de que não é raro ser encontrado o administrador agindo segundo a nominada competência discricionária quando na verdade, infelizmente, age abusivamente. Kelsen sustenta que a indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência, sendo possível ocorrer de forma intencional pelo legislador ou não intencional por derivar de um comando da norma; é impossível em qualquer ordenamento ocorrer o fechamento de todas as hipóteses da vida. Por esta razão, em relação ao ato de promulgação normativa, surgirá no momento de execução um “quadro ou moldura” de possibilidades. A decisão a ser tomada, segundo Kelsen, dependerá de “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu, e em grande parte, nem sequer podia prever” e por ser identificada pela finalidade da norma.

Segundo a Teoria Pura, o Direito há de ser aplicado como uma moldura dentro da qual há várias decisões igualmente corretas. O caminho dos que seguem unicamente a Teoria Pura se encerra na moldura. Além desta não há mais caminho seguro a ser seguido. O próprio autor desta Teoria afirma ao tratar sobre a interpretação de que se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação *da* moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Claro está que a questão se resume na escolha dentre as possibilidades existentes no “quadro-moldura”. Segundo Kelsen, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito e sim um problema de política do Direito a tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto, ambos são, no essencial, idênticos à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas).

Restou indubitado que a aplicação dos métodos de interpretação em combinação com a Teoria Pura, nos permitirá caminhar até a escolha de normas válidas dentro de uma moldura de possibilidades. Daí por diante, seguiremos ao arbítrio do julgador/administrador se não nos socorrermos dos ensinamentos disponibilizados pela moderna hermenêutica.

Os atos expedidos no exercício da competência vinculada não permitem que o administrador exerça maiores liberdades de escolha. A norma é quase completa e limitativa das opções e possibilidades de ação do agente público. Por esta razão e por não ser, na prática, a regra dos acontecimentos, iremos nos dedicar aos atos discricionários sempre passíveis de “interpretação ampla” no momento da aplicação.

Assim, opostamente ao ato administrativo vinculado, o ato praticado no exercício de competência discricionária decorre de aberta previsão legal, o que resultará para o administrador na apreciação, segundo os atuais critérios de conveniência e oportunidade, da escolha da melhor maneira de proceder. Nesta competência discricionária há real liberdade do administrador. Interpretar tem sido explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém.

Segundo Kelsen, a essência da interpretação seria “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. E continua, “deve-se responder à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. Neste sentido, o próprio Kelsen admite que a interpretação se faz na aplicação.

O entendimento de um princípio é sempre, ao mesmo tempo, o entendimento de seus limites. Não há princípios absolutos. Como todos os princípios gerais, o do “interesse público” pode ter também os seus fundamentos de validade para além da lei. A tendência é que as decisões sejam as externadas por atos administrativos ou através de sentenças judiciais (ou acórdãos), passem a estar indelevelmente marcadas pela obediência ao princípio da razoabilidade, sob pena de serem fulminadas por ofensa à veia doutrinária já existente no período que ora nos inserimos.

Esta fase a qual nos reportamos tem sido chamada de “pós-positivismo”. Há, mesmo que inicialmente, que se afirmar que o princípio da “razoabilidade”, já em uso pelo Poder Judiciário, se apresenta como espécie de rara aplicação pelo administrador público, não obstante seu desenvolvimento doutrinário ter influenciado os legisladores pátrios, que já o positivaram no ordenamento jurídico brasileiro.

Vale dizer: não é de interesse público norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Vemos, com evidência, que o método aplicado à interpretação do Direito Administrativo se apresenta dirigido ao entendimento Kelsiano. Expressão equívoca como “interesse” abre a possibilidade a critérios de valoração. Assim, sublinha Larenz que “seria necessário que fosse delimitado às representações da pretensão que as partes num litígio têm ou devem ter”, distinguindo de modo rigoroso o conceito de interesse dos critérios legais de valoração. Estes não seriam em si propriamente interesses, mas corolários da ideia de justiça, inferidos pelo legislador desse fim último.

É neste sentido que identificamos o interesse público como um fim último do legislador. O princípio do interesse público se assenta na necessidade de existir supremacia do interesse público frente ao interesse particular. Este princípio é imanente a todos os Estados. De forma diferente, o princípio da legalidade é da essência apenas dos Estados de Direito.

Como vimos, ao início deste trabalho, o Estado de Direito visava dar segurança ao burguês e não ao Estado propriamente considerado. Tinha por meta limitar a ação do Estado às previsões legais através da previsibilidade de seus atos, reduzindo a insegurança jurídica reinante no período anterior à Revolução Francesa. Daí ser a legalidade o princípio basilar dos Estados de Direito em geral e do regime jurídico-administrativo em particular. Com a legalidade, instaura-se o regime no qual a administração pública se enquadra como atividade sublegal ou infralegal, o que consiste na expedição de atos subordinados à lei.

Este princípio tem sido de grande utilidade ao permitir seu emprego em oposição a quaisquer tendências de cunho personalista dos governantes. Tem-se, desta feita, a “*rule of law*”, e não a “*rule of men*”.

A completa submissão da administração à lei é, em síntese, a ideia catedral deste princípio, que de roldão subordinou o interesse público à igual previsão legal. Em regra, a administração pública apresenta total subordinação ao conteúdo literal do texto legal. Nesta mesma direção é a observação do já citado professor Celso Antônio Bandeira de Mello que o entende como o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.

À lei e a sua integral submissão. Quaisquer que seja o nível hierárquico do agente, qualquer que seja sua compreensão do fato, sua capacidade de argumentação. Todos, vale repetir, devem ser “dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores” da lei.

Literalmente presos à norma, o administrador tem uma visão radicalmente limitada do Direito, esquecendo-se que o Direito não mais se resume à lei. Entendemos que a mudança de uma posição obsequiosa em relação à lei para uma posição moderna e crítica, ocorrerá na medida em que os princípios da “razoabilidade/proporcionalidade” e do “princípio da participação” passarem a ser efetivamente observados, conforme defendemos neste trabalho.

No desenvolvimento da hermenêutica jurídica, se buscou a segurança. Foi com este propósito que se desenvolveu na Escola da Exegese a noção de que o Direito de-

veria ser Estatal, e posteriormente na Escola Histórica foram desenvolvidas as técnicas clássicas de interpretação. No entanto, as diversas mudanças no mundo democrático, vieram demonstrar a insuficiência das técnicas clássicas de interpretação que visavam ao final a realização de simples silogismo jurídico, entendido como uma operação lógica que formalmente se compõe: da exposição do fato (premissa menor) da constatação do Direito que o fato se relaciona (premissa maior) e, por fim, da subsunção do fato à lei (conclusão) (decisão administrativa ou judicial).

Segundo a subsunção, a fundamentação da sentença não passa de uma necessidade de ordem lógica. É sabido que, no ato administrativo, as razões de decidir se inserem na motivação do ato, onde o administrador indica os pressupostos de fato e de direito que o levaram a adotar determinada decisão. Adotada a motivação como obrigatória, acolhe-se a doutrina dos que entendem que é necessária em qualquer tipo de ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário. Este é um indicador que revela a preocupação do legislador de possibilitar maior controle da administração pública pelo Poder Judiciário, porque, por meio da motivação, é possível verificar a existência e a veracidade dos motivos como a adequação de seu objeto aos fins de interesse público. Ora, se bastava estar ‘conforme a lei’, seria suficiente mencionar o seu dispositivo. Agora, se tornando necessária também a motivação, tem-se que passos rápidos e largos nos indicam que ocorrerá o temperamento do positivismo jurídico ainda em voga.

Inicialmente uma nova metodologia no relacionamento da esfera pública com os interesses de grupos privados nos permite um redimensionamento da esfera de atuação e da própria conceituação do interesse público, o que inegavelmente tem provocado a alteração do próprio princípio da supremacia do interesse público. Neste sentido, recorremos ao longo desta dissertação a um questionamento além da simplicidade pragmática da análise do texto de lei das Parcerias Público Privadas, abordando a caracterização de um espaço de interesse público na atualidade, sobretudo nas considerações de Robert Alexy quanto à efetividade do princípio, e da elaboração de Habermas na construção burguesa de uma esfera pública míope e heterogênea, segundo interesses parciais de estamentos que dominam o aparelho burocrático de Estado, numa franca alusão ao conceito jus-sociológico impregnado na obra de Ferdinand Lassale, que verifica em sua real política a ingerência dos denominados “fatores reais de poder” na operacionalização dos interesses da sociedade e na efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

As relações entre a esfera pública e privada na condução dos assuntos de Estado no Brasil sempre intrigaram não só a juristas como também a sociólogos e a humanistas em geral. Célebre é a lição de Raymundo Faoro, em “Os donos do poder”, relatando as bases funcionais do modelo patrimonialista brasileiro e da natureza negocial de que são tratados os rumos e a gestão da coisa pública em nosso país. A temática é revitalizada na modernidade, contemplando novos pressupostos metodológicos, justificando a dificuldade de mensuração das duas esferas pública e privada pelas próprias condições de comunicação mais complexas e ramificadas, o que, na opinião do filósofo Jürgen Habermas em sua Teoria do Agir Comunicativo, vai muito além da elaboração de temas estanques e relações fixas.

A inter-relação público-privado, entendida sobre o problema do Agir Comunicativo possui um componente que canaliza discussão de temas como o interesse público



e a individualidade, o que para Habermas caracteriza “a retirada pela esfera pública de impulsos da assimilação privada de problemas sociais” e que acabou provocando” uma esfera pública burguesa, formada sob as sociedades europeias dos séculos XVII e XVIII e transformando a esfera das pessoas privadas reunidas e um público.

Esta construção do interesse público segundo critérios de segmentos parciais de nossa sociedade sempre notabilizou a instrumentalização da própria ciência jurídica, tendo a lei e o Direito burguês sido utilizados cotidianamente como mecanismos de policiamento e coerção social.

Esta utilização de um Direito burguês em detrimento do verdadeiro interesse da coletividade foi potencializada na última década pela introdução em nosso sistema legal dos novos preceitos de administração gerencial e meramente regulatória, segundo padrões da doutrina manifestada pelo Consenso de Washington. A EC 19/98, conhecida como Reforma Administrativa, acabou mitigando a discricionariedade do administrador, criando uma vulnerabilidade à defesa do interesse comum em vários dispositivos constitucionais alterados: licitação diferenciada (e bem menos rígida) para órgão da administração indireta (173, 1º, III CF), possibilidade de dispensa de servidor estatutário e estável para corte de despesas com pessoal (art. 169 §4º CF), entre tantos outros.

Este modelo de administração gerencial, conjugando anseios privados e de corporações na condução do interesse nacional nos conduz a questionamentos acerca do novo papel do Estado como também da própria sociedade civil. Numa administração inerte e ineficiente, a sociedade civil vem sendo incorporada no rol de responsáveis pela manutenção do aparato de estatal, executando atribuições para as quais há muito já contribuem no momento do custeio dos serviços e da integralização das receitas públicas. Surge também um *tertius genius* na figura de um terceiro setor “nem público e nem privado” que consegue operacionalizar sua atuação política ao largo do controle institucional exercido sob o Estado, mas que é intrinsecamente dependente deste último em relação ao financiamento de suas atividades.

O esvaziamento ideológico no exercício da representatividade popular, criando uma democracia amorfa e sem coloração, onde a simples caracterização de que um bom gestor de obras ou um gerente público à frente da execução de projetos poderia sanar os preocupantes gravames que atingem nossa sociedade. Neste sentido, partidos e agremiações políticas que, no plano teórico, seriam marcados por um posicionamento francamente dissonante acabam por realizar propostas de governança e governabilidade absolutamente complementares, mitigando o debate político-ideológico a um pressuposto de técnica administrativa. Neste sentido, as Parcerias Público Privadas são celebradas por todos os setores como a verdadeira salvação para um Estado endividado, inoperante e fragmentado diante de décadas.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro jamais conseguiu operacionalizar com sucesso alguns institutos que possibilitam uma ação empresarial da administração em conjunto dos agentes privados. A tributação pela contribuição de melhoria, copiada do Direito Inglês e a desapropriação “por zona” são exemplos típicos onde uma ação “incorporada” do Estado jamais foi bem recepcionada pela melhor doutrina, numa evidente preocupação em relação ao exercício pelo Estado de funções estatais atípicas.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. espanhola de Manuel Atienza; Isabel Espejo. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. portuguesa de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

56

DA SILVA, Alfredo Canellas Guilherme. *A nova hermenêutica e os atos da administração pública*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. espanhola de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (Org.). Trad. de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a Facticidade* Justen Filho. Vol 1 e 2 ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro: 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2008. Volumes 1 e 2.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Crises de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002*. *Revista forense*, v. 364, p. 113-123. Rio de Janeiro, nov./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.