

garçamento da centralidade e da uniformidade de *interesse público*.¹ Chega-se, assim, à crise dos pressupostos de calculabilidade e de certeza jurídica que subjazem à racionalidade do Direito Moderno.²

1.2 A esta crise acrescenta-se, mais recentemente, outra, que poderíamos chamar de *exógena*, porquanto imposta por fatores externos à Administração Pública e ao Direito Administrativo, embora não independentes da crise endógena. Trata-se do colapso do conceito a partir dos processos que afetam a centralidade e a delimitação (confinamento) do poder decisório estatal. Fruto da internacionalização da economia e da fragmentação social, há pouco expostas, tais processos abalam inclusive os pressupostos de legitimação do poder político, incluindo, obviamente, a noção de interesse público. É sobre esta crise exógena que nos debruçaremos agora.

2. Enquanto a crise endógena pode ser vista como uma crise de aplicação do conceito de interesse público, que evolui para uma crise de justificação, a crise exógena coloca-se inicialmente como uma crise de justificação (os fenômenos econômicos, sociais e políticos hodiér-

1. Sendo assim, parece-nos estarem presentes no contexto da crise endógena os lineamentos do *trilema regulatório* de que nos fala Gunther Teubner ("After legal instrumentalism? Strategic models of port-regulatory law", in G. Teubner (org.), *Dilemmas of Law in The Welfare State*, pp. 316-321). Como é sabido, segundo o autor alemão o *trilema regulatório* estaria caracterizado pela incapacidade da atividade regulatória de efetivar um adequado acoplamento (*structural coupling*) entre o Direito, a Política e a Sociedade (ou os respectivos sistemas), ensejando uma falha regulatória. Este *trilema* seria caracterizado pela (i) hiperjuridicização da Sociedade (*over-legalization of Society*) ou *colonização da Sociedade pelo Direito*, representada pela excessiva legalização das atividades sociais, que restam descaracterizadas enquanto tais; (ii) pela hiper-socialização (politicização) do Direito (*over-socialization of Law*) ou *desintegração da Sociedade pelo Direito*, representada pela alta especialização e consequente interferência excessiva no sistema jurídico, levando à desintegração dos elementos normativos próprios ao sistema jurídico; e (iii) pela crescente incongruência (indiferença) entre Direito, Sociedade e Política, levando a um crescente distanciamento entre o Direito e a realidade social — aquilo que denomina *incongruence of Law, Politics and Society* —, de modo que o Direito perde o controle, na exata medida em que perde sua autonomia. Entendemos que no caso seria aplicável o *regulatory trilemma* de Teubner a crise endógena da ação do Estado que se faz necessária a ampliação dos conteúdos normativos do Direito Público, fragilizando a relação lei/interesse público e, assim, permitindo o distanciamento entre a Sociedade, sujeito e objeto das pautas do Direito Administrativo, e o aparato burocrático incumbido de aplicação destas pautas. Esse processo de espraçamento do administrativismo (a partir da ampliação do conteúdo normativo do interesse público) leva a uma fragilização da sua coerência e da sua efetividade.

2. Cf. Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, v. II, pp. 193-247.

Capítulo IV AS CRISES DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E O DIREITO ADMINISTRATIVO

IV.1 Introdução. IV.2 Os precedentes da crise exógena. IV.3 A inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular. IV.4 A Administração Pública frente a uma nova visão dos "interesses públicos".

"Si con optimismo pensamos que pronto el Derecho Administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la vida moderna presenta, pues aunque la disciplina jurídico-administrativa no haya cambiado demasiado, la sociedad y la Administración sí lo han hecho y lo seguirán haciendo y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del Derecho Administrativo."

(Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., t. I, 1996, p. II.2)

IV.1 Introdução

1. A noção de *interesse público* vive, na verdade, duas crises: uma endógena e outra exógena.

1.1 A primeira foi por nós abordada no Capítulo II, quando analisamos a questão da interpretação e aplicação do interesse público e discutimos que a noção, de início diretamente vinculada ao princípio da legalidade (que identificava o interesse público com a expressa locução legal), se esgarça a partir da crescente necessidade de interpretação ou preenchimento da feição aberta que vai assumindo a legalidade a partir da emergência do Estado Intervencionista. Com o crescimento da margem de atuação do aparato burocrático inicia-se um certo es-

nos desafiam a legitimidade do monopólio do poder político para dizer e efetivar o interesse geral), levando a uma crise operacional do conceito (pois não mais se mostra possível sua utilização a partir dos pressupostos unilaterais e autoritários de identificação do interesse público pelo poder político).

Diante disso, parece-nos que a crise exógena pode levar à superação dos impasses criados pela crise endógena. Isso se for possível redefinir a forma e os meios de atuação do aparato que se presta à concretização do poder decisório enfeixado pelo Estado.

IV.2 Os precedentes da crise exógena

3. Pelo tanto que até aqui peroramos, parece-nos que a noção de interesse público está a demandar uma reflexão mais detida, pois, no nosso sentir, não mais é possível trabalhar com a concepção que expusemos anteriormente e sobre a qual se edificou o paradigma de Direito Administrativo que conhecemos.

3.1 Primeiro porque a já referida implosão da dicotomia público/privado faz tortuosa tal definição. Diante da crescente fragmentação social, parece não ser mais válido falar de uma só unidade homogênea do público ou do coletivo, mas numa constelação de unidades orgânicas mais e mais multifacetadas e passíveis de agregações transitórias.

3.2 Segundo porque a emergência de fontes supranacionais de conflito, de decisão e de normatividade introduz novos cortes de interesses, os quais não cabem mais nos estritos limites da dicotomia clássica público/privado. Isso ocorre, por exemplo, com as discussões travadas no âmbito dos blocos econômicos, nos quais Estados e corporações privadas debatem em torno de interesses que não se tratam, necessariamente, da polaridade público/privado.

3.3 Em terceiro porque cada vez mais podemos verificar a sobreposição entre interesses privados e públicos, especialmente quando organizações privadas assumem incumbências que deveriam estar a cargo do Poder Público ou quando a Administração se utiliza de ferramentas do Direito Privado para intervir nas relações de mercado.³

3.4 Por fim, porque os interesses que demandam a tutela do Estado passam a ser, em muita oportunidade, mais amplos que os inte-

3. V. Luisa Torchiá, "La nuova costruzione economica", in Sabino Cassese e Claudio Franchini, *L'Amministrazione Pubblica Italiana*, pp. 137-168.

resses da coletividade submetida ao poder político, levando a noção tradicional de interesse público a ser inservível, porquanto demasiado (e propositadamente) genérica. Daí decorre que, muita vez, advêm a oposição de interesses de natureza transindividual, como é o caso do célebre conflito entre proteção do meio ambiente e desenvolvimento econômico em regiões periféricas.

4. Estas quatro ordens de fatores (subjacentes à crise exógena de que falamos) colocam em questão a tradicional concepção de interesse público e a sua própria centralidade para o paradigma prevalecente entre os administrativistas. Diante disso, parece-nos imperativo redimensionar a noção de interesse público a partir do contexto vivido pelo Estado dos dias de hoje. Caso contrário restará um conceito útil apenas para fins retóricos, um instrumento discursivo voltado a escamotear, vez ou outra, a instrumentalização ou o aniquilamento do Estado.

Para tanto, parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta⁴ e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no plano social.

Nos dizeres de L. F. Colaço Antunes, atualmente o Estado "encontra-se confrontado com uma sociedade ao mesmo tempo dividida e relutante em delegar a resolução dos seus interesses e conflitos em aparelhos rígidos, legitimados pelos mecanismos partidários e representativos. Por sua vez, as organizações espontâneas resultantes do pluralismo social permitem cada vez mais uma relação direta do cidadão com a Administração e o Estado, substituindo-se às instituições que tradicionalmente celebram esta relação. O Estado encontra-se permanentemente no dever de repensar o seu papel e seus objetivos em relação à sociedade, assim como no dever de justificar sua presença e sua ação"⁵.

4. Cf. Dalmo Dallari, "Interesse público na contratação das entidades da Administração descentralizada", *Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas de Rodagem* 126/9-15.

5. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo*, p. 77.

Tal desiderato envolve, certamente, um Estado desprivatizado⁶ e eficiente, sujeito ao controle político e permeado por mecanismos de deliberação e checagem permanentes por parte da sociedade. Ou seja, envolve um processo de *republicização* que reconfigure um núcleo de poder político a um só tempo transparente (público no sentido de aberto, não-sigiloso) e eficiente na tutela e consagração de interesses públicos. Voltaremos a essas dimensões pouco mais adiante.

5. Antes de enveredar pela análise dessa nova perspectiva de Estado, cumpre abordar como se coloca a crise exógena (decorrente das transformações narradas no capítulo precedente) da noção de interesse público.

IV.3 A inviabilidade da noção de interesse público como universal, absoluto, singular

6. Lembramos que, a partir da idéia de sua supremacia sobre os interesses privados, o Direito concebe o interesse público como aquele que se contrapõe à perspectiva atomizada dos particulares, razão por que deverá predominar, prevalecer, sobrepor-se, superar os interesses privados. Além disso, o direito preconiza que o interesse público estaria consagrado na lei e que, portanto, seria uno, exclusivo e se contraporá aos interesses privados, estes necessariamente plurais.

A luz de tudo até aqui visto, podemos afirmar que esta concepção não mais se sustenta.⁷

7. Não se pode mais entender por *interesse público* algo tão genérico a ponto de se resumir ou pela negativa — como interesses não-privados — ou a partir dos abstratos interesses definidos por um Estado plenipotenciário e distante dos reais interesses existentes no cada

6. Usamos o conceito como sendo a depuração do espaço público dos interesses particularísticos (corporativos, grupais, empresariais, burocráticos) que se apropriam de processos internos ao Estado, instrumentalizando-os. Tal fenômeno foi atestado anteriormente neste trabalho. Sobre os processos de "privatização" dos espaços estatais, v. José Eduardo Faria, *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 140-150. Cf. também Boaventura de Souza Santos, *O Estado e a Sociedade em Portugal*, pp. 136 e ss. E ainda José Afonso da Silva, "A Constituição e sua revisão", *Cadernos Liberais* IV-XCI/6 e ss.

7. "O estilhaçamento da sociedade civil, cujas partes se afastaram num movimento centrífugo, põe em xeque a própria idéia de pertencer, de comum, que residia no núcleo do conceito de Estado" (José Arthur Giannotti, "O público e o privado", *Fólio de S. Paulo* 6.4.1995, pp. 5-6. O texto consta da coletânea *Saúde no Brasil: Retratos de uma Encruzilhada*, Salvador, Sarah Letras, 1995).

vez mais complexo corpo social. Ao nosso ver, deve-se hoje enfocar o interesse público como um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade.⁸

8. A partir dos processos de internacionalização e de fragmentação vistos acima, e de suas consequências no colapso do conceito de soberania e na separação público/privado, sucumbe o pressuposto universalizante e homogêneo da sociedade, bem como o caráter monopolista e autoritário do Estado.

Como afirma Norberto Bobbio, "a vida de um Estado Moderno, no qual a sociedade civil é constituída por grupos organizados cada vez mais fortes, está atravessada por conflitos grupais que se renovam continuamente, diante dos quais o Estado, como conjunto de organismos de decisão (Parlamento e Governo) e de execução (o aparato burocrático), desenvolve a função de mediador e de garante mais do que detentor do poder de império segundo a representação clássica da soberania".⁹

8.1 A crise da noção de soberania traz a impossibilidade de permanência do caráter autoritário, monopolista e unilateral¹⁰ que o Estado (e, principalmente, seu aparato administrativo) possuía para estabelecer o que vinha a ser, no caso concreto, o interesse público.

8.2 De outro lado, a ruptura da dicotomia público/privado, especialmente a partir da fragmentação social representada por clivagens sociais cada vez mais presentes e prevaletentes, rompe com o caráter homogêneo da sociedade¹¹ (dando novas características coletivas e

8. Essa parece ser a posição professada por Jacques Chevalier, que, introduzindo a discussão em torno da hodierna leitura da relação público/privado, asseverou: "Sans doute, l'intérêt général n'est plus perçu comme opposé aux intérêts particuliers, mais fondé à partir d'eux et construit grâce à la médiation des groupes d'intérêts sociaux: mais cette évolution ne signifie pas qu'il ait perdu toute consistance propre: le passage par la sphère publique introduit en effet l'élément d'arbitrage et régulation indispensable, par lequel s'affirme la spécificité du public" (Jacques Chevalier (org.), *Public/Privé*, p. 16). Para um contraponto, v. Jean-Françoise Lachaux, *Grands Services Publics*, 1989.

9. *Estado, Governo e Sociedade*, 3ª ed., p. 26.

10. Ignacio Carrillo Piéto assim formula as consequências da crise da noção de soberania: "En suma: [por decorrência desta crise] preeminencia del pluralismo, de la polarquia que reconoce y propugna que el proceso de la decisión política sea el resultado de toda una serie de mediaciones. Es la crisis del Estado, incapaz de ser un centro de poder único y autónomo, el sujeto exclusivo de la política, el único protagonista en la escena internacional" ("Algunas teorías actuales de la Teoría del Derecho", in José Luis Sobranes, *Tendencias Actuales del Derecho*, p. 85).

11. Diz-nos, neste sentido, Pedro de Vega García que: "La imagen de la sociedad como un todo homogêneo donde existen intereses comunes se sustituye por una visión

grupais aos conflitos sociais), enquanto o advento de interesses elide a exclusividade do Poder Público como tutor do interesse coletivo ou do bem comum.¹²

9. O abalo na noção tradicional de interesse público (monolítica e autoritária) é bem ilustrado pelas situações surgidas com a emergência de um Direito Comunitário. Lastreado nos pressupostos dos blocos econômicos, este Direito faz emergir uma nova noção de interesse público, redefinida à luz do processo de relativização da soberania dos Estados-membros que se sujeitam a algum tipo de ordem jurídica supranacional.

É o que ocorre na Europa, onde, como vimos anteriormente, a Comissão e a Corte de Justiça Européias, tendo por base os postulados do Tratado de Roma e de Maastricht, constroem uma nova concepção de interesse público, a partir do mercado, "défini comme un optimum économique".¹³

O público titular deste interesse não mais é visto como um povo territorializado, nem como uma coletividade carecedora de serviços públicos, mas como um conjunto indeterminado e desterritorializado de consumidores, aos quais interessa a plenitude do livre jogo das trocas econômicas.

10. De outra sorte, tampouco pode prevalecer a concepção de interesse público como um princípio totalizante.¹⁴ Simplesmente porque a viabilidade destes princípios vincula-se diretamente à possibilidade

hobbesiana de confrontación y de lucha entre intereses irreconciliables. (...) Se producirá de este modo una paulatina "socialización del Estado" (el individuo busca en el Estado lo que en la sociedad no encuentra), a la que acompañará una paralela "estatalización de la sociedad" (la sociedad deja de ser el campo donde aparece la espontánea actualización de voluntades individuales para convertirse en el lugar de encuentro de un complejo conjunto de grupos y organizaciones donde el individuo desaparece) ("La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social", *Derecho y Economía en el Estado Social*, p. 123).

12. Como deixava assentado Celso Campiongo, há mais de 10 anos, "a própria noção de 'bem comum', vaga e ambígua, perde por completo o seu significado numa sociedade cada vez mais fragmentada por distintos e incompatíveis interesses setoriais" ("A representação política e o Direito Moderno", *Revista da OAB* 49/103).

13. Antoine Winckler, "Public et privé: l'absence de préjugé", *Archives de Philosophie du Droit* 41/315.

14. Como bem afirma François Ewald: "The general interest cannot then any longer exist as a totalizing principle, but only as a compounding of particular interests with a respect to each other, bearers thought they all equally be of the general interest" ("A concept of social law", in Gunther Teubner (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, p. 53).

do discurso centrado na homogeneidade social. Inviável este, impossível se torna a totalização via conceitos abertos. Como ocorre na alopatia, o foco da patologia (no caso, a conflitividade social) torna-se imune à medicação genérica e ampla. A sociedade fragmentada não se coaduna com um enquadramento, mesmo teórico, em um bloco homogêneo, inviabilizando a aplicação dos princípios de pretensão uniformizadora.

Decorre daí que a noção de *homogeneidade do interesse público*¹⁵ tem que dar lugar à idéia de *heterogeneidade de interesses públicos*. Nas palavras de Giannini, "hoje a realidade nos mostra que também os interesses da esfera pública são heterogêneos".¹⁶

II. Ressalte-se que a constatação da superação da idéia universalizante e singularizante de interesse público não pode significar uma maior tolerância frente aos interesses privados, que se imiscuem e pervertem o funcionamento da máquina pública, favorecendo a indevida apropriação privada dos bens e dos serviços públicos.¹⁷

Tampouco implica minorar a veemência da refutação à atividade ilícita do agente público que se aproveita da sua condição para fazer prevalecer interesse particularístico,¹⁸ em detrimento da coletividade ou mesmo em prejuízo dos interesses de outros eventuais particulares, menos agraciados pelo interesse ou simpatia de dado gestor. Não. Tais procedimentos, hoje mais do que nunca, devem merecer a repulsa e a censura de todo o corpo social.

O que ora se afirma é exatamente o contrário. Significa apenas que o interesse público não pode mais subsistir (nem na prática política, nem na formulação doutrinária) de forma absoluta e autoritária, justamente para evitar que ele se transforme em "mera aparência, com que muitas vezes se busca um excesso ou um desvio de poder".¹⁹

15. Acerca do caráter homogeneizante da noção tradicional de interesse público, v. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 180.

16. *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 111.

17. V., neste sentido, Luiz Carlos Bresser Pereira, *Cidadania e "Res Publica": a Emergência dos Direitos Públicos*, p. 22.

18. Como a esta altura já deve ter ficado cediço, preferimos usar o termo "interesses particularísticos" para distinguir os interesses privados — os quais podem ser, muita vez, legítimos — dos interesses particulares, de nenhuma conotação coletiva, res- tritos aos desígnios dos agentes privados e referentes mormente à apropriação patri- monialista de bens ou direitos gerais de uma coletividade, ou seja, interesses desprovi- dos de qualquer legitimidade.

19. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Ad- ministrativo*, p. 245.

12. Ao menos nos dias de hoje, interesses legítimos, mediatos ou imediatos, de um particular não podem significar automaticamente um interesse contrário aos desígnios públicos. Os interesses públicos — adverte Pizzorusso — nada mais são que finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos; em sociedades pluralistas, como a que vivemos, há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades nela coexistentes.²⁰

13. Em estudo monográfico precioso, o publicista português Luís Filipe Colaço Antunes registra que “não existe um interesse público, mas uma pluralidade de interesses públicos”, de forma que “quase podemos afirmar que nunca o interesse público foi tão privado, em consequência dos modelos de concertação social, impostos atualmente pela administração contratual”.²¹

Tem-se hoje que reconhecer um largo e crescente campo em que o atendimento dos interesses dos particulares nada mais é do que a consagração do interesse público. “De tal forma que o mundo dos interesses de que são portadores os sujeitos públicos se mostra idêntico ao mundo dos interesses de que são portadores os sujeitos privados.”²²

14. É bem verdade que a identificação do interesse público com o interesse de particulares não é propriamente nova.²³

14.1 Resta assentada, por exemplo, a tese de que a indevida apropriação de bens do particular pelo Estado, antes de ser corolário do interesse coletivo, implica cabal afronta dos interesses tutelados pelo Poder Público. Assim é que de há muito se limitou o poder expropriatório do Estado (mesmo que tal poder visasse à ampliação do patrimônio público) e se impôs o dever de indenizar o particular expropriado em montante correspondente ao efetivo valor de mercado do bem (ainda que isso acarrete transferência de recursos públicos para o particular indenizado previamente à reversão do bem à coletividade).

14.2 Diversamente não ocorre no que tange aos contratos administrativos e no dever da Administração de cumprir as cláusulas econômicas (preço, prazo de pagamento, condições de atualização monetária etc.) dos contratos que firma com particulares. Neste sentido, vale a sempre contundente lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Aliás,

20. “Interesse pubblico e interessi pubblici”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, março de 1972, p. 72.

21. *A Tuteia...*, p. 36.

22. M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 111.

23. V. Héctor Jorge Escola, *El Interés Público...*, p. 241.

a impossibilidade de o Poder Público locupletar-se à custa alheia é tão veemente que os autores, invocando diferentes fundamentos para prevenir ou reprimir este evento teratológico, salientam o dever de indenizar até em casos de contratos nulos ou inexistentes”.²⁴

15. Porém, em que pese a desconfirmar o caráter autônomo do interesse público frente ao interesse dos particulares, tais situações poderiam ser bem processadas a partir da clássica separação entre as manifestações do interesse público primário em detrimento de interesses públicos secundários; conforme a construção doutrinária de Renato Alessi antes tratada. A questão parece-nos não ser esta.

15.1 O que ora se coloca é a dificuldade de operação da noção de interesse público em contextos em que há oposição de interesses particulares legítimos e para os quais não oferece a lei caminho firme e seguro. É o caso, por exemplo, da aplicação do disposto no art. 5º da Lei federal n. 8.666, de 1993 (Estatuto das Licitações e Contratos).²⁵ Tal dispositivo, de caráter evidentemente moralizador, determina que todos os pagamentos decorrentes de obrigações contratuais de parte da Administração Pública deverão observar “a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades”, ressaltando, contudo, “relevantes razões de interesse público”, as quais deverão estar devidamente justificadas.

O problema coloca-se quando, diante da inexistência de recursos para a Administração efetuar os pagamentos ou para efetivar investimentos, surge a possibilidade de retomada de uma obra específica, mediante redução de preços e retomada dos pagamentos. Difícil não é entrever interesse público na retomada do cometimento e na redução dos dispêndios. Porém, extremamente complexa é a operação do conceito de interesse público concernente à escolha desta e não daquela obra a ser retomada. Conseqüentemente, nos quadrantes do exemplo cogitado, coloca-se extremamente problemática a noção de interesse público de forma singular e desidentificada do interesse dos particulares, em especial daqueles diretamente beneficiados pela retomada da execução de um contrato específico (v.g., o particular contratado e os cidadãos que se beneficiarão direta e imediatamente da obra).

24. “Contrato Administrativo — Equilíbrio financeiro — Indenização”, *RDA* 177/125.

25. A esse respeito, v. Floriano de Azevedo Marques Neto e outros, *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*, pp. 165 e ss. No mesmo sentido, v. Jacintho Arruda Câmara, *Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos*, 1999.

Temos claro que atender a Administração Pública – com eficiência²⁶ e diligência – a um interesse legítimo de particular, tendo por móvel as imposições ou princípios de ordem administrativa, não implica conduta que hoje possa ser inquirida de reprovável pelo moderador no Direito Administrativo. Afinal, como pretendemos demonstrar, o atendimento do interesse privado (momento quando este se reveste de caráter meta-individual), hodiernamente, é, no mais das vezes, forma única de consagração do interesse público.

A questão central parece ser a da efetivação de um interesse público primário em detrimento de outro interesse público, também primário.

15.2 É o que se põe, por exemplo, quando o Poder Público se depara com a necessidade de decidir sobre a adoção de medidas que preservem um determinado ecossistema ou se promova o assentamento de famílias de agricultores para que, explorando aquela área, dela retirem seu sustento. Em ambos os casos seria sustentável a existência de interesse público primário. Nas duas situações pode-se aferrir legitimidade nos postulados. Pode-se, por fim, facilmente cogitar uma hipótese-limite em que haja excludência nas medidas plausíveis. Então, ainda que a hipótese não nos remeta a uma aporia, o que fica patente é que a simples alusão autoritária à defesa do interesse público para justificar uma ou outra decisão se põe absolutamente inviável.²⁷

26. Pressuposto que restou ainda mais reforçado pela introdução no rol de princípios constitucionais da Administração Pública do princípio da *eficiência*, por força da alteração perpetrada pela Emenda Constitucional 19 ao caput do art. 37 da Constituição da República.

27. Em trabalho publicado há alguns anos (“O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 10/40-45) abordamos esta questão sobre o prisma da oposição entre princípios constitucionais. A época analisávamos a cada vez mais frequente colisão entre pautas constitucionalmente consagradas em face de situações que, como aquela ora utilizada como exemplo, opõem interesses albergados na axiologia constitucional. Na oportunidade defendíamos (com base no ensino de Canotilho e Aletxy) que tais conflitos deveriam ser superados a partir da aferição da densidade de cada princípio (ou direito a ele correspondente) em face da situação concreta. Para fins do que ora desenvolvemos, interessa menos o critério para solução destas situações e mais o fato de incumbido do poder de decisão. Daí por que – dizia – a imperatividade da mediação ativa. Só assim pode-se arbitrar, no caso, qual o valor que deve ser privilegiado porquanto, nesse momento, mais relevante para a ordem jurídica. V. também, neste sentido: Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 1989; e Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., 2002.

16. Portanto, o ponto nuclear diz respeito, diretamente, à questão do poder de decidir acerca do que seja o interesse público primário no caso concreto (momento em situações-limite) quando para tanto muito não serve a genérica prescrição legal.

E aqui reportamo-nos àquilo que já deixamos registrado anteriormente. A clara e direta identificação entre interesse público (primário) e a norma positivada (em sede constitucional ou ordinária) não mais é possível, pois as transformações acima divisadas acarretam (a) uma crescente generalidade nas normas, de modo que delas não advém claramente qual o interesse público objeto do comando legislativo, e (b) o reflexo da fragmentação social na produção legislativa faz com que, muita vez, o ordenamento jurídico reflita interesses colidentes, consagrando perspectiva contraditória, como se interesse público primário fosse.

Sendo assim, a lei não se mostra suficiente para a identificação do interesse público que prevaleceria sobre todos os demais (quer os interesses privados, quer mesmo os interesses públicos tidos por secundários, ainda segundo a acepção formulada por Alessi).

17. Faz-se extremamente pertinente a advertência de Giorgio Piva, segundo quem na sociedade monista (previamente ao Estado *pluriclassista*) o interesse determinante vinha previsto na lei a partir do comando político emanado das estruturas representativas. Já na sociedade pluralista impende, “antes de poder declará-lo, encontrá-lo”.²⁸ Este processo de encontro (ou – parece-nos melhor – de procura) do interesse público põe-se dificultoso.

A identificação do interesse público prevalecente passa a depender mais e mais do exercício da discricionariedade.²⁹ Como asseverou, desde há muito, Giannini, “o momento essencial da discricionariedade é aquele no qual se individualizam e confrontam os vários interesses concorrentes”.³⁰

28. Giorgio Piva, “L'amministratore pubblico nella società pluralista”, *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2ª, p. 499.

29. Outro doutrinador italiano, Franco Bassi, expõe com clareza este raciocínio ao afirmar que “dovrebbe risultare chiaro che nel rispetto del limite positivo sopra evincenziato l'autorità amministrativa conserva pur sempre un margine di libertà nella formulazione dei giudizi valutativi e compatrivi e soprattutto nella scelta finale, compresa la determinazione del suo contenuto. E in ciò consiste la creatività della discricionariedade amministrativa” (“Note sulla discricionariedade amministrativa”, in Sandro Amoroso, *Le Trasformazioni del Diritto Amministrativo*, p. 53).

30. *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*, p. 75.

18. Ora, a idéia de que o interesse público seria aquele prescrito na lei acarretava, necessariamente, a idéia de existência de um — e apenas um — interesse público primário. Porém, ocorre que — conforme leciona Alessandro Pizzorusso — “o que se encontra na vida real são os múltiplos e diversos interesses públicos, enquanto o interesse público no singular é apenas uma *locutio brevis* para indicar qual o interesse público em si dentre aqueles que será aquele que deva ser consagrado no caso concreto”.

19. Não mais podendo ser sustentada a existência de um interesse público (prescrito em lei ou identificado pela burocracia), não há mais como aceitar a tese de oposição e supremacia absoluta deste interesse geral frente aos diversos interesses encontrados na sociedade — interesses, estes, que, inclusive, acabam por estar refletidos, a partir de locuções genéricas ou de cláusulas abertas (conforme expusemos no Capítulo II), na lei ou mesmo na Constituição.

Em outras palavras: as transformações havidas na sociedade e no Estado contemporâneos põem em xeque a concepção clássica de prevalência absoluta e insusceptível do Estado sobre a sociedade; da Administração sobre o administrado; do público sobre o privado.

20. Não mais prevalecendo tais concepções, perde sentido a noção universal, absoluta, singular, de interesse público, definido unilateral e autoritariamente pelo Estado (quer por meio da lei, quer, mais posteriormente, por meio do aparato burocrático no exercício da sua crescente margem de discricionariedade).³¹

Como afirma José Eduardo Varia, sem uma avaliação qualitativa dos legítimos interesses individuais por parte do Estado não há, hoje, como se obter uma definição, no caso concreto, do que seja (ou, diríamos, de onde resida) o interesse público.³²

31. Assinala Montaner que “los intereses públicos van a permitir cierta composición de intereses generales y privados” — composição, essa, que constitui “una nueva visión del Derecho Administrativo bajo un prisma nuevo, resultado de la potenciación de los derechos subjetivos de los ciudadanos, especialmente de los de participación ciudadana, en sentido amplio, en el ejercicio de la actividad administrativa. De esta participación no resulta una suma de los intereses públicos, ya que éstos no se pueden considerar necesariamente contrarios a los intereses privados en juego. De ahí que el concepto mismo de interés público haya dado cabida a esa composición de intereses y públicos en los términos y con los límites que la ley establece en cada caso” (*Manual de Derecho Administrativo*, 2ª ed., p. 45).

32. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, pp. 71-72. No mesmo sentido, v. Colaço Arrunes, *A Intelectual*, p. 58.

Parece-nos claro que é imperativa a revisão do conceito de interesse público justamente para que não se abandone a idéia que lhe subjaz. Concordamos, assim, com as quase-panfletárias palavras de Antônio Herman Benjamin: “Uma vez que estejamos atentos às observações críticas acima feitas, não creio que o interesse público, como categoria jurídica dotada de papel e conseqüências no ordenamento, precise ou deva ser abandonado; reformado e repensado sim; descartado, não”.³³ A reforma da noção de interesse público passa, porém, pela modificação do modo pelo qual o poder político e o aparato administrativo lidam com ela.

IV.4 A Administração Pública frente a uma nova visão dos “interesses públicos”

21. Temos posto que a Administração não é mais *tutora exclusiva do interesse público*, cuja supremacia sobre seu anverso (os interesses privados) conferia-lhe prerrogativas exorbitantes exercidas de forma autoritária.

Diante da multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, parece-nos não mais possível à Administração exercer o papel de hermenêutica autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e de sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade.

Como assevera Habermas, em sua mais recente obra, “a barreira que se punha entre a esfera estatal da ‘realização do bem comum’ e o domínio social da busca autônoma e privada do bem individual de cada um foi rompida. Hoje em dia, a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm de ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da Constituição”.³⁴

Assim, parece razoável que o Poder Público migre de uma estrutura piramidal para uma nova configuração, em que os poderes são ordenados como uma rede, articulada com os entes sociais.³⁵

33. “A insurreição na Aldeia Global”, in Edis Miliaré (org.), *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 — Reminiscências e Reflexões Dez Anos Depois*, p. 90.

34. *Direito e Democracia*, v. II, p. 211.

35. “I poteri pubblici, una volta ordinati come una piramide, sono ora ordinati come una rete” (cf. Sabino Cassese, “L’organizzazione amministrativa”, *Rivista Tri-*

22. Devemos concordar que ela exerça uma "adequada intercomunicação" com os atores sociais para bem exercer as finalidades públicas que justificam sua existência.³⁶

Entre nós, Odete Medauar bem dividiu este processo, dando contornos bastante claros àquilo que ora afirmamos. Diz a doutrinadora: "A atividade de consenso/negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração".³⁷

Na seqüência enfrenta o ponto central da mudança do papel da Administração à luz das mudanças ora postas, ou seja, a transformação do aparato administrativo de *intérprete autoritário do interesse público para mediador de interesses públicos*.

Diz a professora que a Administração deixa de deter a "exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter a atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre as várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevância o momento do consenso e da participação".³⁸

23. Ora, como vimos, a noção universal, absoluta e singular do interesse público é central na construção daquilo que chamávamos do *paradigma de Direito Administrativo Moderno*. Não mais podendo fazer uso de uma concepção tão única e absoluta quanto genérica e abstrata de interesse público, nem mais sendo o exclusivo veículo de estabelecimento do que seja tal interesse, não pode tal paradigma resartar incólume. E sua reformulação passa por uma nova relação da Administração com o interesse público.

mestral de Direito Público II/382). Neste sentido, parece-nos que a posição de Casse se aproxima bastante daquela exposta por Teubner com relação aos grupos empresariais (cf. *O Direito como Sistema Autopoietico*, pp. 292 e ss.).

36. Cf. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, "Reflections on the reform and modernization of the Public Administration", *Revista Trimestral de Direito Público* 3/522.

38. *Idem*, p. 202.

Como sublinha Miguel Sanchez Moron, "a nova realidade que aqui interessa captar é o reconhecimento jurídico de uma pluralidade de interesses sociais de tipo diverso, tanto por seu conteúdo como por sua estrutura. (...) Isso significa que não se pode continuar como mentando a teoria publicista no interesse direto e individualizado. Hoje em dia os ordenamentos jurídicos outorgam relevância prática a outros tipos de interesses sociais, catalogados pela doutrina como interesses difusos e coletivos. Assim mesmo significa que o interesse público não é um conceito de conteúdo unitário, monolítico, generalizado, como nascerá".³⁹ No raciocínio de Moron encontra-se, no nosso sentir, a senha para uma nova abordagem da noção de interesse público.

24. Por certo o processo de revisão da noção de interesse público, para além das linhas de desconstrução da noção tradicional acima traçada, demandará um esforço teórico longo. Porém, tomando como ponto de partida a reflexão que se tem feito no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Teoria Geral do Estado, parece-nos já possível vislumbrar algumas trilhas para essa nova concepção.

25. Norbert Reich, em texto em que discute os impactos da "pós-Modernidade na teoria jurídica" e seus reflexos no Direito Económico,⁴⁰ após apresentar criticamente as formulações teóricas de Gunter Teubner e de Ulrich Beck, oferece-nos uma importante trilha para a reformulação da noção do interesse público. Detecta ele a existência de um conflito entre duas ordens de interesse que se embatem pela "alocação e distribuição de riqueza econômica e de recursos".

Segundo Reich esta contradição oporia "interesses especiais" a "interesses difusos".⁴¹

39. *La Participación del Ciudadano en la Administración Pública*, p. 113.

40. "Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a Pós-Modernidade na teoria jurídica)", *RDP* 94/265-282. Os parágrafos seguintes apóiam-se fundamentalmente nesse texto.

41. De forma semelhante, ainda que se utilizando de conceitos diferentes, L. F. Colaço Antunes também divisa estas duas ordens de interesses. O autor português se para os *interesses plurindividuais gerais de natureza pública* (v.g., os interesses sociais de Reich) dos *interesses coletivos de natureza sócio-profissional* (v.g., interesses difusos especiais). Quanto àquelles prenota terem natureza jurídica "público-difusa", enquanto estes últimos teriam natureza "público-coletiva". A partir desta separação teórica estabelece uma interessante reflexão, afirmando que os interesses "público-difusos" constituiriam uma forma de Democracia direta, enquanto que os "público-coletivos" implicariam formas de Democracia indireta, mediada pela representação de grupos sociais (L. F. Colaço Antunes, *A Tutela...*, p. 66).

Os especiais seriam aqueles "evidenciados por atores sociais que estão bem organizados", representados por "negócios, grupos de pressões ou pela burocracia", e se aglutinam em virtude da percepção dos ganhos e perdas que podem obter em virtude de alterações no *status quo* institucional.⁴²

Já os interesses difusos — segundo Reich — seriam "aqueles que têm o caráter de um bem público" e que, portanto, "dizem respeito à qualidade de vida global". Segundo Sanchez Moron, "el interés difuso se estructura como un interés perteneciente a todos y a cada uno de los componentes de la pluralidad indeterminada de que lo se trate".⁴³

Estas duas ordens de interesses seriam transindividuais. No entanto, os interesses especiais seriam, em regra, devidamente sustentados e aglutinados em sede de grupos de interesse. Já os interesses difusos, em que pese a muitas vezes serem encampados por movimentos sociais, *podem apenas em alguma medida ser organizados em grupos de pressão*.

Reich sustenta que no *Welfare State* o Poder Público teria assumido *funções protetivas* dos interesses difusos, "em virtude do seu caráter de bem público". Contudo — sustenta —, restou provado que o governo cumprirá esta tarefa "apenas de forma reducionista, simbólica, pelo menos na medida em que esses interesses difusos estejam em oposição a alguns 'interesses especiais' de negócios, de grupos de pressão ou da burocracia".

26. No nosso ponto de vista, a classificação de Reich é extremamente feliz.⁴⁴ Entendemos que, hoje, ambas as classes de interesses

42. Mario Negro caminha em semelhante linha, sustentando que tais interesses, tratados como coletivos, referir-se-iam a comunidades unificadas, mais ou menos determináveis no tocante aos seus componentes. Seriam, pois, interesses perseguíveis de maneira unificada, na medida em que seriam identificáveis as características e aspirações comuns dos seus titulares (*Justicia Administrativa*, 1983).

43. *La Participación del Ciudadano...*, p. 117.

44. Em que pese a adotarmos a classificação de Norbert Reich, o raciocínio que doravante acopiamos à sua tipologia dos interesses não lhe pode ser integralmente imputado. O autor aliteração deriva sua linha de análise predominantemente por uma linha de oposição entre interesses difusos e interesses especiais, chegando a afirmar que hoje é o conflito principal nas sociedades modernas, substituindo o clássico conflito de classes ("intervenção do Estado na Economia...", *RDP* 94/276). Afirma ainda que a única forma de viabilização da proteção de *interesses difusos* é sua adoção por *gestores autônimos* (*trustees*). A construção que tentamos fazer neste trabalho não desconsidera os desdobramentos da análise de Reich. Porém, no que aqui releva, preocupamo-nos em imaginar uma modelagem de poder político que torne viáveis as condições

transindividuais (especiais e difusos) devem ser entendidas como interesses públicos.⁴⁵

26.1 Os interesses especiais, na medida em que se revelam legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser considerados como interesses públicos.⁴⁶ A partir do momento em que se revelam transcendentes aos interesses particularísticos dos atores sociais organizados, que os encampam, tais interesses passam a ser *interesses públicos consideráveis*, devendo ser tomados em conta no processo decisório voltado à alocação de bens, direitos e oportunidades amealhados pela coletividade. Neste particular, parece-nos que a Administração Pública se revela necessária na mediação entre os interesses especiais.

26.2 Será, porém, nos interesses difusos que mais relevante se põe o exercício do poder político. Efetivamente, na tutela desta classe de interesses públicos é que reside a principal razão de ser do poder político numa perspectiva hodierna. A principal parcela de interesses

protetivas e afirmativas dos *interesses difusos* sem, com isso, imaginar a necessidade da erradicação, colisão ou oposição permanente com os *interesses especiais*. O que se imagina é a permanente conflituabilidade entre estas duas ordens de interesses transindividuais — conflituabilidade que incumbirá ao poder político mediar e arbitrar (prospectiva e afirmativamente) em cada caso concreto.

45. Outras classificações decorrentes da constatação da inviabilidade teórica da concepção singular e homogênea do interesse público poderiam ser cogitadas. Assim ocorre com a divisão em interesses públicos de *caráter geral* (aqueles em que se identificam os órgãos cuja função é a direção política da comunidade) e de *caráter setorial*, de que nos fala Massimo Giannini (*Diritto Amministrativo*, v. 2, p. 113); ou entre *interesses públicos globais* ou *pontuais*, conforme também formula Giannini (*idem*, v. 2, p. 114), e que, segundo a tradução de Moron (*La Participación del Ciudadano...*), se daria a partir da circunstância de o Poder Público cuidar de um interesse integralmente (global) ou compartilhar dessa tutela com outros sujeitos portadores desses interesses (pontuais). Contudo, para o enfoque do presente trabalho, o corte analítico a partir da abordagem que nos oferece Reich parece-nos mais adequado, porquanto deixa claro o aspecto político enredado em torno dos interesses públicos.

46. Fernando Herron Fernandes Aguilari, conhecedor da obra de Reich (traduziu para o Português o trabalho sobre o qual ora nos apoiamos), ilustra bastante bem a relação entre os interesses especiais e a necessidade de seu reconhecimento por parte do poder político. Diz ele que "a especialização dos interesses se dá de tal forma, e com tamanha intensidade, que negligenciar os aspectos corporativistas das reivindicações sociais é, para dizer o menos, fechar os olhos para a realidade. Vivevamos a era do corporativismo, da fragmentação, da especialização e do individualismo. Mas, no contexto do que se deu há cerca de 200 anos, não se reprime mais o ente intrameditário entre o Estado e o indivíduo" (*Controle Social de Serviços Públicos*, p. 56).

públicos que demanda a atuação efetiva do poder político cinge-se à tutela dos interesses difusos dotados de hipossuficiência.

Dito de outro modo, a permanência do Estado é imprescindível justamente para assegurar o não-aniquilamento dos interesses dos indivíduos excluídos dos grupos de interesse ou ainda aqueles interesses que não encontram respaldo em algum *interesse especial* de que trata Reich.

Calha aqui à perfeição o escólio de Luís Filipe Colaço Antunes, segundo quem "os interesses difusos devem ser considerados interesses públicos primários ou secundários, segundo seleção e ponderação dos interesses primários co-envolvidos. De resto, se o interesse difuso não é mais do que uma espécie do *gens* interesse público, isto quer dizer que o interesse público como entidade única não existe mais (...) existindo, na realidade, como consequência dos confrontos e dos conflitos entre interesses particulares, públicos e coletivos, o interesse público concreto".⁴⁷

Destaque-se que não estamos, aqui, utilizando a expressão no sentido que os *interesses difusos* têm para os processualistas. Sem dela divergir, recorremos ao conceito a partir da acepção sociológica conferida por Norbert Reich e acima divisada. Assim, importam-nos menos a abrangência e a transcendência destes direitos, e mais a inexistência de um titular, individual ou coletivo, identificável no jogo social como suficientemente capaz de dotar de *especialidade* (v.g., capacidade de oferecer *inputs* ao sistema político ou jurídico).

27. Acrescente-se que a concepção de interesses públicos, integrada por interesses especiais e por interesses difusos, traz subjacente a idéia de desterritorialização deste plexo de interesses. Tanto os interesses transindividuais de grupos como aqueles dispersos por toda a coletividade não podem mais ser identificados com um âmbito de abrangência territorial. Envolvem demandas e interesses que transcendem os limites de um dado território nacional.

Os interesses especiais acima referidos muita vez refletem potencialidades coletivas que, a par de envolverem grupos ou indivíduos internos a um respectivo território, se articulam com interesses supra-nacionais.

Do mesmo modo — e principalmente —, em sede de *interesses públicos difusos* raro será que tais interesses se restrinjam a uma coleti-

47. *A Tutela...*, p. 38.

vidade nacional específica. Mesmo pautas como o desenvolvimento local ou a erradicação da miséria podem estar imbricadas a interesses ou provocações externas a um dado território nacional. Veja-se, neste sentido, como se colocam os interesses preservacionistas de comunidades indígenas, os quais, em regra, acabam sendo encampados e difundidos por movimentos supranacionais que somente tomam vulto no país do conflito após alçar alguma repercussão externa. E, de todo modo, o caráter difuso destes interesses é mesmo incompatível com sua alocação territorial.

Temos, portanto, um outro viés relevante a ser tomado em conta na formulação de uma nova noção de interesse público. Não se pode mais trabalhar com tal conceito identificando-o a um dado território. A perspectiva contemporânea do interesse público deve considerar um plexo de múltiplos interesses (*especiais e difusos*) titularizados por grupos ou indivíduos pertencentes não a uma sociedade territorialmente situada, mas a uma sociedade desterritorializada — ou, se quisermos, a uma *sociedade global*.⁴⁸

28. A razão de ser do Estado não pode ser reduzida a um mero árbitro de *interesses especiais* representados por grupos de interesse. Tampouco pode se furta a exercer este papel de mediador e de articulador destes interesses, que, como dissemos, têm caráter transindividual, natureza social e alçada pública. Contudo, não se pode admitir que sejam excluídos do plexo de interesses públicos justamente os interesses difusos (não titularizados nem coletivamente). Fazê-lo seria a supressão do poder político.

29. Daí a necessidade de uma postura de *mediador ativo* por parte do poder político. Este papel não o coloca como mero garantidor de interesses públicos ou tutor de interesses difusos enquanto tais. Impõe uma posição de implementador, de efetivador destes interesses. "O conteúdo da atividade pública resulta da combinação, distinta em cada caso, sujeita às variações políticas, aos câmbios na relação de forças, dos distintos interesses que emergem em um determinado momento e lugar. As instituições públicas realizam um papel de mediação destes

48. Aproximamo-nos neste sentido — sem que isso represente uma adesão à teoria sistêmica — da concepção de sociedade exposta por Niklas Luhmann, segundo quem os limites da sociedade não são territoriais, mas sim ditados pelos limites da comunicação. Neste sentido, v. Giancarlo Corsi, Elena Esposito e Claudio Baraldi, *Luhmann in Glossario*, p. 215. V. também Celso Fernandes Campitongo, "Teoria do Direito e globalização econômica", in Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira (orgs.), *Direito Global*, p. 85.

interesses. Porém, dada sua transcendência atual, tampouco são um simples árbitro que se limite a refletir com exatidão as oscilações na balança dos interesses privados.⁴⁹

Destarte, para além de articular, sempre na perseguição de algum interesse público, os interesses especiais, impende ao poder político (i) mediar os conflitos entre uma e outra classe de interesses públicos, agindo positivamente na afirmação dos interesses difusos; (ii) atuar, a partir de pautas políticas, no sentido de implementar direitos difusos, ainda que estes não sejam canalizados por meio de grupos ou processos específicos de pressão;⁵⁰ e (iii) cumprir estas duas dimensões ressaltando, de toda sorte, os direitos individuais.

30. É certo que avaliação e o sopesamento destes interesses públicos não se fazem possíveis a partir de critérios formais. Os critérios materiais, ainda que aplicáveis, não podem ser tomados como exclusivos neste sentido.

O que se coloca, para nós, é que a ação do Estado, enquanto poder decisório confrontado com múltiplos interesses (focos de pressão), a um só tempo, deverá ter em conta critérios que sejam permeáveis aos diversos *inputs* de interesses especiais, mas que possa filtrar, politicamente, tais interesses de modo a integrar e proteger os interesses hipossuficientes.⁵¹ Como assinala Reich, "para que se viabilize a pro-

49. Miguel Sanchez Moron, *La Participación del Ciudadano...*, pp. 31-32 (grifos nossos).

50. Almirão do Couto e Silva bem ilustra estas duas perspectivas: "O ato administrativo que beneficia alguém pode prejudicar outra pessoa ou pessoas. A licença para instalação e funcionamento de uma fábrica não estabelece relação de Direito Administrativo apenas entre a entidade pública que outorga a licença e o particular que a obtém. A instalação e o funcionamento da fábrica podem vir a prejudicar muitas outras pessoas, que terão interesse jurídico em impugnar a licença, se for o caso. Do mesmo modo, o contrato para construção de uma obra pública pode causar impacto ambiental, gerando o interesse de outras pessoas em discutir a matéria ou em contrapor-se às decisões do Poder Público (...)" ("O indivíduo e o Estado na realização de tarefas públicas"; RDA 209/70).

51. Inobstante conheçamos as possíveis críticas quanto à ingenuidade ou ao idealismo da perspectiva de *Direito Responsivo* (cf. Celso Campilongo, *Direito e Democracia*, pp. 62-63), não deixa de ser verdade que nos aproximamos, aqui, das formulações de Philippe Nonet e de Philip Selznick (*Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, 1978), na medida em que postulamos uma certa mediação/composição de interesses públicos filtrada a partir de critérios políticos (intencões sociais afirmativas) de sopesamento e seletividade. Destarte, a tendência que adiante exporemos de um Direito Administrativo fortemente regulador identifica-se com a perspectiva de uma *clarificação de interesse público* lastreada em uma nova perspectiva de autoridade. Contudo, a construção ora desenvolvida não prima pela preocupação com sua ad-

teção dos interesses difusos no discurso político, eles devem ser assumidos por alguma espécie de gestores (*trustees*) automeados".⁵²

31. Portanto, a partir da falência da noção de interesse público fundante do paradigma do Direito Administrativo que conhecemos, passa a ser necessário o estudo, com algum distanciamento, das formas de se compor os diversos interesses (transindividuais) que convivem na sociedade a partir de critérios de relevância sempre dependentes de uma avaliação conjuntural.

Lembramos que a articulação desta noção de interesse público com o paradigma se revela nos dois princípios centrais do regime jurídico-administrativo: a *supremacia do interesse público* e a *indisponibilidade* deste. Sem que tais pressupostos sejam abandonados, cumpre colocá-los à luz das novas perspectivas.

31.1 O princípio da *supremacia do interesse público*, parece-nos, deve ser aprofundado de modo a adquirir a feição da *prevalência dos interesses públicos* e desdobrando-se em três subprincípios balizadores da função administrativa: (i) a interdição do atendimento de interesses particularísticos (v.g., aqueles desprovidos de amplitude coletiva, transindividual); (ii) a obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; e (iii) a imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.

31.2 Já o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos *interesses públicos difusos* — o que importa dizer: no exercício da função administrativa o agente público não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficientes.

32. Parece-nos fora de dúvida que, diante do colapso da noção singular e monolítica de interesse público, a função de composição e conciliação entre os diversos interesses caberá sempre à esfera pública. Porém, as instituições, os órgãos e os instrumentos disponíveis a esta *esfera pública redelineada* são bastante diversos daqueles tradicionalmente disponíveis no âmbito do Estado tradicional. E nisso não pode ser entevista qualquer nuance de sucumbência ou prescindibilidade do Estado.

quação a qualquer teoria social do Direito, em que pese, contudo, a não estarmos a desconsiderá-las.

52. "Intervenção do Estado..."; RDP 94/277.

33. Tome-se um exemplo específico, com o qual mais adiante nos deteremos. A retirada do Estado da prestação – execução efetiva – de alguns serviços públicos trespassados a particulares mediante o estabelecimento de parcerias⁵³ ou a outorga de concessões,⁵⁴ permissões ou mesmo por meio de autorizações para exploração destes, antes de implicar uma retirada da esfera pública para exploração destes, antes de porta a necessidade de fortalecimento da atuação pública.⁵⁵ Nos dizeres de Sabino Cassese, “o fato de o governo central se liberar de uma parte da sua atividade reforça aquelas atividades que remanescem”, tornando necessário um “governo central capaz de decisões igualmente radicais”⁵⁶.

Ao contrário dos que encaram privatização e desregulação como sinônimos, entendemos que à diminuição das áreas de atuação estatal

53. A esse respeito, no âmbito do Direito Brasileiro, v., entre tantos: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 1996, e “O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos”, *Boletim de Direito Administrativo* 9/586-590; Diogo Figueiredo Moreira Neto, “O sistema de parceria entre os setores público e privado – Execução de serviços através da concessão, permissão e terceirização – Aplicação adequada destes institutos”, *Boletim de Direito Administrativo* 2/76-81; Juarez Freitas, “O sistema de parceria entre os setores público e privado”, *Boletim de Direito Administrativo* 5/327-330; Ernesto Jeger, “Parcerias públicas sob um enfoque não-jurídico”, *Revista do Serviço Público* 120/165-180, n. 1, V. também, ainda que tion, *synthesis*, traditio: options for public/private configuration”, *International Journal of Public Administration* 16/107-137, n. 1; e Giuseppe Vaca, “Estado e mercado, público e privado”, *Lua Nova – Revista de Cultura e Política* 24/151-164.

54. Na bibliografia brasileira recente, v., dentre outros: Arnaldo Wald e outros, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, 1996; Benedito Pereira Porto Filho, *Concessões de Serviços Públicos*, 1997; Antônio Carlos Cindra do Amaral, *Estudo sobre Concessão de Serviço Público*, 1995; Carmen Lúcia Antunes Rocha, 1996; Edmir Neto de Araújo, “A nova Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos e Obras Públicas”, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* 18/99-114.

55. “Todavia, a constatação de que a atividade econômica deve estar no setor privado não nos afasta de exigir que esta atividade privada, sobretudo quando atue no espaço público, seja amplamente regulada e fiscalizada por agências públicas e independentes (...) é preciso que o Estado esteja aparelhado para fiscalizar, porque nada garante que as estradas que são exploradas privatadamente, ou a telefonia que é explorada privatadamente, vão ser eficientes ou comprometidas com o interesse público (...). Então, a criação de órgãos reguladores e fiscalizadores e independentes é um passo indispensável” (Luís Roberto Barroso, “A intervenção do Estado no domínio econômico”, *Boletim de Direito Administrativo* 8/515).

56. *Tendenze Recenti della Riforma Amministrativa in Europa*, p. 182.

(mediante transferência da execução de misteres públicos a particulares) deve corresponder um reforço no papel regulatório por parte do poder político.

Enquanto o Estado intervinha diretamente no mundo econômico, chamando para si as tarefas de executar atividades tidas como de interesse geral, fazia-se prescindível (ou, mesmo, desinteressante) a existência de um arcabouço regulamentador do exercício desta atividade, incluindo aí os interesses difusos dos tomadores do serviço executado, pelo ente estatal.

Porém, quando a execução de dado cometimento é transferida para um particular torna-se imprescindível a edição de um claro aparato regulatório,⁵⁷ sob pena de abandono dos interesses públicos difusos dos que necessitam fruir destas comodidades. Daí por que Vital Moreira assevera que “as políticas de privatização obrigaram em muitos casos uma densificação da regulação”.⁵⁸

Assim, o mesmo Estado que deixa de explorar monopolisticamente⁵⁹ um serviço público passa a ter que regular a prestação deste serviço.

Se bem é verdade que o Estado não mais presta determinado serviço público, não menos verdadeira é a relevância de sua atividade no controle da qualidade do serviço prestado, na fiscalização e preservação das suas cláusulas de ampliação, de sua universalização e atendimento dos princípios a ele correlatos (especialmente os princípios da universalidade, atualidade, modicidade da tarifa e continuidade da prestação), bem como no arbitramento entre a perspectiva econômica do concessionário e os interesses públicos difusos (v.g., o dos usuários

57. Cf. Ramón Martín Matso, “La crisis del servicio público”, in J. C. Atienza e M. A. Garcia Herrera, *Derecho y Economía en el Estado Social*, pp. 137-158.

58. *Auto-Regulamentação Profissional e Administração Pública*, p. 43.

59. Acerca da superação da idéia de que a eleição de uma dada atividade como serviço público ou sua prestação em regime público importariam necessariamente exploração em regime de monopólio, v. Floriano de Azevedo Marques Neto, “Reestruturação do setor postal brasileiro”, *RTDP* 19/149-169. V. também Sabino Cassese, *La Nuova Costituzione Economica*, pp. 71-90. Para uma reflexão a partir de pressupostos um pouco diversos, mas que se aproxima das mesmas conclusões no sentido de existência de um serviço público não-privativo, v. Sebastião B. B. Tojal, “Natureza jurídica do serviço funerário”, *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo* 64/38-45.

60. Cf. Juan Miguel de la Cuétera Martínez, “Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa”, in Gaspar Ariño Ortiz e outros, *El Nuevo Servicio Público*, pp. 57-105.

do serviço e mesmo da coletividade genericamente tomada, por exemplo, como titular dos bens afetos à concessão, os quais são propriedade de toda a coletividade, porquanto reversíveis ao final da concessão).

Neste quadro, cumpre ao Poder Público, ao mesmo tempo em que arbitra interesses entre prestadores de um serviço ou entre grandes usuários e prestadores (*interesses públicos especiais*), tutelar e promover o interesse dos usuários e, principalmente, daqueles que sequer são usuários, porquanto não têm acesso aos serviços (*interesses públicos difusos*).

Também parece certo que, opondo-se interesses especiais ou confrontando-se estes com interesses difusos, cumprirá ao poder político pender para estes últimos, tomando em conta a relevância de sua hipossuficiência.

34. Destarte, parece-nos óbvio que o modelamento do Estado nesta conjuntura será bastante diverso daquele forjado tanto para um Estado *gendarme* como para um Estado prestador dos serviços. Este novo Estado não passa por um processo de redução, esvaziamento ou supressão. Muito ao contrário, carece de um fortalecimento.⁶¹ Esse fortalecimento passa, necessariamente, pela revisão do velho paradigma de Direito Administrativo,⁶² que, como aponta Moron, por força de estar "em grande parte apoiado nos esquemas garantistas das teorias clássicas de perfil liberal, não capta em geral o fenômeno crescente de publicação de interesses sociais e, em consequência, de esfumaçamento da divisão apriorística e categórica entre matérias públicas e privadas".⁶³

Esta revisão deve ser marcada pela substituição do autoritarismo⁶⁴ pela comunicabilidade, da rigidez pela flexibilidade.⁶⁵

61. Deve-se ter sempre claro que privatização não pode ser tomada como sinônimo de desregulamentação. Se geralmente estes dois conceitos são ideologicamente apresentados conjuntamente, eles não são correspondentes. Ao revés, são, no mais das vezes, opostos. Trataremos do tema mais detidamente no próximo capítulo.

62. Destaque-se, neste passo, que a advertência de Wolfgang Stegmüller no sentido de que "o antigo e o novo paradigma não são comparáveis; em verdade, são incommensuráveis. Este fato fica mais ou menos encoberto, porquanto a teoria nova se vale das mesmas expressões que eram usadas na teoria antiga" (*A Filosofia Contemporânea*, p. 367).

63. Miguel Sanchez Moron, *La Participación del Ciudadano...*, p. 39.

64. Como bem demonstra um abalizado operador do Direito, "a tendência de flexibilização do Direito Administrativo justifica e motiva a superação do modelo tradicional da atividade administrativa, radicada numa relação de subordinação. A realidade do dia-a-dia das Administrações demonstra a necessidade de serem removidos os

Só que este novo paradigma deve ser processado não a partir da reformulação dos seus institutos e conceitos, para adaptá-los a realidades de mercado. A construção do novo deve apoiar-se na precedente mudança do modelo de Estado, pois — esperamos ter demonstrado — de nada serve tratar a esfera do Direito Administrativo apartada do perfil do Estado. Reforma administrativa é parte de um processo mais amplo e necessário de reforma do-Estado, e como tal tem de ser encarada.

35. Massimo Severo Giannini, analisando a Administração Pública contemporânea, afirma que "o mundo contemporâneo é caracterizado pela presença de um notável número de poderes públicos".⁶⁶ O grande administrativista lista, então, sete indicadores⁶⁷ que demonstram e acarretam a fragmentação do monopólio do poder político pelo Estado (*v.g.*, erosão da concepção de tutela monopolística de interesse público) para, após isto, consignar que, em que pese a estarem os Estados perdendo poderes, "é também verdadeiro que são o único poder público que conserva a capacidade de agregação da ação de todos os outros poderes públicos, e sob tal aspecto não se vê, de fato, um viziinho próximo, como ao contrário muitos diziam".⁶⁸

obstáculos impostos pela própria potestade do ente público, que impedem a sua igualação com o particular" (cf. Fernando Antônio Dusi Rocha, "Possibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos", *Revista Licitar* 1/32).

65. Arnoldo Wald pondera que, "enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução dos fatos tecnológicos e financeiros, as constantes modificações legais e a rápida evolução de qualquer previsão, a médio e longo prazo, no plano econômico exigiram uma reformulação do Direito Administrativo, que, como os demais ramos do Direito, passou a constituir um 'Direito flexível'" ("Novas tendências do Direito Administrativo: a flexibilidade no mundo da incerteza", *RDA* 202/44).

66. *Direito Administrativo*, v. 2, p. 58.

67. A saber: (i) a crise da idéia de soberania patenteada na existência de fortes núcleos de poder internacional; (ii) a emergência de uma comunidade econômica supranacional; (iii) o problema federativo, representado pela crescente tensão por autonomia dos entes federados; (iv) a fragmentação social e crescente dependência do Poder Público frente a associações profissionais, corporativas e de especialização técnica; (v) as distorções da Democracia representativa derivadas da crise na estrutura de partidos políticos dos países europeus dominantes; (vi) a incapacidade política e financeira de manter o crescimento continuado da demanda autoalimentada de serviços e financeiros públicos, resultando numa diversidade de entes públicos ou privados incumbidos do provimento de suas demandas; (vii) a insustentabilidade da dimensão monumental do aparato administrativo, a qual é precursora de transformações da estrutura administrativa dos poderes públicos (M. S. Giannini, *Direito Administrativo*, v. 2, pp. 58 e ss.).

68. Giannini, *Direito Administrativo*, v. 2, p. 62.

Em suma, estamos diante da necessidade de se preservar o caráter político do Estado. Ou – como defende Paul Singer – encetar uma “globalização politicamente conduzida”, na qual “em determinadas conjunturas tem de prevalecer o interesse da maioria representada pelo governo democraticamente eleito”.⁶⁹

Para que isso seja possível, há que se processar uma significativa reforma do Estado e, via de consequência, uma profunda revisão em alguns pressupostos vetoriais do Direito Administrativo.

Capítulo V

A REPUBLICAÇÃO DO ESTADO

V.1 Introdução: a discussão desfocada. V.2 A “republicação” do poder político. V.3 A Administração Pública na perspectiva do “Estado republicano”. V.4 Lineamentos de um novo paradigma de Direito Administrativo.

“Reduzindo a uma só frase, o problema consiste em que em nosso mundo moderno tudo é político, o Estado está em toda parte e a responsabilidade política acha-se entrelaçada em toda a estrutura da sociedade. A liberdade consiste não em negar essa interpenetração, mas em definir seus usos legítimos em todas as esferas, demarcando limites e decidindo qual deve ser o caminho da penetração, e, em última análise, em salvaguardar a responsabilidade pública e a participação de todos no controle das decisões. Daí se deduz a importância do controle institucional, visando a uma estratégia de reformas numa sociedade democraticamente planificada, e a necessidade da existência de uma teoria de poder baseada em princípios democráticos.”

(Karl Mannheim, *Liberdade, Poder e Planificação Democrática*, p. 66)

V.1 Introdução: a discussão desfocada

1. O discurso da reforma do Estado tem sido cada vez mais frequente. Porém, no nosso sentir, ele é posto de forma desfocada. Ora é baralhado com a reforma dos mecanismos de administração pública. Ora enredado na polêmica em torno da privatização de empresas ou serviços públicos. Ora, ainda, pautado por uma discussão ensimesmada acerca do grau de autonomia que devem ter os entes do poder local ou regional. Nenhum destes debates é irrelevante.

Porém, eles passam ao largo da questão que nos parece central: qual a configuração que deve ter o Estado de modo a enfrentar o sola-

69. “Globalização positiva e globalização negativa: a diferença é o Estado”, in *Novos Estudos CEBRAP* 48/52.