XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO

NELSON JULIANO CARDOSO MATOS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Nelson Juliano Cardoso Matos; José Adercio Leite Sampaio.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-532-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os temas discutidos no GT foram de importância e atualidade ímpares. Questões como colonização da política pela economia e, em certa medida, pelo direito estiverem transversalmente presentes em praticamente todos os temas.. As matrizes históricas da disfuncionalidade da política brasileira também foram discutidas, bem como temas recorrentes como ativismo judicial, atuação do legislador, notadamente, dos direitos fundamentais e políticas públicas. As apresentações se fizeram em ambiente de participação e cooperação.

Prof. Dr. Nelson Juliano Cardoso Matos - UFPI

Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio - PUC Minas / ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PATRIMONIALISMO X DEMOCRACIA NA GESTÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS POR AGENTES ESTATAIS: DEFICIÊNCIA DE PLANEJAMENTO EM POLÍTICAS PÚBLICAS?

PATRIMONIALISM X DEMOCRACY IN THE MANAGEMENT OF PUBLIC SPACES BY STATE AGENTS: PUBLIC POLICY PLANNING DEFICIENCY?

Felipe Braga Albuquerque [1]

Resumo

É corriqueiro, no cenário brasileiro, o uso do espaço público de forma diferenciada e exclusiva por alguns agentes públicos, o que aponta numa falta de planejamento de tal ação como política pública. O presente estudo, baseado em metodologia indutiva de pesquisa bibliográfica, tem por fim examinar a legitimidade e a validade desse uso, assim com seus limites, assim como a noção de interesse público e de bens públicos. O sistema democrático brasileiro não pode permitir que se admita o acesso a bens públicos revestido de dogmas patrimonialistas e não sob o manto da legalidade administrativa e do interesse público.

Palavras-chave: Espaço público, Uso exclusivo, Agentes públicos

Abstract/Resumen/Résumé

It is common, in the Brazilian scenario, the use of public space in a differentiated and exclusive way by some public agents, which points to a lack of planning of such action as public policy. The purpose of this study, based on an inductive method of bibliographical research, aims to examine the legitimacy and validity of this use, as well as its limits, as well as the notion of public interest and public goods. The Brazilian democratic system can´t allow the admission of public goods clothed with patrimonialist dogmas and not under the mantle of administrative legality and public interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public space, Exclusive use, Public agents

[1] Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

INTRODUÇÃO

Em sociedades não muito antigas os privilégios eram abertos e motivados, ou seja, alguns tinham “sangue azul” ou legitimidade divina para terem acesso a bens e escassos recursos públicos, em comparação com a grande massa populacional. Porém, por exemplo, as inúmeras manifestações populares intensificadas no Brasil a partir de junho de 2013 denotaram, dentre outros aspectos, a insatisfação popular com as estruturas de poder, e o indevido aproveitamento dos bens públicos para benefício pessoal de alguns agentes. Mesmo com a superação do regime monárquico há mais de um século, não se consegue impor a muitos agentes estatais a essência do espírito republicano.

A coisa pública, em diversas ocasiões, não é usufruída pelo povo, apesar do formalismo jurídico superar a maioria de privilégios injustos. O espaço público é apropriado, com exclusividade, por agentes que deveriam servir ao invés de serem servidos, e o Estado é visto como negócio. Num constitucionalismo democrático, de uma sociedade complexa e plural não se deveria se pensar em realizar a igualdade afastada de concepções de bem comum.

No presente estudo, o patrimonialismo brasileiro não será estudado com todo o rigor analítico que uma pesquisa histórica, por exemplo, requer ao abordar tal temática. Entretanto, apontar os contornos da singularidade cultural brasileira, no uso dos bens públicos, pode ser objeto de uma reflexão mais concisa. O patrimonialismo brasileiro não é um mal de origem da atuação estatal em todo nosso período histórico. A ideia de patrimonialismo aqui adotada não demoniza a atuação do estado em prol de um “eficiente,” “puro” e “distributivo” mercado, mas como variação da dominação tradicional apontada por Weber, como confusão entre o público e o privado.

O uso indevido dos bens públicos no Brasil é inquestionável, e, neste tema, vale refletir sobre o correto aproveitamento dos espaços públicos. Por exemplo, em várias repartições públicas há elevadores privativos a algumas autoridades (magistrados, ministros, secretários, etc.). Não são elevadores com acesso “prioritário”, mas “privativo”. A consequência dessa conduta patrimonialista, no imaginário coletivo, é de uma superioridade (que não existe do ponto de vista jurídico, moral ou filosófico). Qual cidadão, afinal, ousa entrar em um elevador com tal mensagem de uso privativo? Certamente um pequeno contingente de pessoas, pois a violência simbólica impede a

resistência a tal prática. E uma vez entrando, a conseqüência jurídica será a de um ilícito, pela audácia de utilizar o espaço destinado a autoridade?

Não é raro encontrar em vias públicas, nas proximidades de repartições públicas, faixas pintadas ao chão com a expressão: “promotor de justiça”, “desembargador”, “defensor público”, “delegado” etc. Se por um lado, diante da relevância de algumas atividades, devem-se atribuir prerrogativas a determinados agentes públicos, por outro, diante dos princípios republicano e da igualdade, da própria noção de interesse público primário, paira a reflexão: serão tais uso e ocupação do solo legais e legítimos? Contribuem para um diálogo construtivo entre cidadãos e autoridades?

Este contexto tem repercussões múltiplas e difíceis de serem descritas. É certo que os servidores públicos, sobretudo aqueles que desempenham atividade relacionada às finalidades do Estado, precisam encontrar ambiente de trabalho adequado e conforto para deslocamento. O excesso, porém, parece retirar o equilíbrio e a legitimidade de algumas vantagens. É compreensível o rito da simbologia do poder, já que a imagem pode ajudar na gestão, mas talvez a justificativa seja mera busca de conforto ou realização da vaidade, distantes do interesse público.

Neste breve ensaio, pretende-se analisar até que ponto os pequenos vícios do patrimonialismo no Brasil podem consequências graves ao imaginário coletivo e à implementação da ideia de igualdade. Importa pesquisar se condutas que muitas vezes se escondem como atividade pública ou serviço público, não são, na verdade, movidas por política e disputa de poder. Não se pretende realizar abordagem dos vários modelos sociológicos de patrimonialismo, sobretudo, o apontado Guillermo O’Donnell (2011), mas apresentar algumas delimitações que o direito e a política fazem a tal engodo ao desenvolvimento no sistema republicano.

1. PATRIMONIALISMO E ESPAÇOS PÚBLICOS

O processo “civilizador” brasileiro reproduz um sistema psíquico de inquestionabilidade da utilização de bens públicos. As informações entram em nosso cotidiano e nos diz como devemos nos portar, desejar e permitir o uso de bens públicos, criando uma espécie de subcidadania (veja-se, por exemplo, a imposição de certas vestimentas em tribunais para acesso às repartições públicas). A questão da legitimidade do poder nos persegue e, em geral, não se questiona o porquê de obedecermos às “ordens” das autoridades, de onde se retira esta legitimação, etc. Não é o acesso a

cargos públicos baseado em eleições ou em concurso que legitimam qualquer decisão dos “soberanos”, sobretudo quando estas não repercutem direitos e deveres constitucionais.

Historicamente, no Brasil, fomenta-se a desigualdade e o gozo de privilégio no serviço público, sobretudo para muitos políticos e cargos de alto escalão da estrutura dos três poderes. A sociedade e a cultura brasileira são conformadas como variantes da versão lusitana da tradição civilizatória. Em consequência, as elites dirigentes, primeiro lusitanas, depois luso-brasileiras, e, em nosso contexto, as brasileiras, viveram sempre e vivem ainda sob o pânico do alçamento das classes oprimidas (RIBEIRO, 2006, p.17).

O reflexo desse caminhar histórico é a concessão de prerrogativas a determinadas pessoas, como se lhes fosse direito, praticamente criando um tabu, na acepção freudiana de regramento seguido, mas cuja origem não se ousa discutir ou rediscutir (2015, p. 62). Quando se observam os editais para concurso público dos mais diversos cargos de alto escalão, por exemplo, – em geral voltados à carreira jurídica (magistratura, ministério público, procuradorias, etc.), não há qualquer disposição que indique privilégios aos então candidatos. Ao contrário, aponta-se uma carga horária rígida (que nem sempre é cumprida) e uma formal lista de atribuições. Nos cargos eletivos também, a legislação eleitoral, em geral, aponta apenas os requisitos para o cargo (idade, gozo dos direitos políticos, “ficha limpa”, etc.). Porém, todos conhecem alguns privilégios e mordomias que são concedidos a parlamentares, secretários, ministros, chefes do executivo, magistrados, entre outros, nos três poderes.

A concessão de alguns benefícios pode decorrer de simbologia acolhida e celebrada pela sociedade, como se percebe no Reino Unido em relação à realeza, ou nos Estados Unidos em relação a seu presidente. Pode também representar elemento importante para o exercício do poder, como é o caso de trânsito livre para algumas viaturas de autoridades. É inclusive possível argumentar que, com mais conforto, autoridades que exercem atividades de alta relevância desempenharão melhor sua função. Seria, por exemplo, o caso de dar direito a algumas delas de possuir carro oficial com motorista, evitando que o estresse no trânsito durante o percurso ao trabalho, diminuísse a produtividade ou a qualidade.

O que se ponderado são os excessos e o custo da realização de certos privilégios com o dinheiro público em sociedade desigual e pobre, que, por outro lado, é democrática, e elenca, dentre seus objetivos, construir uma sociedade livre, justa e

solidária. Em muitos casos, os privilégios concedidos são irrazoáveis e desproporcionais, e criam no imaginário coletivo a sensação de inferioridade/superioridade, a ideia de que o espaço público pode ser “legitimamente” apropriado por alguns, em verdadeira violação ao senso de igualdade e de moralidade.

Se aplica às estruturas de poder no Brasil, infelizmente, aquilo que Zygmunt Bauman e Lonidas Donskis chamam de “cegueira moral” (2014), com a perda de sensibilidade na modernidade, numa sociologia que apresenta a indiferença, a marginalização do homem comum.

Nessa conjuntura, importa considerar que quem visita repartições públicas sabe que a distribuição geográfica dos espaços e bens públicos não é realizada de modo igualitário. A sala do diretor/chefe/ministro/secretario é diferente e mais espaçosa do que a de outros agentes igualmente públicos. Em alguns casos se justifica a diferença (reuniões estratégicas para o estabelecimento de políticas necessitam de espaço diferenciado, por exemplo), porém, na maioria deles é a política do “poder”, do mando que “direciona” a ocupação do espaço do povo. Basta observar, por exemplo, tantas salas/gabinetes de autoridades como desembargadores, de um Conselheiro de Tribunal de Contas, de um Secretário de Estado, de um Governador, etc. Nelas, muitas vezes, é possível encontrar obras de arte, tapetes, mobília diferenciada, banheiros privativos, equipamentos de informática novos, aclimatação e iluminação diferenciada, terraços privativos, entre outras características que diferenciam o uso dos bens públicos, e os destinam a finalidade meramente estética, mais ligada à vaidade, como forma de diferenciação na estrutura do poder.

Ora, em relação ao uso dos bens públicos, além da igualdade, deve-se perquirir, como se abordará mais em item seguinte, sobre a indisponibilidade do interesse público. É compreensível e aceitável, por exemplo, que em organizações privadas, chefes e diretores tenham inúmeros privilégios e disponham de grandes e luxuosos bens e espaços no ambiente de trabalho. Trata-se de uma questão não apenas atinente a sua desigualdade patrimonial com as demais pessoas no mesmo ambiente, mas à possibilidade de livre disposição dos próprios bens. Isso, porém, não pode ocorrer por simetria no poder público, sobretudo porque o bem disponibilizado a um agente é, na verdade, de todos, e seu uso deve ter por fim otimizar a realização do interesse público primário.

Os inventários dos bens públicos não são catalogados por privilégio, por poder, por hierarquia, porém, sua distribuição se dá, na prática, freqüentemente sob esses critérios. Caso emblemático revelador dessa realidade foi o da decoração do apartamento funcional do reitor da Universidade de Brasília, com valores oriundos da FINATEC, em que se adquiriu inclusive lixeira por R$ 1.000,00 (hum mil reais)[1].

Narra José Osvaldo de Meira Penna (1988, p.190), que para defender o status de altos funcionários, a burocracia criou uma série de intermediários, e o principal destes é o chefe de gabinete, ou os "secretários adjuntos", "subsecretários", entre outras inúmeras nomenclaturas.

No Brasil, em termo de prestação de serviço público, temos o alto funcionário como destinatário, como mais importante, invertendo o ciclo de feitura no qual o alto mais deveria ser aquele que mais demonstra o exemplo, que mais economiza, que é o mais eficiente, o mais cordial, etc.

Este fato nefasto e constante da cultura da política nacional, o patrimonialismo, deriva de uma demasiada vinculação ao capital e ao paternalismo exercido pelas elites "políticas" estabelecidas.

A ausência de isenção patrimonial dos gestores alimenta um sistema de "troca de favores", que transfere o domínio público a "agentes" públicos. Tal fórmula patrimonialista de se exercer o poder foi conceituada por Guillermo O'Donnell de maneira que "[...] consiste na confusão pelo governante entre o público e o que lhe é privado ou pessoal" (O'DONNELL, 2011, p. 65).

A América Latina ainda sofre das marcas coloniais, nas quais um Estado rentista e distribuidor de prebendas criou uma elite de servidores acostumada a privilégios (SORJ; MARTUCELLI, 2008, p. 222). A inépcia e falta de espírito público de agentes políticos e públicos gera brutal desigualdade no sistema representativo e na estrutura estatal como um todo. Os menos afetados/encastelados numa realidade em que se auto definem, não se preocupam com o resultado de suas ações para com a sociedade (a não ser que visualizem uma ira certa e inquestionável).

---

[1] Apesar de o reitor ter sido inocentado em ação de improbidade administrativa (AC 0011091-29.2008.4.01.3400/DF – TRF 1ª Região) diante da ausência de demonstração de dolo, o uso do dinheiro público para aquisição de bens com mínima ou nenhuma utilidade para o povo afronta a razoabilidade e a legitimidade. Tanto é que, à época, diante da pressão dos alunos, o reitor Timothy Martin Mulhollandrenunciou ao cargo.

Diante dessa situação aparentemente já consolidada, parece difícil fechar “o ralo” do dinheiro público para com as mordomias coloniais/imperiais. Mas tal dificuldade na mudança de hábitos, pela diminuição do conforto de algumas autoridades, não deve representar desestímulo a busca de reformas jurídicas e sociais.

O Estado patrimonial contempla a promiscuidade do público e o recrudescimento das pretensões privadas, mas apenas por quem pode efetivamente arvorá-las. E por ser uma gestão pautada na manutenção de privilégios e a defesa de mecanismos de dominação das massas, não consente com a possibilidade de participação administrativa, já que isso representaria um risco à atuação autocrática do detentor de poder (LIMA, 2013, p.82-83).

Quando se observa a expressão “privativo de desembargador” em 2 (dois) dos 6 (seis) elevadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por exemplo, verifica-se o que Shwartzman (1988) conceitua com base do autoritarismo no Brasil. É esta base que o autor nomeia de neopatrimonial, que mantém o povo em situação dependente e alienada, orientada para a sujeição. A incapacidade do gestor de distinguir a esfera pública da privada, aliada a uma população despreparada, contribui para um imaginário coletivo de obediência a autoridades que seriam “superiores”, de classe, de hierarquia na prestação dos serviços ao povo, pagos com recursos dos contribuintes.

Neste caso dos elevadores, após consulta à assessoria de imprensa do Tribunal de Justiça, esta informou que 632 servidores, milhares de advogados e cidadãos, utilizavam os 4 (quatro elevadores) “normais”. Os 2 (dois) especiais, que contam com ascensoristas permanentes, são destinados privativamente a desembargadores. Será que a dignidade de um desembargador é afetada por compartilhar o espaço público com outras pessoas? Seja como for, diante do fluxo de pessoas que precisam usar os demais elevadores, há, nesse caso, clara desproporção. Num pequeno ato, a carga simbólica de patrimonialismo se adiciona ao custo (ineficiência), à desigualdade, à diferença, à violação do direito constitucional de ir e vir, à violação ao acesso à justiça e, sobretudo, ao interesse público.

Foi noticiada, a propósito, a prisão de advogado já idoso que utilizara o elevador reservado para juízes. O senhor não ofereceu nenhum risco à integridade de servidores públicos, nem dos bens públicos, apenas fez uso contrário ao costume e a norma infralegal e interna do órgão. A gravidade de uma prisão ilegal não se iguala em termos de infração ao suposto uso indevido dos bens públicos especiais, ainda que tais

bens pudessem ter esse uso exclusivo, revelando uma inversão autoritária de valores, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

O Brasil deve tirar o patrimonialismo dos usos e costumes e deixa-lo para os livros e artigos que denotam sua utilização na história. Recusar interpretações culturalistas, segundo Celeste Cordeiro (2000), não significa ignorar idiossincrasias de nossa invenção democrática. A existência de países prósperos sem tais vícios revela não haver uma relação ontológica entre exercício do poder e benefícios no uso de bens públicos, pelo contrário. Enquanto no Brasil, o Senado já chegou a gastar R$ 269,2 mil com frentistas e lavadores de carro (CONGRESSO EM FOCO, 2016), na Suécia, deputados utilizam os mesmos meios de transportes dos demais cidadãos, como ônibus e trem. (WALLIN, 2014, p. 28)

Um movimento político que se articula para buscar melhorias de serviços estatais, para criticar a indevida utilização de espaços públicos, para lutar por tantos objetivos comuns ao povo, só tende a afirmar a unidade político-constitucional da democracia.

A filósofa Hannah Arendt (2007, p.21-24) apresenta uma ideia de política como decorrente da pluralidade dos homens. Segundo ela, “a Política trata da convivência entre diferentes” e tem como sentido a liberdade (2002, p. 117). Desse modo, afirma, a política organiza as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e, em contrapartida, as diferenças relativas. A filósofa deixa claro o papel da política no apaziguamento das relações humanas, mas também tenta demonstrar a distinção entre o que seria o fim da política com a política em si.

Arendt entende que a política tem de lidar sempre com o esclarecimento, a abertura e com a dispersão de preconceitos, o que não significa uma educação para a perda dos preconceitos. O pensamento político baseia-se, em essência, na capacidade de formação de opinião e Arendt (2007, p.29-35) entende que o ponto central da política está na preocupação com o mundo e não com o homem. Segundo Arendt, a resposta que empurra o homem para o ponto central das preocupações do presente e acha que deve modificá-lo é a política.

A base do pensamento de Arendt é, como se afirmou, a de que o sentido da política é a liberdade. A dicotomia que preocupa o pensamento contemporâneo é até que ponto a politização estatal traz liberdade, quais são os freios à interferência do Estado na

liberdade humana. Arendt explica que a política não é algo necessário para a conservação da vida (isso seria uma falta de sentido) é como se não mais houvesse solução nas questões políticas isoladas. Para a filósofa (2007, p.38-46) a tarefa da política é a garantia da vida no sentido mais amplo, é possibilitar o indivíduo buscar seus objetivos em paz e tranquilidade sem ser molestado pela política.

Assim, a fruição por apenas algumas "autoridades", de espaços públicos, sem justificação de interesse público, viola a igualdade no acesso aos bens e serviços públicos que devem ser assegurados a todos no Brasil, merecendo crítica mais ativa não só por parte da doutrina, mas no meio político, jornalístico, entre outros.

A política como convivência de diferentes, como garantia da vida em sentido amplo, com esclarecimento, no pensamento de Arendt (2007), atua no sentido de desarraigar o ideal patrimonialista na utilização privativa de espaços públicos.

2. O REGIME DE USO DOS BENS PÚBLICOS: FUNÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PÚBLICO

A utilização de bens públicos faz parte do processo de planejamento, avalição e controle de políticas públicas. No entanto, se observa que os bens de uso especial parecem ter um regimento que escapa ao conceito de interesse público em comparação aos bens de uso comum do povo construídos pelo Estado. O planejamento para se construir uma praça, uma rodovia, etc é completamente diferente (no que se refere à destinação de sua fruição) da idealização de uma repartição pública que irá receber membros do alto escalão dos poderes do Estado (cidadãos, como aqueles que usufruem bens públicos).

O debate sóbrio sobre o combate ao patrimonialismo que se defende está vinculado à melhoria dos mecanismos institucionais de controle do abuso na utilização dos bens públicos. A lei do acesso à informação, por exemplo, já é uma importante ferramenta para conhecer a estrutura viciada de distribuição de espaços em algumas repartições públicas para que se possam utilizar inúmeras ferramentas institucionais de controle do abuso de poder. Jessé Souza, por exemplo, aponta que o comportamento prático e cotidiano só pode ser explicado e compreendido por meio da eficácia das instituições e não pela intenção de alguns indivíduos (2015, p.23).

A regulação da utilização dos bens públicos é realizada pelo direito administrativo, apesar de sua conceituação no direito civil. Por mais que a lei não discrimine diretamente a função social dos bens públicos, assim como o regime jurídico do direito administrativo, é sempre destinada ao interesse público.

Conforme o Código Civil, bens públicos são os pertencentes às pessoas jurídicas de direito público (art.98). Ressalta-se que a competência para legislar sobre o assunto é da União (art.22, inc. I), pois compete à União legislar privativamente sobre direito civil.

Entre as diversas classificações dos bens públicos, a que se aplica diretamente ao presente estudo é aquela concernente à destinação. Segundo Fernanda Marinela, os bens de uso especial, também chamados de bens do patrimônio administrativo, são destinados especialmente à execução dos serviços públicos (instrumentos desses serviços), para atingir seus fins (2015, p. 828). A pergunta, portanto, a ser sempre feita para se verificar se os bens públicos estão sendo devidamente utilizados é: esse uso permite melhor execução do serviço público ao qual está vinculado?

Não há, no Direito Administrativo, o instituto da gestão particular dos bens públicos. A gestão dos bens públicos ocorre conforme sua natureza e destinação, mas sempre com o objetivo de atender ao interesse público. Diógenes Gasparini (2005, p.780) aduz que a utilização dos bens públicos rege-se por normas internas, entretanto, essas normas devem ter por finalidade o interesse público e qualquer destinação privilegiada ou que não atenda a esta finalidade estará eivada de ilegalidade – por macular um dos requisitos do ato administrativo.

A finalidade, enquanto requisito do ato administrativo, tem duas sub-finalidades: a) busca do interesse público; b) cumprir com o objetivo previsto em lei. Segundo a Lei de ação popular (Lei nº 4.717/65):

> Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
>
> e) desvio de finalidade.
>
> Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:
>
> ...
>
> e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

A teoria geral do ato administrativo não permite o reconhecimento de ato que não tenha por finalidade o interesse público. Sob pena de nulidade (art. 2º, "e", Lei 4.717/65), caracteriza-se abuso de poder (desvio de poder) qualquer conduta (mesmo que omissiva) no trato da coisa pública que não tenha de modo claro a veste do interesse público.

Assim, em relação a muitos bens de uso especial, a busca do interesse público não tem sido objetivada com tal medida (utilização desigual do espaço público por algumas "autoridades"), ao contrário, tem sido esvaziada.

Os bens públicos devem ter destinação que atenda ao interesse público e que não se confunda com interesse de Estado, do aparato administrativo ou do agente público, como ensina Marçal Justem Filho (2008, p.38-46), de modo que tal interesse nunca pode ser pressuposto, mas decorrente de um processo de compatibilidade com os direitos fundamentais.

Comenta Alice Gonzalez Borges, a ameaça do conceito de interesse público pelos "donos do poder", que é objeto das mais solertes manipulações, sempre sendo invocado a torto e a direito para acobertar as "razões de Estado", quando não interesses menos nobres, e, até, inconfessáveis. Tem sido manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias (BORGES, 2007).

A propósito, destaca-se que a Lei nº 8.666/93 (que regula as licitações) exige, no caso de rescisão contratual "por motivo de interesse público" (art. 78, XII), e no da revogação da licitação por "razões de interesse público" (art. 49), que a existência de tal interesse público seja devidamente justificada, demonstrada sua pertinência, e mediante parecer jurídico vinculante.

A Lei nº 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.), por sua vez, dispondo sobre interesse público, explica:

> Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

> I - atuação conforme a lei e o Direito;
>
> II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
>
> III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
>
> IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
>
> ...
>
> XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Como se observa, a legislação é farta na referência a expressões como "interesse público", "interesse geral", "fim público". Tais palavras não podem ser lidas e invocadas como mera retórica, mas na concretude de ações, voltadas a amplitude da Administração para os administrados, com a contenção dos agentes públicos no uso dos bens públicos em outros fins que não sejam voltados para o melhor desempenho de suas atividades.

Nas hipóteses aqui discutidas não há uma mínima justificativa do interesse público – apenas o rolo compressor daquilo que Oliveira Vianna (1987, p. 15-20) chama de "marginalismo" político, que ignora profundamente o povo brasileiro.

Se formos analisar sob o plano jurídico, a legalidade é princípio basilar do direito administrativo voltado à administração pública dos três poderes (art. 37, caput, CF/88). Apontam Gilmar Antonio Bedin e Joice Graciele Nielsson (2012) que uma das dimensões do Estado do Direito é aquela estabelecida na legalidade, na subordinação à lei dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes do Estado. Mesmo com esse pressuposto, afirmam os autores, a cultura patrimonialista e o *déficit* republicano permitiram com que os bens públicos fossem tratados pelos diversos grupos políticos dominantes como se fossem seus, a serviço de interesses particulares.

Como justificar que o ocupante do cargo de procurador do estado, por exemplo, possa ter uma sala mais confortável do que o do contador público, que trabalha na mesma repartição, no setor de licitações? O que justifica tal desigualdade? Como validar que um ocupante do cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas, que ingressou por nomeação política, possa ter um banheiro privativo e um técnico, concursado, tenha acesso apenas o banheiro público da repartição? O que explica tal diferença de tratamento na utilização de espaços públicos?

É certo que, como afirmado acima, muitas sociedades acolhem rituais e valorizam o status de poder pressuposto em alguns cargos concedendo-lhes vantagens. Não, porém, em uma república democrática em seu sentido vivo, e, sobretudo, não na proporção exagerada com que os espaços e bens públicos são indevidamente apropriados no Brasil, com elevados custos, em prejuízo à eficiência e à economicidade, e à cidadania. Não se trata de querer impor restrição desmedida ou retirar direito de autoridades e servidores com cargos nobres que merecem o respeito dos administrados e tratamento digno pela Administração, mas de tentar por em prática a própria noção de serviço público, levando a que se pense: como servir, como gastar menos, como utilizar mais o espaço e os bens públicos de forma a ampliar o acesso público às riquezas da sociedade e do Estado? Além disso, as desigualdades, na democracia, somente se justificam ou, como já referido, em prol do interesse público, ou na medida de desigualdades legitimamente reconhecidas e que merecem a proteção do Estado, como espaços especiais e mais amplos com pessoas com dificuldade de locomoção. Na hipótese, porém, não se verifica uma ou outra justificativa. Os ocupantes de tais cargos exercem atividades temporárias, se aposentarão. O que deve ficar de lição é o interesse público no exercício das funções e não a desigualdade. Isso tem reflexos na remuneração, nos direitos, no corporativismo disciplinar, no controle da carga horária de trabalho, entre outras questões que diferenciam “altos” cargos dos cargos “comuns” – linguagem inexistente no direito administrativo, sob o âmbito da legalidade.

Phillip Gil França (2016, p.215), abordando a realização do interesse público a ser concretizado, aduz que não há outra razão para a ocorrência do agir administrativo senão a realização do interesse público concretamente na realidade diária do povo, na vida das pessoas.

Por fim, abordando o objeto do direito administrativo, José Cretella Júnior (1966, p.181) aponta, entre outras finalidades, que o mesmo cinge-se pela tutela do Estado para garantir o bem estar da coletividade. No mesmo sentido é a conclusão lógica de Aloísio Gurgel do Amaral Neto (2014, p.88), de que a propriedade pública deve estar adstrita à função social, constituindo-se obrigação dos gestores públicos dotar os bens com a finalidade que atenda ao anseio social, de modo a otimizar as relações sociais.

Não é preciso grande aprofundamento dogmático para concluir pela ilegalidade da utilização desigual da fruição dos bens, a questão que se coloca é, também, política,

de disputa de espaço, de manutenção de poder. Querer entender o serviço público no Brasil apenas do ponto de vista formal e hierárquico, como se milhares de nomeações não tivessem influência no acervo cultural, é fechar os olhos para o cotidiano público.

3. UTILIZAÇÃO PRIVATIVA DE BENS PÚBLICOS E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A falta de planejamento nas políticas públicas de uso e fruição dos bens públicos pode trazer consequências danosas inclusive a direitos humanos básicos. Alguns bens públicos, obviamente, podem ter sua destinação restringida para a utilização a algumas pessoas, sempre justificadas pelo interesse público. É o caso, por exemplo de presídios, de hospitais (com restrição na circulação de pessoas por questões de segurança e saúde).

Porém, a inadequada utilização dos espaços públicos apontados no presente ensaio é mais um sintoma do patrimonialismo na democracia brasileira. A dignidade humana de algumas autoridades não é maior do que a de qualquer outro cidadão brasileiro.

O sistema democrático não amadurece naturalmente, ele está em permanente construção e disputa. Como observa com lucidez Norberto Bobbio "para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo" (1986, p. 9). Entre os principais pontos dessas disputas destaca-se a defesa dos direitos humanos e a incorporação, na autogestão dos altos cargos da república democrática, do conceito de interesse público.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 160) escreveu que a democracia brasileira sempre foi um lamentável mal-entendido, inventada por aristocratas rurais para acomodar seus interesses. Esses mal-entendidos continuam sendo reinventados e perpetuados ao longo de nossa história e apenas serão superados quando a ideia constante de interesse público, de espírito coletivo se unir àqueles que sonham com um novo regime democrático, cuja essência seja a dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplina como direito básico:

> Article 21.
>
> ...

> (2) Everyone has the right of equal access to public service in his country. (Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, aos serviços públicos do seu País).

O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 aponta:

> Art. 1. Fica aprovado o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, em consonância com as diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas estabelecidos, na forma do Anexo deste Decreto.
>
> Art. 2. O PNDH-3 será implementado de acordo com os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:
>
> ...
>
> III - Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades:
>
> ...
>
> Diretriz 7: Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena.

Constata-se que o sistema de direitos humanos ratificado pelo Brasil em sua perspectiva lógico-jurídica incorpora e a igualdade e universalidade no acesso aos serviços públicos. A prevalência de direitos humanos assim foi tratada no âmbito constitucional: "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações 'internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...].

Diante da opção constitucional pela tutela da dignidade intrínseca do homem, seria inadmissível pensar que espaços públicos possam ser utilizados unicamente à luz de privilégios não previstos em lei, excluindo dessa relação o próprio ser humano ou a igualdade de todos os brasileiros.

A primeira vez que o princípio da prevalência dos direitos humanos figurou em acórdão do Supremo Tribunal Federal foi em 1996 (extradição 633-9). Ocorre que podemos citar mais 23 (vinte e três) importantes precedentes jurisprudenciais do STF acerca da aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos nesse sentido: a) extradições n. 793-9; 783-1; 855-2; 866-8; 897-8; 986-9; 830-7; 841-2; 1.254 (qo); 1008-5; 932-0; 1074-3; 1085; b) Habeas Corpus n.s. 91.657-1; 90.450-5; 91.361-0; 91695-0; 87.585; c) Reclamação 11.243; d) ADI 1.497-8; 4277; e) Recurso Extraordinário 394703-1 e; f) ADPF 132.

Tal princípio não pode apenas ser invocado, como defende Eduardo Pannunzio (2014, p. 250-252), para omente certa leitura jurídica do caso em exame, mas para ser a *ratio decidendi* autônoma, das decisões dos magistrados.

Para que se tenha a noção da violação de direitos humanos, decorrente da restrição do acesso a espaços públicos a cidadãos, vale citar o caso da utilização de vestimentas. A liberdade constitucional de locomoção e o direito humano de acesso igualitário aos serviços públicos protege a abusiva restrição de acesso a fóruns e tribunais (geralmente através de portarias) por pessoas que estejam trajando roupas "inadequadas". Ou seja, a limitação de ingresso a qualquer repartição pública dos três poderes de bermudas, shorts, calções, camisetas regatas, minissaias, miniblusas ou trajes semelhantes é atentatória à liberdade de ir e vir.

Obviamente a proporcionalidade deve ser considerada, de modo que a utilização, exclusiva, de "roupas íntimas" para ingresso em repartições públicas viola o interesse público, a moralidade e outros princípios, podendo, nesse caso, ser utilizado como elemento limitador. Não se resguarda o respeito à "justiça" limitando o acesso de agricultores, pescadores ou pessoas "humildes". Tal fato acarreta violação não apenas da liberdade de ir e vir, mas também do acesso à justiça, da supremacia do interesse público e diversos outros postulados do direito.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos – ONU – 1948). Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem revoltam a consciência da Humanidade. O sistema de direitos humanos não tolera tais fragrantes e literais violações de um princípio tão básico, que já deveria ter sido incorporado no cotidiano administrativo brasileiro, desde o primeiro regime constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito de o uso dos espaços públicos ser revestido de dogmas patrimonialistas, a democracia atual no Brasil não pode permitir que se admita o acesso a tais bens a um número limitado de pessoas, por vínculo de poder e não sob o manto da legalidade administrativa e do interesse público. A pobreza, a falta de consciência histórica, o subdesenvolvimento, a carência de serviços públicos, a negação de

liberdades políticas, entre outros fatores, demonstram que tais “dogmas” ainda se comportam como um direito natural dos ocupantes de cargos de alto escalão na estrutura dos três poderes no Brasil, sobretudo na feitura de políticas públicas para acesso e fruição de bens públicos.

Os efeitos sistêmicos das decisões tomadas pelas diversas instituições, sobretudo no Poder Judiciário, responsável por guardar em último caso a Constituição, são nefastos e produzem dilemas no sistema democrático, fundado na igualdade.

No contexto de uma sociedade baseada em princípios democráticos, mostra-se intolerável a manutenção de um regime patrimonialista na administração púbica dos três poderes, ainda mais quando a crítica seja inspirada no interesse coletivo. A perda de sensibilidade e indiferença que contaminam a cultura na modernidade se espraiam pelas estruturas de poder no Brasil.

Esta base patrimonial mantém o povo (em geral despreparado politicamente) em situação dependente, alienada e orientada para a obediência às autoridades superiores. Em pequenos atos que decorrem do patrimonialismo se observa a ineficiência, a desigualdade, a diferença, a violação do direito constitucional de ir e vir, do acesso à justiça, entre outros, e, sobretudo, do interesse público.

A inexistência, no Direito Administrativo, de uma gestão privada dos bens públicos, que têm destinação pública, vulnera a realização do interesse público a ser concretizado.

Por fim, o sistema de direitos humanos ratificado pelo Brasil em sua perspectiva lógico-jurídica incorpora a igualdade e universalidade no acesso aos serviços públicos. Assim, é inadmissível do ponto de vista jurídico e da política do bem comum pensar que espaços públicos possam ser utilizados para manter privilégios excluindo o do acesso do bem que o pertence.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Aluísio Gurgel do Amaral. **A função social da propriedade pública**. Fortaleza: Premius, 2014.

ARENDT, Hannah. **O que é política?**. Tradução de Reinaldo Guarany. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

_____. **A dignidade da política:** ensaios e conferências. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 117

BEDIN, Gilmar Antonio, NIELSSON, Joice Graciele. Estado de direito e cultura patrimonialista: o desafio da afirmação da dimensão republicana do Estado brasileiro na atualidade. In: **Pensar**: Revista de ciências jurídicas. Vol 17. n.1 (jan./jun). Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2012. pp.100-114.

BAUMAN, Zygmunt,DONSKIS, Leonidas. **Cegueria Moral: a perda de sensibilidade na modernidade líquida**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia:** Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15 – janeiro / fevereiro / março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

CORDEIRO, Celeste. Pensar o Brasil – 500 anos. Vicissitudes da democracia no Brasil: patrimonialismo como cultura. Pp.24-30. In: **Síntese**. Ano 5. Brasília, 2000.

CONGRESSO EM FOCO. Senado gasta R$ 269,2 mil com frentistas e lavadores de carros. Disponível em http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/senado-gasta-r-2692-mil-com-frentistas-e-lavadores-de-carro/, acessado em 17 de Fevereiro de 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Vol.1. 1.ed. São Paulo, Forense, 1966.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1958.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREUD, Sigmund. **Totem e tabu.** Algumas correspondências entre a vida dos selvagens e dos neuróticos. Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo, Saraiva, 2015.

O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado**: teoria com intenção comparativa. Trad.: Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

PENA, José Osvaldo de Meira. **O dinossauro: uma pesquisa sobre o Estado, o patrimonialismo selvagem e a nova classe de intelectuais e burocratas**. São Paulo: T.A Queiroz, 1988.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

SORJ, Bernando; MARTUCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano**: coesão social e democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

SOUZA, Jessé. **A tolice da Inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

VIANNA, Oliveira. **O idealismo utópico das elites e o seu "marginalismo" político**. *in*: Instituições Políticas Brasileiras. Niteroi: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987.

WALLIN, Cláudia. **Um país sem excelências e mordomias.** São Paulo: Geração Editoral, 2014.