

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

JANAÍNA RIGO SANTIN

NEWTON CESAR PILAU

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-429-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES realizado em Parceria com a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI - Campus Balneário Camboriú), teve o painel de Direito Administrativo e Gestão Pública II, realizado na tarde do dia 10 de novembro de 2021, e utilizou-se de tecnologia da informação e comunicação do CONPEDI.

O destaque do evento se vincula a proteção e promoção da saúde, utilizando-se da virtualidade para proteger a toda(o)s em razão da pandemia Covid-19. No mesmo sentido verificou-se o aprimoramento da ciência jurídica, e notadamente neste GT, as pesquisas de autores nacionais e internacionais foram intensificadas e vinculadas aos grandes debates do direito administrativo e da gestão pública. Fato relevante, que mesmo no cenário virtual, as apresentações e debates difundidos pelo canal do CONPEDI no Youtube e na sua plataforma virtual tiveram repercussão e visibilidade destacadas, oportunizando acesso a uma infinidade de pessoas que labutam e se dedicam ao Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities.

A apresentação das pesquisas e os debates que foram realizados no Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” revelaram a possibilidade de uma comunicação produtiva, participativa, inclusiva e reveladora da constante oxigenação do direito, quando voltado as nuances da administração pública e seus instrumentos de gestão que se mostram, produtivos ao amadurecimento contemporâneo do constitucionalismo e as novas roupagens do Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities.

Os artigos aqui publicados apresentam as seguintes temáticas:

AS FRAUDES NA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA PANDEMIA DA COVID-19;

A PROPOSTA DE COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO;

O CUSTO DOS DIREITOS E A GOVERNANÇA PÚBLICA: EIS A PANACEIA?;

ANÁLISE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SOB A PERSPECTIVA DO COMBATE À CORRUPÇÃO;

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA REVISITADO: A CONSTRUÇÃO DE UM SIGNIFICADO ADEQUADO À JURIDICIDADE DEMOCRÁTICA;

O ATIVISMO JUDICIAL E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS ATOS DO PODER EXECUTIVO;

A ERRÔNEA FUNDAMENTAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO ELEMENTO VIOLADOR DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;

A INFORMAÇÃO PÚBLICA SANITÁRIA COMO ELEMENTO DE DOMINAÇÃO SIMBÓLICA DA OPINIÃO PÚBLICA OFICIAL;

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE E SUA APLICABILIDADE NA NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIÁLOGO COMPETITIVO;

LEI 14.133/2021: O CREDENCIAMENTO COMO PROCEDIMENTO AUXILIAR DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS;

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E COVID-19; e

COMPLIANCE E PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NA LEGISLAÇÃO DO RIO GRANDE DO SUL, BRASIL;

Nos sentimos honrados e felizes pela oportunidade de estarmos na Coordenação deste Grupo de Trabalho (GT), agradecendo aos participantes e autores de artigos apresentados pela oportunidade de acompanhá-los na apresentação e debatermos os temas com intensidade e pluralidade de pensares.

Aproveitamos para parabenizar toda equipe administrativa do CONPEDI, pela excelente organização e acompanhamento em todos os momentos do evento, possibilitando a pesquisadores nacionais e internacionais a amplitude e divulgação de suas pesquisas científicas a área jurídica.

Forte abraço e tenham excelente leitura!

De Passo Fundo (RS) e de Balneário Camboriú (SC), novembro de 2021.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. Newton Cesar Pilau – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II apresentados no IV Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROPOSTA DE COMPREENSÃO HERMENÊUTICA DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

THE PROPOSED HERMENEUTIC UNDERSTANDING OF THE CONCEPT OF PUBLIC INTEREST

Jaci Rene Costa Garcia

Resumo

A dogmática do Direito Administrativo tem tratado o interesse público quase como um correlato do Estado, numa espécie de justificação prévia dos atos do Estado a partir da indeterminação do conceito, acabando por legitimar quaisquer atos dos agentes públicos pelo fato de personificarem o Estado. O problema da pesquisa se constitui em investigar se a hermenêutica permite uma nova compreensão do instituto e qual a postura do intérprete a partir dessa perspectiva. Para desenvolver o trabalho, são utilizadas as teorias de Gadamer e Dworkin, como matrizes a permitir uma proposta de análise hermenêutica à questão.

Palavras-chave: Direito administrativo, Teoria do direito, Teoria da decisão, Hermenêutica, Dworkin, Gadamer

Abstract/Resumen/Résumé

The dogma of Administrative Law has handled the public interest almost as a correlate of the State, in a kind of prior justification of the acts of the State, due to the indeterminacy of this concept. Thereby, the acts of the public officials are legitimized by the fact of personifying the State. The research problem is to investigate whether the hermeneutics allows a new understanding of the institute and to determine the posture of the interpreter considering this perspective. To develop this paper, the theories of Gadamer and Dworkin are used, a proposal of hermeneutic analysis to the question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Law theory, Decision theory, Hermeneutic, Dworkin, Gadamer

INTRODUÇÃO

A motivação da pesquisa tem na base uma inquietação que decorre empiricamente de atuações em processos que envolvem temas do Direito Administrativo, em especial e em muitas causas, decorrente da perplexidade ao defender direitos individuais frente ao Estado e, invariavelmente, ter a convicção de estar defendendo também o interesse público. Porém, paradoxalmente, o Estado produz tese contrária em nome do interesse público. O desconforto ora relatado parece algo corriqueiro no âmbito dos Tribunais, tendo sido cômodo – por uma grande maioria - dizer que se trata de um conceito jurídico indeterminado e que haveria discricionariedade ampla na construção de sentidos, prestando-se o presente trabalho a ver o que a dogmática comumente traz a respeito e qual seria a contribuição da hermenêutica filosófica à compreensão do instituto.

O interesse público na dogmática tem se constituído quase como um correlato do Estado, numa espécie de entificação do instituto no Estado, legitimando os atos dos agentes públicos pelo fato de personificarem o Estado e, por decorrência lógica, seus atos estarem imantados pelo “interesse público”. Um pouco mais sofisticada, tem-se a teoria que traz uma divisão do interesse público em primário e secundário, demonstrando que o interesse público secundário é problemático, porém salvando o interesse público no conceito de “interesse público primário”.

Vale referir que, no que tange aos Autores do Direito Administrativo eleitos para a conformação do conceito no presente trabalho, a escolha foi pautada levando em consideração a repercussão das obras na academia, especialmente na graduação, dispensando-se outros em razão de que os autores referidos já permitiriam a configuração do problema de pesquisa acrescido ao limite inerente a um artigo científico.

Delimitando-se a pesquisa, o que vai se investigar não é se o interesse público deve ser sopesado com algum outro princípio ou com os direitos fundamentais ou se devem comportar divisões, o objetivo é verificar se a hermenêutica permite uma nova compreensão do instituto e qual a postura do intérprete a partir dessa perspectiva. Para aprofundar o exame, são aproximados Gadamer e Dworkin, elegendo tais teorias como matrizes a permitir a proposta de análise hermenêutica à questão no trato da resposta à pergunta: que é, afinal, interesse público?

A resposta a essa questão envolve a interpretação em direito e a determinação do conceito que, invariavelmente, necessita de uma abordagem que leve em consideração o contexto da aplicação, exame que será aprofundado na perspectiva da investigação proposta.

A pesquisa ganha em relevância quando se vive num cenário/momento em que há uma discussão importante sobre os limites interpretativos, especialmente pela constatação de que as

normas e os conceitos normativos são geradores de um indeterminismo em duplo sentido: indeterminismo que afeta a capacidade de predição, ou seja, talvez não seja possível prever a realidade em que o fenômeno jurídico se situa; indeterminismo ontológico/metafísico, no momento em que percebemos o alto grau de indeterminação da realidade, sendo impossível normatizar previamente (prever) todas as situações que se apresentam.

Nesse cenário, a investigação desde a hermenêutica pode apontar algumas saídas em termos de construção de respostas, projetando-se que a abertura da linguagem em conceitos altamente indeterminados pode ser solvida a partir de uma reflexão capaz de perceber e ler o contexto, compreendendo que a resposta deve estar situada numa dada realidade.

1 A QUESTÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA DOGMÁTICA

Sem pretensão de exaustão, alguns conceitos de autores tradicionalmente reconhecidos no âmbito do Direito Administrativo serão objeto de análise, com fito de verificar como tem se formado o pensamento nacional sobre a questão.

A aproximação da vontade do Estado e do agente público tem sido tratada pela doutrina como uma unidade, a ponto de se afirmar coisas do tipo “o que o agente público quis é o que quis o Estado” (GASPARINI, p. 50), formando no imaginário coletivo uma identidade que pode ajudar na legitimação dos mais variados atos praticados na gestão da coisa pública.

Embora se encontre uma centralidade em relação a importância do instituto junto aos administrativistas, ao investigar o interesse público são encontradas expressões tais como “é o que se refere a toda a sociedade” (GASPARINI, p. 15), procurando, ainda, com exemplos explicitar o conceito. Di Pietro quando trata do “princípio da supremacia do interesse público” (DI PIETRO, p. 63-66), esquiva-se de trazer um conceito e traz considerações mais gerais relacionando o princípio com a finalidade pública e remetendo a referência legal¹ do art. 2º, II, da Lei 9.784/99, inferindo a partir da Lei que é irrenunciável o interesse público.

O que se pretende demonstrar é que todas as tentativas de atribuir sentido ao texto fora de um determinado contexto fático esbarram numa redundância e nada acrescentam, como a que aparece em Hely quando diz, que o Direito Administrativo está assentado na “supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais” (MEIRELLES, p. 49) e, novamente, vale citar Gasparini conceituando interesse

¹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.

público como “o interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”. (GASPARINI, P. 15)

Diante desse quadro, ainda em termos de doutrina nacional, é possível identificar uma tentativa de aproximação do Estado enquanto entidade dos membros da sociedade, nas palavras

“Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).” (MELLO, p. 56)

Numa ilustração, a proposta de Mello se assemelha a um engavetamento notrânsito que é altamente problemático e ele salva na figura do Estado, como se fosse possível, a supressão dos seres num ser maior apagando às individualidades e, ainda, como se a soma dos interesses particulares tivesse como resultante o interesse público. Em termos de conceituação, constata-se em Mello uma tentativa de sair da abstração conceitual para aterrissar na sociedade, costurando o conceito de interesse público na proposta de harmonização entre os interesses de cada um dos membros da sociedade e do Estado, constatando, ainda, a entificação da sociedade pelo Estado. Acaba, ao final, caindo do seu próprio voo ao retornar a um conceito ainda mais abstrato que o de interesse público.

Em Marçal Justen Filho já se encontra uma posição que se afasta da dogmática tradicional, obviamente porque se dá conta que o instrumental teórico utilizado pelo Direito Administrativo é herança tardia do século XIX, um aparato modelado nas concepções napoleônicas estando a exigir, na contemporaneidade, uma adequação das fórmulas “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público” à dimensão constitucional e democrática do Estado, sob pena de se inviabilizar o próprio controle da atividade administrativa. (JUSTEN FILHO, p. 13-14) Quando trata especificamente do interesse público, o Autor traz algumas questões importantes ao estudo: (i) o interesse público não se confunde com o interesse do Estado ou com o interesse do aparato administrativo ou com o interesse do agente público; (ii) o interesse público existe antes do Estado que é o instrumento de realização daquele; (iii) recoloca o interesse público como resultado e não como pressuposto da decisão. (JUSTEN FILHO, p. 36-46)

Com o afastamento das concepções derivadas do positivismo exegético do século XIX, as posições de Justen Filho, na dogmática brasileira, servem de porta de entrada ao

aprofundamento da discussão sobre tema tão caro ao Direito Administrativo, deixando antever o Autor que o interesse público (i) não pode ser entificado na figura do Estado, (ii) que possui uma existência anterior e (iii) que é algo que se apresenta ao final do processo de interpretação, dando azo a pesquisa que visa, ao fim e ao cabo, a reconstrução de sentido do conceito.

2 UMA EXCEÇÃO LEGAL AO INTERESSE PÚBLICO: EM QUE MEDIDA UM INTERESSE PARTICULAR RELEVANTE TAMBÉM É PÚBLICO?

A remoção do servidor público é um caso paradigmático e que merece a referência. Com a promulgação da Lei nº 9.527, de 10/12/1997, deu-se nova redação ao art. 36 da Lei 8.112/90, prevendo especificamente três situações de remoção de servidor público, quais sejam: (a) remoção de ofício, no interesse da administração; (b) remoção a pedido, a critério da administração; (c) remoção a pedido, independentemente do interesse da administração.

O texto da Lei 8.112/90 traz:

“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”

A remoção denominada “a pedido, independentemente do interesse da Administração” ficou reservada para três situações: (a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, que foi deslocado no interesse da Administração; (b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (c) em virtude de processo seletivo.

Importante ressaltar que o que atualmente se denomina de “remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração”, dá-se na verdade no interesse público,

mas sem que a Administração Pública possa manifestar eventual discordância. O objetivo da norma, ao utilizar a terminologia “independentemente do interesse da Administração”, foi simplesmente definir que nesta situação o interesse público já estaria previamente patente e presente, e que não caberia ao Administrador Público realizar qualquer avaliação objetiva ou subjetiva quando ao que considerasse como de interesse ou conveniência da Administração Pública.

Este critério fica patente quando analisadas a primeira e a terceira situação previstas na lei, quais sejam, a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, que foi deslocado no interesse da Administração e remoção em virtude de processo seletivo. Em ambas as situações se encontram patente o interesse público, na primeira situação de remoção, tem-se que esta se dará para que o servidor possa acompanhar seu cônjuge ou companheiro (também servidor) que tenha sido deslocado no interesse da Administração, na terceira também se faz patente o interesse público quando se assegura a remoção em virtude de aprovação em processo seletivo interno (promoção ou concurso interno), sendo claro que processo seletivo interno somente ocorre no interesse da Administração.

A mesma situação de existência de interesse público (e com maior ênfase) se verifica em relação à segunda situação de remoção, qual seja, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, condicionada à comprovação por junta médica oficial, isto porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, transcrito abaixo, estabelece o interesse público na garantia de saúde, ao defini-la como um direito de todos e um dever do Estado.

Cita-se a Constituição:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

E nem poderia ser de forma diversa, isto porque uma norma deve sempre ser interpretada dentro do seu contexto, e o contexto da “remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração” evidencia claramente que se trata efetivamente de situações nas quais se encontra patente o interesse público, e em patamar tal que não é cabível à Administração Pública opor qualquer obstáculo.

O próprio fato de a Lei estabelecer que a Administração Pública não poderá opor qualquer fator impeditivo para a ocorrência de remoção nestas situações evidencia, por si mesmo, o interesse público que justifica a ocorrência destas remoções.

Portanto, muito embora a primeira e superficial leitura seja no sentido deque, por se tratar de remoção “a pedido”, esta se daria por vontade do servidor, uma segunda análise evidencia de forma translúcida que o contrário, isto porque não há efetivamente manifestação de vontade, no sentido de escolha entre alternativas, mas simplesmente necessidade, tal como ocorre na remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro, na remoção em virtude de promoção e na remoção por motivo de saúde do servidor ou de cônjuge, companheiro ou pessoa de sua família.

Por conseguinte, quando a lei, neste caso, fala em remoção a pedido, ela efetivamente dispõe que esta remoção depende tão somente de o servidor evidenciar a sua necessidade, já previamente dada na lei sendo, em linhas gerais, interesse público primário contra interesse público secundário expressamente manifesto em texto normativo.

2 DA TRANSIÇÃO DE UM MODELO INTERPRETATIVO CONCEITUAL PARA UM MODELO HERMENÊUTICO: ALGUMAS QUESTÕES TEÓRICAS COM IMPLICAÇÕES NA APLICAÇÃO DO DIREITO

A metáfora da toupeira em Hegel e Marx produz como sentido a obstinação na construção de um caminho, a toupeira como um trabalhador subterrâneo que possibilita que algo aconteça. Stein (2001) irá dizer que na modernidade, tanto em Hegel quanto em Marx, a toupeira (razão) era um coletivo e que na pós-modernidade cada filósofo é a toupeira (Stein, 2001, p. 12), referindo-se, por certo, que não há mais espaço para uma metafísica produtora de respostas universais e necessárias e que a filosofia, na contemporaneidade, se faz ao filosofar e ao construir o próprio caminho.

Numa transposição para o direito, parece lícito inferir que o sentido atribuído pela dogmática ao interesse público se identifica com a crença na possibilidade de se encontrar um consenso semântico, esquecendo-se que a entificação (como postula Mello, por exemplo), típico de um pensamento metafísico² (filosoficamente falando), afasta-se do construtivismo inerente a produção de sentidos e que é dependente dos contextos (faticidade) e da tradição (historicidade).

Agora a pergunta se redefine: como a toupeira atribui sentidos na atualidade e qual o

² Na perspectiva filosófica, as concepções derivadas de um positivismo, inclusive o exegético como um positivismo primevo, são produtos da metafísica moderna (Descartes, Kant, Fichte); em sentido oposto, a hermenêutica filosófica se contrapõe como uma ontologia possibilitadora de uma construção de sentido verdadeira, desvelando o horizonte do ser no mundo (Husserl, Heidegger, Gadamer).

sentido correto a ser atribuído ao “interesse público”? Por certo, responder a tais questões exige uma reflexão orientada por Heidegger, Gadamer e Dworkin, rompendo com a filosofia da consciência e procurando encontrar uma resposta ontológica, desentificando³ o conceito que, como demonstrado, a dogmática brasileira tende a unir ao Estado e, dentre situações de iniquidades engendradas, ainda legitima a desigualdade jurídica entre o estado e o indivíduo (um dos postulados do Direito Administrativo).

Num momento inicial da investigação é possível dizer que o interesse público só pode ser compreendido diante do caso. E o que é o caso? Caso é o que cai, não é algo abstrato que pode sustentar o caso, como a representação do mundo das ideias em Platão sustentaria o mundo real. Stein com Wittgenstein irá dizer: “Mundo é tudo que é o caso. (Wittgenstein – Tractatus). Caso é Fall em alemão. Fall é o que cai. Caso vem de declinação. Caso é cair.” (Stein, 2008) Para se chegar ao sentido de “interesse público” este deve cair, deve se tornar fato, dito de outra forma, diante do caso concreto é que o intérprete haverá de atribuir sentido ao interesse público, este que pode constituir num universo não descritível (aprioristicamente) de sentidos, em razão do ilimitado número de casos, o que não significa, em nenhuma hipótese, discricionariedade no ato de compreensão.

O que se tem tradicionalmente é uma assujeição ao dado, um sujeito (intérprete) que recolhe o que caiu e que exerce um domínio da realidade, dizendo o que é interesse público e formatando o dado a partir de um conceito/forma previamente construído. Ocorre que a realidade escapa da apreensão pelo conceito e, por estar presa no tempo não admite a atemporalidade do conceito sacralizado, ou seja, a realidade chama o conceito para se reconstruir e produzir sentido na impureza do mundo tal qual se apresenta e se esconde. Não há espaço para a segurança prometida pela metafísica, mas há espaço para produção de respostas corretas e adequadas a partir da relação simétrica entre o sujeito e o “caso” que se expressa na linguagem.

A tentativa da hermenêutica filosófica é a de encontrar o ser⁴ que antecede o logos, numa redução simplista, é a busca de uma ontologia que antecederia a própria metafísica, sendo o embate mais significativo o existencialismo heideggeriano *versus* o racionalismo

³ Quer se dizer que se está devolvendo ao ente a sua entidade que é o ser (em Heidegger, a entidade do ente é o ser).

⁴ Gadamer ao tratar do ser em Heidegger irá demonstrar a essencialidade do tempo na construção do sentido do ser: “O que significa o ser deverá ser determinado a partir do horizonte do tempo. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade. Mas ela era mais que isso. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo. Com isso se desfaz todo o subjetivismo da filosofia moderna e até mesmo, como logo se verá, todo horizonte das questões da metafísica que compreende o ser como o presente (Anwesenheit)”. (GADAMER, p. 345)

kantiano. As notas no direito podem ser representadas pelo positivismo e suas concepções entificadoras (exemplificadas na pesquisa com Helly, Gasparini e Di Pietro) e uma concepção ontologizada (exemplificada com Justen Filho), necessitando, a última, de um aprofundamento que se pretende com a pesquisa.

A questão da viragem ontológico-lingüística irá aparecer em Streck, emesclarecedora nota de rodapé nº 96, onde assinala que o problema da significação das palavras não se resolve sem a consideração dos diversos contextos de uso. (STRECK, 2011, p. 73) Compreender exige um reconhecimento dos mais variados signos, dos contextos informadores, de estar no mundo, advertência que noúltimo Wittgenstein – cirurgicamente - pode ser sintetizada pelo final do § 198 das Investigações Filosóficas: “[...] das sich Einer nur insofern nach einem Wegweiser richtet, als es einen ständigen Gebrauch, eine Geplogenheit, gibt.” “[...] alguém só seorienta por uma placa de orientação na medida em que houver um uso contínuo, um costume.” A referência se presta para demonstrar como Wittgenstein, na maturidade, relaciona a compreensão com a externalidade, com o mundo, afastando-se do apriorismo de um conhecimento *antes* do conhecimento⁵ e recolocando o ser no mundo através da linguagem.

Válido inferir que a tradição, umbilicalmente ligada ao tempo e ao ser no mundo, passa a ser condição de possibilidade da compreensão, esta descrita por Gadamer (a partir de Heidegger) como

“[...] a forma originária da realização da pre-sença, que é ser no mundo. Antes de toda a diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pre-sença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’” (GADAMER, vol. I.p. 347)

O círculo hermenêutico se completa, pois a compreensão exige a linguagem que, por sua vez, possibilita a existência, sendo apropriada a citação de Heidegger por Streck quando diz: “não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas” (STRECK, 2011, p. 255), demonstrando a codependência entre ser, linguagem e mundo.

Dar-se conta que “estamos” e “somos” no mundo pela linguagem, também abre a questão de que possuímos juízos prévios (preconceitos) que, em tese, poderiam falsificar o mundo. Esclarecedora a posição de Gadamer acerca dosproblemas inerentes aos preconceitos,

⁵ Habermas faz dura crítica ao transcendentalismo Kantiano em Conferência realizada em Stuttgart (1981), apontando que o papel da filosofia ao produzir um conhecimento a priori – conhecimento antes do conhecimento – superou as suas forças (papel de juiz e indicador de lugar das ciências), postulando um papel mais moderado (de intérprete e guardador de lugar das racionalidades). (HABERMAS, 2003, p. 17-35).

demonstrando que os aspectos negativos aplicados seguem uma herança do iluminismo (Aufklärung), defendendo que os preconceitos não possuem uma carga negativa, apenas indicam ao intérprete o cuidado que se deve ter no processo de compreensão, ou seja, quem quer compreender necessita deixar que o texto ou os mais variados símbolos lhe digam alguma coisa⁶. (GADAMER, p. 354-378)

Nessa perspectiva o trabalho irá demonstrar que o método causal explicativo não dá conta da complexidade do conceito de interesse público, uma vez que estariano plano ôntico (da verdade aparente) e não desvelaria o sentido ontológico do conceito⁷.

Nesse sentido a teoria do direito na atualidade que merece uma breve análise na conjuntura do trabalho é a tese da resposta correta de Dworkin a qual, nos debates travados com o positivismo e o pragmatismo, teria encontrado uma via que sublinha aspectos ligados à tradição e auxilia no resgate ontológico dos conceitos, saindo da superficialidade da verdade ôntica para uma busca de aprofundamento e imersão no mundo da vida.

3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN

Partindo do pressuposto teórico de que direito e deveres foram criados pela comunidade personificada, Dworkin irá deduzir que a integridade expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, dizendo que o direito como integridade é “mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo” (DWORKIN, 2007, p. 272), afastando-se desses dois modelos por entender que um encontra a lei (uma espécie de exegetismo – a lei é a lei) e o outro inventa a lei.

Com a finalidade de aprofundar o exame, Dworkin supõe que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que, em sequência, o primeiro escreve o capítulo de abertura de um romance, depois manda para o próximo, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro inteiramente diverso e, depois, envia os dois capítulos para o seguinte, e assim por diante. Irá dizer que cada romancista, com exceção do primeiro, tem a dupla responsabilidade de

⁶ A citação de Kant deixa claro o aspecto negativo atribuído: “Preconceitos são juízos provisórios tomados como proposições fundamentais, princípios (Grundsätze). A causa desse engano está no fato de que fundamentos subjetivos são tomados como objetivos (equivoco quanto aos graus do assentimento) por falta de reflexão, porque não devemos julgar sem comparar um conhecimento com a faculdade do conhecimento da qual deve se originar. A ausência de reflexão permite a faculdade de julgar a partir de preconceitos, originados principalmente da imitação (Nachahmung), do hábito (Gewohnheit) e da inclinação (Neigung).” (Kant, 2003, p. 152-154)

⁷ O ontológico é o verdadeiro profundo por desocultar, o fenômeno oculto sobre as aparências que o ser pode trazer à pre-sença. Para um aprofundamento, outras considerações sobre as objetivações ônticas realizadas dos conceitos e seu exemplo no direito podem ser encontradas em Verdade e Consenso. (STRECK, 2012, 302-326)

interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. (DWORKIN, 2000, p. 236-237)

No Império do Direito (2007, 281) ao analisar o romance⁸, percebe-se que há uma relativa liberdade de criação ao comparar a tarefa daqueles que escrevem o romance a partir do segundo capítulo com uma atividade mais mecânica, como a tradução direta de um texto em língua estrangeira. Mas existem limites ao compará-la a uma tarefa relativamente menos dirigida, como começar a escrever um romance. Com isso pretende situar a interpretação jurídica nesse *medium*, como uma atividade na qual: há espaço para criação, por não se encontrar completamente determinada; porém, não uma liberdade que implique uma criação originária do direito.

A fim de marcar a posição dworkiniana vale referir um momento que a situação interativa aponta para a necessidade de uma interpretação, indo além do simplesmente “seguir a regra”, também vale lembrar a história fictícia criada por Dworkin (2007, 56-59) sobre uma comunidade cujos membros seguem um conjunto de regras, que chamam de "regras de cortesia", usando-as em certo número de situações sociais, exemplificando com o fato de que a regra da cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres.

Seguindo no exemplo, narra Dworkin que por algum tempo ninguém questionou, mas lentamente os membros desenvolvem uma complexa atitude "interpretativa" com relação às regras de cortesia, uma atitude que continha dois componentes: [i] o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio - em resumo, tem alguma finalidade - que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática, ou seja, há uma determinante verdade que não é apenas literal ou puramente descritiva própria dos juízos s; [ii] o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza - não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, são suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade.

⁸ Dworkin nos demonstra a força da tradição, quando imagina um grupo de romancistas que escreve um romance em série e a dificuldade interpretativa quando se sucedem os romancistas na feitura dos capítulos do romance, apontando que “a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de se decidir um caso difícil de direito como integridade”. (DWORKIN, 2007, p. 276)

Irá dizer Dworkin que quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica, passando as pessoas a atribuir um significado à instituição “cortesia”, bem como reestruturá-la à luz desse significado.

Pertinente referir que Dworkin sustenta que a objetividade não depende de um pressuposto metafísico popularizado pelos realistas morais, afirmando que os realistas morais pensam que uma proposição só pode ser verdadeira se, além das razões substantivas que sustentam a proposição, ela também estiver fundamentada em algum tipo de realidade que extrapole essas razões. Numa linguagem clara, Dworkin está refutando a instância contrafática como critério de validação da objetividade, inferindo que há um erro na perspectiva metafísica, ou seja, as razões substantivas serão suficientes desde que sejam suficientemente sistematizadas e mútua e reciprocamente examinadas.

Aproximando Dworkin do modelo brasileiro, a justificativa deve densificar a aplicação das regras aos casos concretos, ou seja, a integridade exige que o intérprete elabore em cada caso de aplicação de uma lei “alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com a legislação em vigor (DWORKIN, 2007, p. 405), combinando princípios e políticas no processo de integração do direito.

Como se dá a densificação de um conceito jurídico indeterminado como o de interesse público? Por certo, trazer à baila um caso defendido pelo articulista pode ser esclarecedor e permitir a aplicação de um modelo interpretativo ontológico⁹.

Por certo, uma teoria deontológica (com sua onticidade), mesmo na versão mais sofisticada como o positivismo moderado de Hart, ao reconhecer a “zona de penumbra”, deixa ao arbítrio do intérprete a solução

"[...] em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto". (2001, p. 335)

Nesses casos, entenda-se também na hipótese do trabalho, Hart alerta que ao criar o direito, através da discricionariedade, o juiz deve sempre seguir “certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de

⁹ No presente artigo não se pretende explicitar as diferenças do modelo ontológico de Dworkin e de Gadamer, registrando-se que em trabalho anterior havia demonstrado a proximidade de Dworkin com a Teoria da Justiça de Rawls e a releitura da original position, encontrando na base da teoria de Rawls uma teoria profunda de direitos (DWORKIN, 2010, p. 235-282). Nesse sentido, existem diferenças em termos de ontologia não examinadas no presente trabalho e que, na espécie, não comprometem a análise do problema

acordo com as suas próprias crenças e valores” (Hart, 2001, p. 336), portando-se como alguém que se deixa levar por suas pré- compreensões.

Trazer Hart no atual momento tem o desiderato de demonstrar que as teorias positivistas não ajudam, ao contrário, no âmbito do direito administrativo apenas serviriam para manter interpretações do tipo GASPARINI- DI PIETRO - MEIRELLES, não permitindo as possibilidades de atribuição de sentido a partir da faticidade.

Um exemplo irá elucidar a questão. Hércules¹⁰ é militar federal e foi aprovado em concurso público, realizou curso de formação de dois anos e já serviu por um período de oito anos na Força Aérea Brasileira. Como os militares federais (praças) adquirem a estabilidade aos dez anos, recentemente, ao requerer o seu último engajamento por dois anos para adquirir a estabilidade teve o seu pedido indeferido e foi excluído do serviço ativo. Vale ressaltar que atendia todos os requisitos para a continuidade no serviço público (conceito, parecer favorável, existência da vaga), inclusive no mesmo ano da sua exclusão havia edital de concurso aberto para vagas da especialidade que possuía, demonstrando-se que não se tratava de cargo em extinção. Ora, entendendo-se que interesse público é idêntico ao interesse do Estado ou o interesse do aparato administrativo ou o interesse do agente público, necessariamente há que se concluir que a decisão administrativa é discricionária e não há nenhum remédio jurídico a socorrer Hércules.

No presente caso, entende-se de forma diferente. Não há ato administrativo discricionário puro, sempre havendo alguma espécie de vinculação ao Direito e a padrões de moralidade compartilhados. Na espécie, onticamente a resposta poder ser a melhor desde que se entenda que não há interesse público que resta evidente quando o agente público não defere o pedido de prorrogação do tempo de serviço para alcançar a estabilidade no serviço público. A questão da busca da verdade na investigação ontológica é que desvela o que está encoberto pelo aparente atendimento ao interesse público.

Como já postulado, o interesse público não pode ser entificado na figura do Estado, é um ser que possui uma existência anterior e é algo que se apresenta ao final do processo de interpretação, exigindo, no caso de Hércules ter ou não o direito à prorrogação de seu vínculo, um aprofundamento do exame do caso para verificar se: (i) houve uma aprovação em concurso público, (ii) houve um custo para o Estadona formação profissional de Hércules (dois anos na

¹⁰ Ao utilizar o nome Hércules rendo homenagens a Dworkin e investigo a possibilidade de entregar uma resposta correta em termos de atribuição de sentido ao instituto “interesse público”.

Escola da Aeronáutica), (iii) não se trata de cargo em extinção, (iv) não há problema de conceito moral ou conceito profissional.

Em sendo afirmativa as respostas às questões formuladas, a análise mais criteriosa acaba por desnudar a verdade e atribuir novo sentido ao conceito de interesse público, trazendo à lume uma verdade ontológica que se contrapõe a verdade onticamente produzida. Nessa senda, não só a hermenêutica filosófica é produtiva e coerente como a tese da integridade de Dworkin que postula a busca de uma resposta correta e se opõe, de forma contundente, ao modelo discricionário de herança positivista.

CONCLUSÃO

O conceito de interesse público na dogmática comumente se apresenta como algo inerente ao Estado, numa espécie de roupagem que já se tornou uma segunda pele dificultando a percepção de que o interesse público é algo destacado do Estado, embora seja essencial a sua presença nas relações estabelecidas entre Estado, sociedade e administrado.

Para os positivistas que não creem num interesse público destacado do Estado, a própria lei se encarrega de demonstrar que a cisão é possível em situações específicas, como nos casos de remoção a pedido, independentemente do interesse da administração, por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou seu dependente, desde que preenchidos os demais requisitos do art. 36 da Lei 8.112/90.

Assim, se é possível o destaque pela lei, por óbvio que não há relação de pertencimento do interesse público com o Estado, sendo que este deve respeitar o interesse público nas suas relações com a sociedade e os administrados, estando os intérpretes autorizados a – hermeneuticamente – identificar o atendimento (ou não) do interesse público nos atos praticados pelos agentes públicos representando o Estado.

A densificação de um conceito jurídico indeterminado como o de interesse público só pode ser dada no caso, submetida aos contornos da faticidade e da historicidade que permitem a produção de sentido coerente com a concepção de integridade de Dworkin e/ou desvelamento de Gadamer, as quais somente são susceptíveis de acontecer no momento da aplicação do conceito a uma determinada situação de realidade, como na situação hipotética apresentada.

Por fim, a pesquisa aponta que a resposta à pergunta sobre o conceito de interesse público não pode ser dada a priori. Em nenhuma hipótese se estabelece como um conhecimento a ser dedutivamente aplicado a partir de um processo de subsunção; ao

contrário, nas relações em que o Estado é parte, o interesse público deve ser buscado e compreendido no mundo e, através da linguagem, abre-se a possibilidade de justificação, sendo passível de apreensão por todos e de validação intersubjetiva.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

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

KANT, Immanuel. **Manual dos Cursos de Lógica Geral**. Tradução Fausto Castilho. 2 ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

_____. **Epistemologia e Crítica da Modernidade**. 3 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração**

hermenêutica da construção do Direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations [Investigações Filosóficas].** Bilingue Alemão/Inglês. G.E.M. Anscombe & Rush Rhees (eds.). Trad. G.E.M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 2000.