

JORGE LEANDRO LOBE

INTERESSE PÚBLICO - CONCEITO E PROJEÇÕES

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre. Mestrado de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Prof. Orientador: Alvacir Alfredo Nicz

CURITIBA

1995

Dedico este trabalho:

À Maria Cláudia, minha esposa, e ao João Caetano, nosso filho.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Alvacir Alfredo Nicz, pelas valiosas e fundamentais orientações, correções de rumo, ensinamentos e, principalmente, pela paciência e consideração.

Ao Professor Ivan Guérios Curi, pelo inestimável auxílio na definição dos fundamentos do trabalho.

A todos os Professores do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela dedicação no ensino e disponibilidade em ajudar com seus conhecimentos.

A todos os funcionários do Setor de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela atenção, auxílio e carinho dispensados comigo e com todos os demais mestrandos.

SUMÁRIO

TÍTULO I - INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - JUSTIFICATIVA DO TRABALHO	1
CAPÍTULO II - OBJETIVOS DO TRABALHO	3

TÍTULO II - A QUESTÃO CONCEITUAL

CAPÍTULO I - O PROBLEMA ESPECÍFICO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO	4
CAPÍTULO II - ANÁLISE DO CONCEITO COMO FUNDAMENTO DA IDÉIA DE SISTEMATICIDADE DO DIREITO E DA SISTEMATICIDADE COMO FUNÇÃO IDEOLÓGICA.....	10

TÍTULO III - O INTERESSE PÚBLICO: DA POLÍTICA AO DIREITO

CAPÍTULO I - ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO NA CONCEPÇÃO DE ALGUNS AGENTES DA HISTÓRIA	27
CAPÍTULO I - O INGRESSO DO TERMO NO CAMPO JURÍDICO	33
CAPÍTULO III - O INTERESSE PÚBLICO COMO DADO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	36
CAPÍTULO IV - OUTROS CONCEITOS DE INTERESSE PÚBLICO NA DOCTRINA	39

TÍTULO IV - CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

CAPÍTULO I - NOÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COMO REFLEXO DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES PÚBLICAS	45
---	----

CAPÍTULO II - INTERESSE PÚBLICO, INTERESSE SOCIAL, INTERESSE NACIONAL - ANÁLISE DOS ASPECTOS DE DISTINÇÃO E EQUIVALÊNCIA DOS TERMOS	49
CAPÍTULO III - INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	53

TÍTULO V - INTERESSE PÚBLICO E DIREITO POSITIVO

CAPÍTULO I - ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO À LEI	56
CAPÍTULO II - A PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	61
CAPÍTULO III - INTERESSE PÚBLICO NO PROCESSO LEGISLATIVO	63

TÍTULO VI - PROJEÇÕES DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

CAPÍTULO I - INTERESSE PÚBLICO E ATOS ADMINISTRATIVOS	71
CAPÍTULO II - INTERESSE PÚBLICO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	82
CAPÍTULO III - INTERESSE PÚBLICO E GERENCIAMENTO DE RECURSOS HUMANOS NO SETOR PÚBLICO	89

TÍTULO VII

DAS CONCLUSÕES	111
Referências Bibliográficas	114

RESUMO

A conceituação é um processo fundamental para a cognição da realidade socialmente construída e que, no campo jurídico, opera como fator determinante de uma idéia de sistematicidade do Direito. A inteligência terminológica, decorrente da correção conceitual, é, por sua vez, condição de uma elaboração eficiente dos juízos de valor. No âmbito na filosofia política o termo "interesse público" não construiu um conceito unívoco, prestando-se a embasar os mais variados valores e interesses. Seu ingresso no Direito - e preponderantemente no Direito Público - não se deu, igualmente, de forma consensual quanto ao significado e, muito menos, quanto ao seu possível conteúdo material. O conceito de "interesse público" caracteriza-se por ser operacional, dotado de expressão teleológica, e que se presta mais à organização da discussão para uma comparação de padrões. É, portanto, diretor de conduta e não se presta a determinar, materialmente, quais valores devam assim ser considerados, até porque seu conteúdo material pode ser historicamente variável. A idéia de atendimento ao "interesse público" deve, porém, permear previamente toda a conduta político-administrativa tratando--se de efetivo Princípio de Direito Administrativo, a prossecução do "interesse público" deve estar legitimada por sua ligação ao atendimento dos valores prevalentes aferíveis na Sociedade como condição de legalidade da atuação da Administração Pública, que é expressão da autoridade estatal. Assim, o "interesse público", que pode ser conceituado como "conjunto de interesses socialmente legitimados e aferíveis em dado momento de segmento da realidade, compreendidos como valores fixados nos quadros materiais do ordenamento cuja satisfação é titularizada pelo Estado em sua atuação finalística juridicamente embasada ou por atuação jurídica politicamente fundada", projeta-se sobre todos os atos da Administração Pública.

TITULO I

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - JUSTIFICATIVA DO TRABALHO.

O trabalho busca sua primeira justificativa em atribuição basilar da pesquisa científica pois, no processo de evolução intelectual, é importante a posição historicamente prestigiada assumida pela conceituação das coisas. A conceituação é função básica do processo cognitivo e, já para Sócrates, como ensina Orris SOARES (1952, vol. I, p. 224) em seu **Dicionário de Filosofia** "... o fundamento de todo labor científico está no conceito das coisas". Conceituar é buscar caracterizar com precisão, determinar e comunicar uma acepção do seu objeto tanto quanto possível unívocamente e com aplicação genérica, revelando a essência necessária do seu conteúdo característico e, se possível, operando de modo analítico e com valor de sistematização. O trabalho aborda, portanto, o campo dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados" em que as concepções muitas vezes são contrapostas de modo não intelectualmente pacífico, com importante efeito reflexo na *praxis* jurídica. Sobre o próprio conceito de "interesse público", Karl ENGISCH (1988, p.225) relacionou-o como entre aqueles discricionários "... que são formulados pela sua própria estrutura como indeterminados e normativos".

Um segundo aspecto que justifica o conteúdo do trabalho é a relativa aridez doutrinária acerca das acepções que o termo "interesse público" assume em contraponto sensível à relevância que detém em

suas inserções contemporâneas concretas na prática jurídica diuturna. Trata-se, portanto, de resgatar uma dívida que a doutrina contraiu ao longo do tempo diante da célere evolução da prática jurídica, em especial no campo do Direito Público; este resgate entra, inclusive, em aspectos inéditos da incidência do "interesse público", como é o caso de sua projeção sobre as relações coletivas de trabalho no serviço público, pela denominada teoria do Contrato Coletivo de Trabalho, por si só uma matéria ainda pouco abordada no Direito Administrativo Brasileiro.

Terceiro aspecto a justificar o trabalho é a necessidade de conhecer o caminho que a idéia de "interesse público" percorre entre a filosofia política e o Direito, buscando, tanto quanto possível, subsídios válidos para sua caracterização e delimitação no campo jurídico. Efetivamente, o termo teve, a princípio, sua aplicação mais larga na filosofia política e passou a compor o conjunto terminológico e semântico próprio do Direito, mais estritamente do Direito Administrativo, alcançando aspectos importantes relacionados com a prática das administrações públicas, fundamentando seus critérios de conduta.

Decorre, daí, o quarto aspecto que justifica o trabalho e que diz respeito a um necessário aprofundamento do conhecimento da forma de atuação das administrações públicas, operando a conceituação como instrumento destinado a precisar os limites de sua aplicação e restringir as possibilidades de seu mau uso em função de um indeterminismo original. Na medida em que, basicamente, dispõe-se a aprofundar o conhecimento das projeções que a idéia expressa pelo termo assume sobre os atos da administração pública, determinando sua função na prática administrativa e analisando a possibilidade de sua sindicabilidade jurisdicional, trata de instrumentalizar o controle do Poder Público pela sociedade, colocando o termo que contém a idéia de

"interesse público" a serviço da cidadania e diminuindo a possibilidade da sua utilização arbitrária. Por desdobramento, o trabalho adquire justificativa também no campo social, pois coopera com o aperfeiçoamento dos instrumentos que a sociedade dispõe para evitar abusos da administração pública.

O quinto aspecto justificador do trabalho respeita ao aspecto acadêmico, posto que propicia uma discussão sobre temas jurídicos fundamentais, que passam desde o conceito de Direito, a idéia de sua existência como "sistema", fundamentos da política, aspectos evolutivos da submissão da administração à Lei e instrumentalização da relação entre os cidadãos e as administrações públicas, incursionando, ainda, por aspectos relativamente controversos do Direito Administrativo, como a natureza do mérito do ato administrativo, exercício do Poder Discricionário e suas limitações, e aspectos novos que o Direito Administrativo vive em sua evolução prática diária, referentes, em sua maior parte, com o gerenciamento dos recursos humanos do Poder Público.

CAPÍTULO II - OBJETIVOS DO TRABALHO

São objetivos do trabalho:

- 1) caracterizar o conceito de "interesse público";
- 2) conceituar "interesse público";
- 3) caracterizar a função do "interesse público" dentro do Direito Administrativo;
- 4) avaliar as projecções do "interesse público" nos atos da administração pública.

TITULO II

A QUESTÃO CONCEITUAL

CAPÍTULO I - O PROBLEMA ESPECÍFICO DO CONCEITO DE "INTERESSE PÚBLICO"

A dificuldade em conceituar-se "interesse público" está justamente na variada aplicação do termo. De utilização freqüente na política, serviu para embasar muitas argumentações circunstanciais de defesa de interesses absolutamente peculiares, não havendo uma disposição em determinar-se, neste campo, um conceito unívoco de "interesse público", possibilitando, justamente, o atendimento às mais variadas acepções como instrumento de embates políticos. Daí o seu indeterminismo permear até o campo jurídico brasileiro; em sua palestra publicada sob o título **Os Princípios Constitucionais do Processo**, a professora Lúcia Valle FIGUEIREDO (1993, vol. 2, p. 261) afirma que: "A verdade é que a expressão interesse público serviu de Abre-te Sésamo para várias atitudes antidemocráticas, serviu para supedanear vários decretos-leis e para erigir todo um sistema tributário em cima de decretos-leis [...]. Decretos-Leis esses que, se fossem contrastados pelo Judiciário, não teriam fonte de validade". Em seu artigo **A Confusão Conceitual**, publicado na obra **O Interesse Público**, Frank J. SORAUF (1967, p. 185-192) aborda a dificuldade da atribuição de um sentido único ao termo pela sua variada aplicação nos campos da política, filosofia do Direito, de modo que "... mesmo no campo da erudição presumiram uma admirável variedade de tons sombreados e definições". O autor chega a evidenciar a dificuldade de alcançar-se uma conceituação precisa de "interesse público" pela sua atuação como "...

poderoso mito político", destacando que "... como acontece com todo mito, seu valor se assenta em não o definir [...] por uma etnografia semântica, o interesse público reflete também muitas vezes um acervo de interesses éticos e racionais não especificados que se poderiam perder ou ser mal apreciados no processo de formulação política" (*op. cit.*, p. 188).

A crítica de SORAUF (1967) ataca a própria tentativa de busca de um conceito ao termo. Absolutamente não é uma crítica leviana, isolada ou destituída de fundamento; é fundada na proliferação da utilização do termo que chegou a fazer com que o autor anunciasse um caos semântico que afirma fazê-lo não servir a um estudo erudito. O autor aponta ainda uma confusão do normativo e do real, originada pelas acepções que o termo variadamente assume: ora como meta a ser alcançada na atividade político-administrativa, portanto operando como função de "dever ser", ao mesmo tempo em que expressa "... um interesse possuído", então numa função de "ser". SORAUF (1967, p. 189) traz uma questão séria quando afirma que "... conceitos tais como aqueles do interesse público, que abrangem ambos os problemas, não transpõem o abismo entre os dois. Simplesmente confundem a distinção válida entre eles". A dúvida trazida por Sorauf, porém, pode ser superada a partir do entendimento de que suas concepções de "ser" e "dever ser" absolutamente não comportam serem entendidas como ligadas, respectivamente, ao mundo da "natureza" (com relação de causalidade) e ao mundo "normativo" (com relação de imputabilidade); estes dois aspectos em Sorauf prestam-se mais a serem entendidos pela utilização funcional do conceito através de comparação problematizada de padrões, dependendo efetivamente de como o utilizamos, ou seja, do "interesse público" que "é" (existente como

aspiração) e daquele que "deve ser" (na solução da questão dada). Em Sorauf, portanto, o "interesse público" opera com acepções ligadas a uma "meta" futura e como "interesse possuído", presente. Peter DRUCKER, em seu artigo *Phylosophy and the Public Interest*, citado por Wayne A. R. LEYES (1967, p. 239) em seu artigo **A Pertinência e a Generalidade do Interesse Público**, publicado também no livro **O Interesse Público**, já havia afirmado que " ... interesse público não é um termo normativo no sentido comum da palavra. É o que eu preferiria chamar de um conceito organizador. Por isso entendo que ele não nos diz qual decisão seria - não é um conceito do que deve ser . Diz-nos o que é pertinente à discussão e à decisão".

Não é descabida, porém, a crítica de Sorauf na parte referente à imensa proliferação de acepções do termo "interesse público". Como apontou Carl J. FRIEDRICH (1967, p. 6) em seu prefácio à obra *The Public Interest*, já citada em sua tradução brasileira, o "interesse público" é visto como sendo "desde um tema central da filosofia política e jurídica, até a sua rejeição argumentada com precisão como uma simples fachada de interesses especiais e de uma posição partidária na batalha política". A composição semântica do termo (e mais especificamente a sua função dentro de uma "pragmática" linguística) prestou-se, sem dúvidas , a um sem número de construções demagógicas que acabaram desgastando o termo, além de conferir-lhe uma imprecisão de significado. A sua utilização sem critérios, atendendo efetivamente uma falaciosa retórica política, gerou efetivo menosprezo pelo termo que, de tão genérico, acabou praticamente nada significando objetivamente, embora utilizado quando conveniente a justificar determinado ato ou posição.

A questão do que seja o "interesse público" chegou a ser para Brian B. BARRY (1967, p. 193), em seu artigo intitulado **O Uso e o Abuso de O Interesse Público**, publicado também na obra **Interesse Público**, uma "... pseudoquestão". Sua crítica parte da concepção de que o interesse público presta-se mais a justificar pontos de interesses embasados em posicionamentos políticos eventuais, como instrumento semântico agregado à retórica política, fazendo com que a discussão acerca do conceito seja estéril em razão de um esvaziamento de qualquer significado válido ou peculiar. O autor aprofunda sua crítica em seu artigo **Interesse Público** (BARRY, 1964, vol. 38, p. 1-18), afirmando que nas discussões relativas a problemas concretos o "interesse público" é visto com mais interesse que a "justiça", a "equidade", a "igualdade" e mesmo a "liberdade", devendo-se isso a dois possíveis motivos: o primeiro diria respeito ao fato de que interesse público indicaria um "... conjunto de consideraciones claramente definibles en apoyo de una política, y si éste es actualmente un concepto muy ajustado, todo lo que ello indica es que (para bien o para mal) estas consideraciones son altamente apreciadas por muchas personas en la actualidad" (BARRY, 1964, p. 173); já o segundo motivo dado como resposta ao interesse demonstrado pelo termo nas discussões relativas a problemas concretos diz respeito a que "... los políticos y funcionarios públicos encuentran una cortina de humo adecuada para ocultar sus decisiones , que en realidad están destinadas a conciliar el interés situado más estrategicamente" (*op. cit.* p. 179).

Brian BARRY afirma, com muita ironia em sua erudita construção, que não considera necessário seguir buscando uma explicação da voga do conceito de interesse público, preferindo aceitar sua importância em política, de modo que implique em princípio de

atuação estatal aduzido em apoio para a implementação de políticas de "... que de hecho sean altamente apreciadas por muchas personas. Si mi análisis del interés público es correcto, puede esperarse que florezca em una sociedad donde se espera que el Estado produzca la abundância y mantenga las libertades civiles, pero no la virtud ni la conformidad religiosa, una sociedad que no haga distinciones entre grados diferentes de ciudadanos, y una sociedad con grandes entidades complejas que muestrem un alto grado de apatia entre las masas" (*op. cit.*, p.192).

A validade do conceito de "interesse público", "... no sentido daquilo que transmite uma significação" é indubitável, porém, para J. Roland PENNOCK em seu artigo **A Unidade e a Multiplicidade: Uma Observação Sobre o Conceito**, constante do livro **O Interesse Público** (*op. cit.*, p. 179). O autor concorda inicialmente com o fato do termo ser vago de tal modo que "... para certas finalidades essa indeterminação pode privá-lo de qualquer utilidade", mas a imprecisão desaparece na medida em que seja tomado "funcionalmente": "... em muitas aplicações particulares o contexto dá à expressão uma maior definição. Para tal uso, ele tem a virtude especial de servir como receptáculo de juntar padrões..." (*op. cit.*, p. 180). Efetivamente, o conceito de "interesse público" adquire consistência quando funcionando de modo a que relacione padrões dados numa situação fática problematizada, construindo-se a materialidade do seu conteúdo aplicável à situação concreta, sendo, portanto, um conceito "funcional".

Ana Maria CAMPOS (1987, p.472) analisa as características do conceito de "interesse público", citando M. M. HARMON (1969, p. 483-491) a partir da obra **Administrative Policy Formulation And The Public Interest**, na Revista **Public Administration Review**, lembrando que o termo deve ser entendido como conceito "individualístico" e não

"unitário", "descritivo" e não "substantivo" e "dinâmico" e não "estático". O conceito unitário de "interesse público" supõe a viabilidade de se identificar um conjunto único de interesses que atenderia igualmente a todos os membros de uma comunidade. Implícita nesta concepção está a suposição de que os indivíduos são igualmente capazes de abrir mão de seus interesses particulares, de pensar racionalmente e agir desinteressadamente. A visão individualística presume a inalienabilidade do interesse individual e reconhece a impossibilidade de se consolidar num conjunto único os interesses dos diferentes públicos. Assim, procura apresentar o "interesse público" como resultado da competição entre a pluralidade de grupos com interesses múltiplos e "... o conceito de interesse público seria então permanentemente cambiante em função das mudanças do ambiente e do próprio aperfeiçoamento do processo de articulação de interesses" (*op. cit.*, p. 630).

Nota-se que HARMON, citado por Anna Maria CAMPOS, busca o conceito de "interesse público" não em condição ontológica de que possa ser dotado, mas de sua expressão teleológica, atuante na comparação de padrões concretamente problematizados, possivelmente por contraposição - o que explica e supera a confusão de Sorauf. Dalmo de Abreu DALLARI (1987, p. 14), em seu artigo **Interesse Público na Contratação das Entidades da Administração Indireta**, analisando o conceito de "interesse público" ensina que:

"... a orientação realista é aquela que deve considerar como sendo de interesse público tudo aquilo que resolve situações conflitantes [...] grande parte da imprecisão do conceito desaparece quando nos colocamos num contexto específico. Pela visão concreta, perante uma situação real, num contexto específico, tenho muito mais possibilidades de concluir a respeito do que é interesse público. Há um dado conclusivo quanto a isto, que me parece importante, produto de uma

síntese de pensamentos: é a afirmação de que, apesar da imprecisão e da instabilidade, o interesse público deve ser condicionante de todas as decisões das autoridades e das entidades públicas".

CAPÍTULO II - ANÁLISE DO CONCEITO COMO FUNDAMENTO DA IDÉIA DE SISTEMATICIDADE DO DIREITO E DA SISTEMATICIDADE COMO FUNÇÃO IDEOLÓGICA

O conceito, como instrumento cognitivo que permite comunicar características de algo, é, para o Direito, fundamento da idéia de sua pretensa condição "sistemática". Assim é em sua operação como dado objetivo baseado num esquema lógico-dedutivo próprio da concepção de Direito como "sistema fechado", e basicamente "estático", construído axiomaticamente a partir de uma razão prática e dotado de uma necessária compatibilidade lógica entre seus componentes internos - exponencializada em Kelsen. Assim é, também, nas concepções de Direito como sistema de textura mais "aberta", quer seja no entendimento de Canaris, onde o "conceito" adquire, então, uma condição de mutabilidade que permite uma dinâmica ao próprio sistema de cariz axiológico baseado não mais em "normas" mas em "princípios". E continua sendo assim, ainda, na concepção de Jurgen Habbermass, onde o "conceito" opera como verdadeira condição de compatibilidade linguística, fundamento de uma razão-comunicativa que busca a interação dialógica entre os agentes sociais e que preserva a idéia de sistematicidade na observância do ideal de busca do consenso e mesmo na sua sustentação em uma dialética hegeliana.

Entender o Direito como Sistema decorre em muito da sua pretensão de possuir caráter científico, no sentido positivista de ciência, expresso a partir de uma compatibilidade das proposições que

compõem o seu corpo linguístico. Isso ocorre tanto naqueles modelos de concepção metodológica de cariz "formal" quanto "material", estes últimos que baseiam a sua dinâmica mutante num devir axiológico que compatibilize a realidade jurídica à realidade social. Aliás, nenhuma idéia de sistema perdura se os seus termos integrantes determinarem uma antinomia interna à estrutura construída. Cada uma das proposições linguísticas que compõem o corpo que se pugna sistemático devem ser, tanto quanto possível, compatível com as demais e, entre si, objetivamente mensuráveis; cada fator, quer seja em seu aspecto formal ou material, para constituir e manter a unidade do sistema, deve assegurar a compatibilidade interna, ou o próprio sistema deve prever uma abertura em sua textura que permita a superação das antinomias.

A condição sistêmica do Direito, entretanto, revela e permite o seu condicionamento pela ideologia. A pretensa condição "científica" do Direito, aliás, é uma determinante da sua submissão à ideologia, conforme já concluiu Clemerson Merlin CLEVE (1983, p. 38) em sua obra **O Direito em Relação**, ensinando que "O discurso ideológico do direito [...] é substituído pelo discurso científico-ideológico do direito (assim o discurso competente renova o seu conteúdo embasado na cientificidade)". A relação entre Conceito-Sistema-Ideologia fica patente na alteração metodológica de conceber o Direito, principalmente em sua passagem de uma constituição meramente formal para o material que se expressa numa evolução de uma "jurisprudência dos conceitos" para uma "jurisprudência dos interesses" a uma "jurisprudência dos valores". Trata-se, de deixar uma construção abstrata-formal (que em termos práticos não significa uma isenção ideológica do Direito, pois deixar de optar é concordar com a idéia prevalente; ao menos

este é o argumento principal que norteia a crítica à pretensa neutralidade ideológica do método positivista) para buscar a existência do Direito na sociedade, onde sofre influências de valores meta-jurídicos e pré-positivos que vão permeá-lo ideologicamente ou, de modo mais poderoso, vão fazer refletir o sistema social ideologicamente submetido na construção do Direito.

A idéia de Sistema, no Direito, segundo Karl LARENZ (1989, p. 19), em sua obra **Metodologia da Ciência do Direito**, é "... uma herança da Escola do Direito Natural, e também mergulha profundamente as suas raízes na filosofia do idealismo alemão". Expressa à maneira "orgânica" (como por Hegel, Shelling, Savigny), com representação possível em um círculo com seus elementos apontados convergentemente, ou expressa como "conceito geral abstrato", com representação possível numa pirâmide (como por Puchta), a unidade é a característica mais significativa da idéia de Sistema. Segundo Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 21), "... foi Puchta quem, com inequívoca determinação, conclamou a ciência jurídica do seu tempo a tomar o caminho de um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos, decidindo a sua evolução no sentido de uma jurisprudência dos conceitos formal". O conhecimento sistemático, para Puchta, é aquele resultante da possibilidade de, ascendente ou descendentemente, conhecer a proveniência de cada conceito a partir dos termos médios de sua formação, o que "... não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal" (*op. cit.*, p. 22). O Sistema, em Puchta, é lógico-dedutivo (gerando o que Heck viria a chamar de "sistema externo") e dependente de um "conceito fundamental" - dado pela filosofia e não pelo Direito Positivo.

Vale destacar aqui as idéias de Hans Kelsen como exemplo exponencial de uma concepção de Direito como sistema lógico-dedutivo e fechado.

Apesar de ter vivido uma realidade histórica e filosófica do Século XIX, Hans Kelsen é ainda uma referência no entendimento do Direito como um sistema lógico e fechado. Fundando suas idéias em Kant, Kelsen aplicou as mesmas proposições na área jurídica, ignorando, metodologicamente, o aspecto moral e atendo-se ao aspecto lógico do Direito. Isso foi possível a partir da concepção kantiana da teoria do conhecimento que rompeu aquela tradicional e referente ao entendimento que toda relação de conhecimento dava-se pelo sujeito (realista), ou pelo objeto (idealista). Para Kant havia uma "relação" no processo de conhecimento, ligando sujeito e objeto e determinando que a mente humana projeta sobre o objeto de análise as suas impressões, decorrendo que existir não é estar no mundo apenas, mas estar no processo de conhecimento. Buscava explicar um sentido da metafísica que, para ele, passou a não mais ser o fundamento do conhecimento (na medida em que isso era o absoluto, o incognicível), apregoando, então, que o conhecimento deve dar-se por experiência - não encerrado, porém, no simples empirismo, que supera pela construção da noção de "categorias", forma *a priori* do conhecimento intelectual que incide neste processo cognitivo e na designação das formas da realidade.

No campo ético, Kelsen influenciou separando a moral do Direito, posto que tratava-se de separar o próprio mundo em "causalidade" e "liberdade" na medida em que o homem vive nestes dois planos: um de "causa e efeito" e, outro, da "liberdade", onde impera o dever (dos imperativos categóricos). Assim, no mundo da liberdade (e do dever)

estaria a ética, a ciência da liberdade, em que o homem interfere, ao contrário do que ocorre no mundo fenomenológico. A partir destas propostas filosóficas "kantianas", Hans Kelsen permitiu-se um purismo metodológico do qual originou-se toda a sua Teoria Pura do Direito - pura em seu método - e que consolidou a concepção do Direito como um sistema de proposições, lógico e fechado. Tal idéia de sistema em Kelsen, por sua vez, só sobrevive se dos fatores de sua composição for possível uma mensuração objetiva e em se tratando de um sistema baseado em fatores lógicos estes devem estar precisados em sua estrutura, que compõe a parte "material" da norma; isso implica, porém, estar-se avaliando, inicialmente, a concepção kelseniana de Direito como "sistema estático".

Norberto BOBBIO (1980, p. 75), em sua obra *Teoria Dell Ordinamento Giuridico*, bem esclarece esta necessidade de compatibilidade entre os os conteúdos materiais das normas jurídicas que compõem o ordenamento estruturado sistematicamente, em seu aspecto "estático" - apesar de Bobbio considerar que o ordenamento jurídico não possa ser considerado um sistema dedutivo perfeito, mas, sim, de senso negativo, ou seja, que busca excluir as incompatibilidades - afirmando que:

"... sistema equivale a validità del principio che esclude la incompatibilitá delle norme. Se in un ordinamento vengono ad esistire norme incompatibili, una delle due o tutte e due debbono essere eliminate. Se questo é vero, vuol dire che le norme di un ordinamento hanno un certo rapporto tra loro, e questo rapporto è il rapporto di compatibilitá, che implica la esclusione delle incompatibilitá".

A importância do "conceito" para o "sistema dinâmico", em sua concepção kelseniana, é um aspecto decorrente. Com efeito: é inegável

que o "sistema dinâmico" tem sua razão de ser na função de permitir a existência de outro sistema de disposições materiais que, tomado "estaticamente", não pode apresentar antinomias internas em seu fatores. Vale lembrar que o "sistema dinâmico" em Kelsen dá-se por uma coligação formal das competências de emanações jurídicas; por sua pureza metodológica Kelsen sustentava, aliás, que este é o único "sistema jurídico" existente, colocando o "sistema estático" como pertencente ao campo da moral - até porque seu método omitia a análise do conteúdo das normas. Norberto BOBBIO (*op. cit.*, p. 81) demonstra, porém, a interdependência dos sistemas "dinâmico" e "estático" afirmando que "... se si ammette il principio de compatibilitá, por considerare l'appartenenza di una norma al sistema, non bastará piú mostrare la derivazione de una fonti autorizzate, ma será necesário anche mostrare che essa non é incompatibili con altre norme".

A concepção "fechada" do sistema em Kelsen é atestada também a partir da análise efetuada por Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1976, p. 10) sobre a condição de validade da norma, expressa na necessidade de subordinação a uma norma hierarquicamente superior. A relação de validade em Kelsen é, para o autor, eminentemente "sintática", ou seja, buscando esta condição no interior da própria estrutura do ordenamento e partindo da contextualização com outras normas. Importante, assim, que tais fatores internos do sistema sejam, ao menos relativamente entre si, objetivamente mensuráveis ou ao menos próximos de uma individuação. Mesmo em Herbert H. L. A. Hart (1986, p. 137) ou em Alf Ross (1971, p.19) está presente a idéia sistemática de Direito; é possível dizer que Ross e Hart representam a viragem da "analítica lógica" para a "analítica da linguagem"; nestes é apregoada uma "abertura" na textura sistemática a

partir de uma efetividade social da norma - não mais apenas pelo mero cumprimento de ritos de sua gênese mas encerrando critérios referentes à sua aceitação prática - com reflexos nas condições de validade da norma que seria atestada, então, pela sociedade em que se insere ou nos Tribunais. Tal distinção confere, pela mesma análise de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, uma condição "semântica" aos critérios definidores da validade das normas, apesar de ambos os autores valerem-se, ainda, respectivamente, de suas regras de "competência" e de "reconhecimento" - cuja validade não é questionada mas apenas atestada a existência - como regra geral para firmar a validade de uma norma emanada.

Da "jurisprudência dos conceitos" de Puchta passou-se à "jurisprudência dos interesses" de Von Jhering.

Num primeiro momento adepto da "jurisprudência dos conceitos" formal, Rudolf von Jhering evoluiu para uma jurisprudência pragmática de raiz sociológica, que foi o início da chamada "jurisprudência dos interesses". A reformulação de sua concepção inicial implicou abandonar a crença "... de que com os conceitos jurídicos básicos se descobririam os últimos alicerces (os elementos químicos) do Direito, a partir dos quais podem deduzir-se todas as proposições jurídicas". Admite uma alteração do conteúdo dos conceitos ao longo da história e que não mais os conceitos devem condicionar a realidade mas, sim, o inverso. O Direito, em Jhering, passa a ser uma forma de segurança criada pelo poder coercitivo estatal da própria existência da sociedade, atribuindo a cada norma a razão de sua existência a um fim social específico; ainda figurando no campo positivista, já relativiza o Direito às pautas éticas da realidade social. A passagem da "jurisprudência dos conceitos" para uma "jurisprudência dos interesses" implicou

ultrapassar a mera subsunção lógica dos fatos aos conceitos juridicamente construídos para uma valoração da realidade pesquisada e condicionante dos conceitos jurídicos.

Segundo Karl Larenz, é em Heck, porém, que a "jurisprudência dos interesses" alcança relevo e significado, acreditando que o legislado é originado de interesses e de que o próprio Direito é "tutela de interesses" (*op. cit.*, p. 59), constituídos dentro do embate social. Diferente da genealogia dos conceitos, (em Puchta, este baseado então numa evolução dos conteúdos idealistas), os "interesses" tinham sua origem na realidade; o fundamento do Direito, por sua vez, estaria nos próprios interesses reais que causaram a criação da lei, cabendo avaliar-se este aspecto na solução dos conflitos concretos. Como na "jurisprudência dos conceitos" a condição sistêmica resulta da dedução entre conceitos, na "jurisprudência dos interesses" a concepção sistêmica é resultante de um nexos objetivo que liga a solução dos conflitos às relações da vida; o sistema jurídico reflete o sistema de interesses existente na sociedade.

Este nexos objetivo entre as soluções dos problemas a partir da investigação dos interesses cria, para Heck, o que chamou de "sistema interno", em contraposição ao "sistema externo" que constatou na "jurisprudência dos conceitos" de Puchta. Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 66) lembra que a pirâmide de conceitos em Puchta, segundo Heck, "... não deve utilizar-se como fonte de conhecimento de novas proposições jurídicas"; a este sistema, que Heck chamou de "externo", atribuiu um valor meramente de exposição, não de conhecimento, pois sua composição (pelos chamados "conceitos preceptivos" ou "classificatórios") "... só deve servir para a formulação e a ordenação extrínseca do material jurídico" (*op. cit.*, p. 65). Assim sendo, portanto,

este "sistema externo", identificado por Heck na "jurisprudência dos conceitos" de Puchta, representa a ordem positiva dada. Os "conceitos de interesse" - "... que servem para a apreensão conceptual dos interesses reconhecidos como prevalentes..." (*op. cit.*, p. 65) - não são aptos à construção de um "sistema externo"; permite, porém, em contraposição, a construção de um "sistema interno", resultante "... do nexó objetivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses". Esta distinção entre sistemas "interno" e "externo", porém, é criticada por Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 67), pelo fato de que "... Heck não se dá conta de que verdadeiramente só se pode subsumir alguma coisa nos conceitos preceptivos de uma norma quando estes conceitos são rectamente entendidos, isto é, são entendidos de harmonia com os critérios de valor que lhes são subjacentes".

Esta evolução dentro do positivismo representou a passagem da "jurisprudência dos interesses" a uma "jurisprudência dos valores", basicamente resultante do entendimento de que na prevalência de um interesse legislado (em detrimento de outros) fica consubstanciada uma valoração. CANARIS, citado por Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 199), apregoa um sistema jurídico "aberto" a partir de princípios e com mutabilidade da ordem jurídica ao longo da história, incluindo a mutabilidade do seu aspecto axiológico. Segundo Canaris, a ciência do Direito não se presta a ser abordada como sistema axiomático, concebido estritamente na forma indicada pela lógica, "... pois que tal sistema requer a ausência de contradição e a integralidade dos axiomas subjacentes - dois requisitos que não são susceptíveis de serem satisfeitos". Na opinião de CANARIS, exposta por Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 199) "... o que resta é um sistema enquanto ordem axiológica ou teleológica, um sistema de conceitos

jurídicos gerais, um tal sistema é um sistema de princípios jurídicos em que o 'princípio', ao invés do conceito, deve ser entendido como uma pauta aberta, carecida de concretização [...] mais apropriado para reflectir a unidade de valoração do Direito". A unidade sistêmica, portanto, mantém-se mesmo num sistema de cariz axiológico, fundada na unidade dos valores sociais.

Das concepções que evoluíram dentro do positivismo no Direito, Jurgen Habermass propõe a ultrapassagem da "razão prática" por uma "razão comunicativa" que pretende tenha efeitos concretos na construção jurídica. O Direito em sua atuação contemporânea, ao lado de uma construção formal mínima a partir de sua estruturação lógica que não deve preponderar de modo tão significativo como "razão instrumental-tecnocrática" sobre uma "razão comunicativa" - deve contemplar um sistema aberto que determine um conceito de validade das normas buscado da própria sociedade a que se destina o ordenamento. Os próprios conceitos jurídicos devem ser socialmente construídos; Habermass sugere justamente a elaboração de um novo conceito de razão que "... implica mudança radical de paradigma, em que a razão passa a ser implementada socialmente no processo de interação dialógica dos atores socialmente envolvidos em uma mesma situação [...]. O conceito de razão só faz sentido enquanto razão dialógica; a razão resulta daquilo que em contexto social, vivido e compartilhado por atores linguisticamente competentes, pode ser elaborado e querido por todos", conforme cita Antonio Carlos WOLKMER (1991, p. 28) em seu artigo **Contribuição Para o Projeto da Juridicidade Alternativa**, publicado no livro **Lições de Direito Alternativo**. O conceito dos termos, em Habermass, assim, é passível de ser entendido como condição à competência linguística dos atores sociais.

A contraposição de uma "razão comunicativa" a uma pretendida "razão prática" - que segundo Habermass está em curto circuito com a praxis social - atende, no seu entender, à necessidade de uma sociedade que está por demais complexa para ser regulada pela moral tradicional. Em texto publicado pelo Jornal **O Estado de São Paulo**, traduzido por José Marcos Macedo, extraído do capítulo **O Direito Como Estratégia de Mediação Social Entre Eficácia e Validade**, Jurgen HABERMASS (1993, p. 8) afirma que o conceito de razão deve ser transferido "... para o medium linguístico e exonerado da união exclusiva com a moral [...] e pode servir agora aos fins descritivos da reconstrução das estruturas de competência e consciência existentes". Justifica a adoção de uma razão "comunicativa em substituição" a uma "razão prática" "... pelo fato de não mais ser atribuída ao ator singular ou ao macro-sujeito sócio-estatal. A razão comunicativa possibilita, antes, o médium linguístico através do qual as interações são entrelaçadas e as formas de vida, estruturadas". Outra distinção da razão comunicativa de Jurgen Habermass é:

"... não ser uma fonte de normas de ação [...]. Ela tem conteúdo normativo apenas na medida que o agente comunicativo deve aceitar pressupostos pragmáticos do tipo contrafático. Com isso o agente comunicativo encontra-se sob a exigência de uma obrigação transcendental fraca, mas já não se depara, também, com a prescritiva exigência de uma regra de ação[...]. A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação através de pretensão de validade, mas ela própria não dá, quanto ao conteúdo, nenhuma orientação para a realização da tarefa prática".

Efetivamente, Habermass reconhece que sob o aspecto da condução da vontade a "razão comunicativa" fica atrás da "razão prática", posto que mais operacionaliza o processo de esclarecimento argumentativo. Daí resulta que, conforme Habermass

reconhece no artigo, a sua "razão comunicativa" opera mais conferindo à "razão prática" "...uma valoração de certo modo heurístico", relativa ao fato de não mais servir como "... introdução a uma teoria do direito e moral normativa. Ele fornece um fio condutor para a reconstrução daquele entrelaçado de discursos opinativamente edificantes e preparatórios para a decisão, em meio ao qual jaz a soberania democrática exercida segundo os ditames legais". Vale lembrar aqui a lição de Antonio Carlos WOLKMER (*op. cit.*, p. 32) para quem:

"... fica clara a distinção entre a racionalidade instrumental (lógica formal, técnico-instrumental e/ou estratégico-teleológica) e a racionalidade prático-comunicativa (racionalidade dialógico-consensual, reflexivo-transcendental). A construção de um paradigma que venha a legitimar uma ética política libertadora e um 'Novo Direito', fundado no pluralismo alternativo, incorpora, obrigatoriamente, uma concepção de ciência como processo emancipatório e uma reinvenção de racionalidade emancipadora".

Toda esta evolução de uma apreciação "formal" para uma apreciação "material" para composição da idéia de "sistema" (representada na evolução da "jurisprudência dos conceitos" à "jurisprudência dos valores", como evolução metodológica do Direito), aproxima-o mais da realidade; faz dele, porém, mais sinceramente relacionado à ideologia que é substrato social condicionante de conduta.

Luis Fernando COELHO (1983, p. 47-56), em sua obra **Introdução à Crítica do Direito**, explica que a ideologia opera construindo as estruturas da sociedade e conferindo à sociedade a condição sistêmica que permite perpetuar o seu modelo. Luis Alberto WARAT (1976, p. 35), em sua obra **Él Derecho y Su Lenguaje**, vai no mesmo sentido ensinando que "... el quehacer humano nunca fue neutro, ni mecánico, sino ideológico. La ideologia se filtra o tiene cabida en la esfera

normativa a través del lenguaje, asumido como metalenguaje del comportamiento humano. És difícil desterrar la ideologia de la ciencia jurídica". Warat adentra à relação entre Ideologia, Direito e Linguagem nas normas jurídicas entendendo que as normas jurídicas operam regulando condutas que são ditadas em atenção a uma ideologia subjacente; a interação comunicativa, portanto, que opera também através da norma, tem a função também de construir o condicionamento ideológico da sociedade.

Historicamente, o aparecimento da concepção do ordenamento como um sistema decorreu do surgimento do Estado Moderno, ou , como entendeu Max Weber, com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação pela crença na legalidade, isto é, na organização "racional" da competência com base na Lei. A "sistematização", portanto, postou-se como necessidade das elites orgânicas dominantes, evoluindo para a noção de "soberania" que separou os cidadãos do ente organizado responsável pelo Poder Público e que gerou a prerrogativa de centralizar o poder de gestão. Com a positivação fundada na crença da legalidade e na concepção da necessidade de uma racionalidade, permitiu-se também a manipulação de estruturas contraditórias sem que a contradição afetasse a função normativa de quem detém tal poder. A condição de "sistema" do Direito "... aquele que se pode calcular como uma máquina"; como disse Max WEBER, na citação de Tarso GENRO (1991, P. 22) em seu artigo **Os Juízes Contra a Lei**, publicado no livro **Lições de Direito Alternativo**, pode ser entendido como "... uma exigência da racionalidade para a reprodução tanto da burocracia socialista quanto do capitalismo e alcança, como forma, sua perfeição".

Assim, criticar a condição "sistemática" que se busca conferir (ou alcançar) através do ordenamento significa atacar um aspecto sintomático e não a causa de um apregoado fracasso do Direito como forma de regulação social e solução dos conflitos.

Talvez ideal seja buscar repensar os termos da "racionalidade", implicando alterar a ideologia expressa por esta racionalidade; assim, todos os movimentos de alteração do sistema jurídico apresentam subjacente uma alteração pretendida na ideologia e da sua racionalidade. O autor francês Andre-Jean ARNAUD (1991, p. 162) lembra, em sua obra **O Direito Traído Pela Filosofia**, que existe a "racionalidade do Direito" e a "racionalidade da prática jurídica social" e que os juristas contestadores "... quando criticam as instituições nas quais trabalham, criticam, na verdade, a estrutura subjacente sobre as quais repousam as instituições. Eles não criticam os princípios de autonomia da vontade, da liberdade, da igualdade, dos direitos do homem; mas a ideologia que se lhes apresenta como sendo o nosso sistema jurídico...". Michel MIALLE (1979, p. 299), em sua obra **Uma Introdução Crítica ao Direito**, ao analisar a via estruturalista, esclarece o método falando de sua implicação na investigação jurídica:

"... relacionar um dado discurso jurídico com fatos sociais e econômicos, para fazer vir de cima um código de relações e trocas determinadas é, pois, ultrapassar uma leitura em primeiro grau deste discurso jurídico; é, ao mesmo tempo, assumir enorme risco que, até aí, a análise positiva podia ocultar: o risco de descobrir não apenas uma estrutura desconhecida, mas sobretudo uma estrutura inconfessável..." .

Adotar uma postura crítica em relação ao Direito positivo é, portanto, interferir na sua instância de valor, refletora da racionalidade

adotada a serviço da ideologia, buscando fazer com que a sua função utilitária atenda aos interesses mais legítimos da sociedade.

O "sistema", enquanto idéia aplicada ao Direito, busca operar como instrumento para enxergar a realidade mas posta-se como limitado para tal função, mesmo porque perdura discussão sobre a própria sistematicidade da realidade. Se a realidade tem ou não seu formalismo evolutivo e se este pode ser reduzido a sistema é questão filosófica que não está resolvida, embora a dialética materialista até pretenda operar como meio de identificar os processos históricos. Ocorre, porém, que o Direito, na parcela de sua atuação na construção da sociedade através da atuação de seus agentes, dificilmente pode deixar de ser pensado sistematicamente. Segundo Karl LARENZ (*op. cit.*, p. 147), "... uma ciência do Direito que aspira a mais do que registrar e comentar normas e decisões singulares, tem de ter isso bem presente, o que significa proceder também sistematicamente". Em termos desejáveis, porém, deveria zelar para não operar de modo a tão somente sedimentar posicionamentos, sempre deixando uma válvula de escape, uma abertura bem definida através de uma clara opção da definição de suas condições de validade como conceito relacional - e o tanto quanto possível relacionado com a dinâmica social; se a "sistematicidade", como produto da racionalidade imposta por uma ideologia serve em sua maior parte ao exercício de uma dominação, a alteração do seu substrato ideológico implica poder conferir à sistematicidade uma condição "libertadora".

Pois a transformação do conteúdo ideológico é determinante da alteração da racionalidade que interferirá no sistema. A nova sistemática, porém, deve partir da premissa de respeito à condição humana e ter como quesito de validade a determinação de sua efetiva

textura aberta a partir do controle social e da identificação daqueles que criam e aplicam o Direito como realidade social.

Respeitadas as premissas aduzidas, é ideal, portanto, que todo trabalho de conceituação de termos leve em conta a tarefa de trazê-lo ao campo jurídico dotado de toda a vida que possui em sua existência pré-positiva; tanto quanto possível, o termo não deverá sofrer a asfixia da restrição por posicionamentos limitados pré-existentes no campo jurídico. O trabalho de conceituação do termo jurídico, feito em compasso com o compromisso de uma razão instrumental-libertadora - posto que não podemos esquecer que o Direito é campo de conflitos ideológicos - detém significativa importância para que a atuação jurídica seja o mais eficaz possível nos atendimentos aos interesses da sociedade. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária (nos termos do artigo 3º, § 1º da Constituição Federal) a partir de uma atuação jurídica consentânea com a realidade que se encontra em eterno devir, passa pela construção desta racionalidade libertadora que não pode prescindir de tomar como ponto de origem conceitos jurídicos firmados de modo a que não operem como instrumento opressor. Os conceitos devem ter a sua construção primando pela instrumentalidade social e a conceituação não deve determinar uma cristalização do Direito, mas, justamente, conferir a ele uma possibilidade de evolução a partir da alteração do significado dos termos no decorrer dos tempos, acompanhando o processo histórico sintonizado com a sociedade; dessa forma, mantém-se a idéia de sistema, sem abdicar da necessária evolução.

A doutrina dominante entende que eventuais "conceitos jurídicos indeterminados" têm a sua explicitação autorizada pelos órgãos jurisdicionais e pela própria administração pública na aplicação do

Direito. Efetivamente , porém, deve ser contemplada a possibilidade de uma atuação maior da sociedade na elucidação destes conceitos, de modo que as decisões ou atos prestados pelos órgãos das administrações públicas ou mesmo na tutela jurisdicional aproximem-se da realidade social. Odete MEDAUAR (1992, p. 82), em sua obra **O Direito Administrativo em Evolução**, apresenta o entendimento de NIETO, para quem "... torna-se necessário romper o monopólio interpretativo, de cuja definição devem participar, de algum modo hábil, os cidadãos" (*La vocacion del derecho administrativo de nuestro tiempo*, na *Revista de Administración Pública*, 1975, p. 28). Em se tratando do termo "interesse público", a sua precisão restringirá as possibilidades da administração invocá-lo com um significado a serviço de sua mera conveniência e valer-se do seu indeterminismo original e agir como ser dotado de ação em nome próprio munido de uma verdadeira arma retórica que lhe permita transcender ao controle dos cidadãos.

TÍTULO III

O INTERESSE PÚBLICO: DA POLÍTICA AO DIREITO

CAPÍTULO I - ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO NA CONCEPÇÃO DE ALGUNS AGENTES DA HISTÓRIA

Em seu artigo **O Interesse Público e o Interesse Privado**, publicado na obra **Interesse Público**, Gerhart NIEMEYER (1967, p. 13-24), analisa, sob a ótica que tem do pensamento de Platão e Aristóteles, Agostinho, Tomás de Aquino, Locke, Adam Smith e Stuart Mill, Marx e Lenin, a relação do interesse público com o interesse privado. Em Platão e Aristóteles caracteriza uma distinção entre o público e o privado a partir da identificação por ambos de um "elemento apetitivo", energia integrante da alma humana, ao qual é atribuída a função de buscar o que é necessário para a autopreservação e de buscar a produção dos bens de consumo necessários, sendo que tais aspectos de produção econômica estariam sob comando de um impulso "privado". Já o interesse público é movido "na direção da consciência (noesis) da ordem racional da justiça (diké)" ... "e mesmo a manutenção pública do "guardião" é o método segundo o qual os frutos dos apetites privados são ordenados para o bem comum" (*op. cit.*, p.14).

Enquanto para os gregos a finalidade da existência humana tinha sentido apenas inserida numa "estrutura da ordem política", a concepção cristã agostiniano-tomista destacou maior importância à religiosa comunidade dos santos, em vez da comunidade política. A "dikaio-noesis" é ainda a mesma de Aristóteles, mas sem um sentido de conversão, exercida agora no aspecto religioso, transcendental, fora da estrutura política. Resultou, assim, em uma limitação da política a

atividades práticas ligadas à defesa e à distribuição da justiça, e ainda fez com que esse governo limitado participasse de sua concepção de que o destino do homem era a salvação de sua alma numa ordem divina, através do permeamento em seus atos e decretos deste entendimento criando uma deferência para com o reino da salvação. Segundo NIEMEYER, "...na ordem cristã o interesse público é caracterizado não só pela limitação do governo à paz, à defesa e à justiça, mas também pela participação desse governo limitado na origem e no destino transcendentais da vida humana" (*op. cit.*, p. 16). O governo, portanto, "participa" da concepção cristã. A concepção agostiniano-tomista efetivamente trouxe como fundamento da ordem social a própria salvação individual, sendo que a ordenação da vida individual era critério comum à própria esfera do interesse público - fator responsável pela criação, inclusive, de fenômenos como a Inquisição.

Tanto a concepção dos filósofos gregos quanto a tomista-agostiniana entendem que a autoridade pública determina uma orientação à razão e à alma.

LOCKE entende que a atividade política existe para a satisfação individual do homem: "... a sociedade civil existe em função da utilidade privada" (*op. cit.*, p. 17). O sistema, caracterizado por uma ordem política que visa a atender aos "apetites" do homem em um nível maior do que aquele possível numa condição de anarquia, deve ser melhorado por "acordos públicos", contemplando uma lei natural determinada pela dor e pelo prazer e representada pelo somatório dos interesses individuais. A espécie de "acordo público" que na concepção de Locke melhor promoveria a garantia da satisfação individual seria aquele que assegurasse maior previsibilidade aos "negócios

humanos", ou seja, segundo Niemeyer, pela sistematização de leis proporcionadora de uma "legalidade calculável".

Deduzível do esquema lockiano, Adam SMITH acrescentou à teoria o conceito de "Mão Invisível", ou seja, "... a hipótese de uma harmonia auto-reguladora entre as atividades apetitivas do indivíduo e suas satisfações", imprescindível à concepção de uma comunidade baseada na utilidade privada sustentada pela premissa de que "... os esforços dos apetites individuais se ajustam de certo modo num todo" (*op. cit.*, p. 20). Adam Smith estabeleceu, ainda, para o governo, limitações de ordem funcional, baseada no entendimento de que o governo não deve intrometer-se no terreno da iniciativa e aspirações privadas, e hierárquica, baseada na predominância da sociedade regida por uma ordem "natural" à qual o governo não se sobreponha, ou seja, um respeito à dinâmica natural da sociedade pelas leis públicas. Enquanto na ordem cristã tomista-agostiniana existia a "participação", ou seja, uma atitude positiva do governo fundada na concepção acerca da origem e do destino transcende da vida humana, na ordem liberal inaugurada predomina a "liberdade das restrições" de governo pois "... conquanto muitos possam participar do que é comum a todos, a comunidade não pode participar da diversidade de um sem número de apetites de aspirações privadas" (*op. cit.*, p. 19).

Stuart Mill aperfeiçoou esta concepção relegando as atividades racionais das Almas humanas ao campo da "Mão Invisível", ou seja, afastou da esfera pública o "nous", que é a substância da comunidade pública baseada na parte racional da alma humana e que capacita o homem à vida social, restando ao campo "público" uma força, destituída de substância intelectual, destinada a simplesmente dar condição à composição que intensifique a satisfação do interesse privado. Isto é

básico na concepção liberal. Enquanto Locke imaginou leis fixas e imutáveis, Stuart Mill criou uma concepção de política baseada na absoluta liberdade de palavra e de pensamentos.

A realidade liberal da pura satisfação individual, entretanto, é uma equação social cujo resultado já a curto prazo detona a exploração e a desigualdade, determinando que a satisfação buscada resta proporcionada a uns poucos, conforme bem demonstra Frederic JAMESON (1992, p. 217) em seu artigo **Conversas Sobre a Nova Ordem Mundial**, publicado no livro **Depois da Queda**. A partir daí, evidenciada a resultante de um descontrolado *lassaiz-faire*, o governo, levando em conta aspectos mais aprofundados da sua função de "composição" pública que satisfaça aos interesses individuais, concebe-a de vários modos, incluindo uma ação positiva no resguardo dos interesses de algumas camadas hipossuficientes, inaugurando o "Estado do Bem Estar", entendendo, inclusive, uma função estatal de provimento de emprego e distribuição de riqueza. NIEMEYER entende que existe uma "... tendência inevitável de passar de uma proteção negativa para a promoção pública do interesse individual", através de uma introdução crescente da atividade governamental nas áreas inicialmente restritas às iniciativas e utilidades privadas e sugere o nome de "hedononomia" à gama de "condições de bem estar" atendida por meio de um conceito de "interesse público". Efetivamente, segundo o Autor, "a orientação do interesse público para a utilidade privada tende assim para uma espécie de socialismo" e atesta um crescimento desta tendência desde os filósofos franceses do século XVIII, "... passando por Stuart Mill nos últimos tempos, até Franklin D. Roosevelt" (*op. cit.*, p. 22).

Analisando a relação do interesse público com o interesse privado em Marx, NIEMEYER entende que "... Marx visa à conversão no interesse público do que é agora uma utilidade privada" (*op. cit.*, p. 22), ressaltando que o motivo do trabalho público deve absorver o homem. "A plena satisfação de todas as suas necessidades é certamente prevista, mas essa satisfação não deve figurar como a finalidade quer da ação pública quer da privada" (*op. cit.*, p. 22). Vale destacar da lição de NIEMEYER de que:

"Um socialismo motivado pela utilidade privada e pela satisfação do consumidor deve, entretanto, ser distinguido de um socialismo de variedade marxista. Mesmo quando o interesse público motivado pela utilidade privada assume orientações socialistas, é provável que ainda mantenha a propriedade privada como base da subsistência individual e a liberdade de contrato como base do emprego" (NIEMEYER, *op. cit.*, p. 21).

Existe correção na análise de Niemeyer se abordado o assunto pela vertente da superação, ou como quis Gramsci, "reabsorção" do Estado, pela qual o fim do Estado está na reabsorção da sociedade política na sociedade civil; a sociedade sem Estado resultando da ampliação da sociedade civil que será hegemônica, universalizando-se ao tomar o lugar da sociedade política. Já em Lenin, no entendimento de Niemeyer, repete-se o conceito de ordem socializada, embora enxergue um "interesse público" leninista para os períodos de transição violenta, de longa duração, baseado no que chama de "polemonomia", ou seja, o da prevalência de formas eficazes de manejo do conflito. Tanto a concepção marxista-leninista quanto a inaugurada por Locke adotam o entendimento de que a autoridade pública administra necessidades materiais.

Contemporaneamente o "interesse público" pode ser entendido como aqueles valores que "... respeitam à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política", como ensina Marcelo CAETANO (*op. cit.*, p. 49), diferindo do "interesse privado", que diz respeito à individualidade humana que hoje tem as suas garantias como expressão fundamental e como via de realização, independente de uma necessária inserção política "salvadora" mas que ao mesmo tempo impescinde de uma inserção "social". Diferindo mas não necessariamente contrapondo-se, pois não pode haver atividade desenvolvida dentro de uma sociedade política que se diga legítima e que vise prejudicar, como objetivo *a priori*, individualmente a maioria dos seus integrantes; aliás, para que haja legitimidade, verifica-se o contrário: a regra é haver instrumentais próprios de uma sociedade política que possam até acarretar prejuízos a parcelas minoritárias mas que visam a contemplar uma maioria. Assim, em última análise, todo "interesse público" busca assegurar o "interesse particular" desde que socialmente engajado, tendo como premissa o aspecto coletivo e genérico de inserção humana.

"Interesse individual" e "interesse público" não são conceitos contrapostos, mas efetivamente complementares em razão da própria evolução da sociedade e das características humanas referentes à individualidade e à condição "social" do homem. Juridicamente, ou seja, em campo inserido na ética e que diz respeito ao Direito (em que pese sua variação conceitual), "o interesse público é a idéia dominante de todas as normas jurídico-administrativas", como ensina Marcelo CAETANO (*op. cit.*, p. 49), ganhando o termo uma precisão conformadora quando analisado sob este parâmetro.

CAPÍTULO II - O INGRESSO DO TERMO NO CAMPO JURÍDICO

Na interdisciplinariedade do Direito é que se busca o contato dele com a filosofia política. Conforme a visão que se adote, o ponto de intersecção entre Direito e Política pode alterar-se, mas, em essência, é indiscutível o correlacionamento das matérias. A doutrina de Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito tratam amplamente deste aspecto; o autor português L. Cabral de MONCADA (1965, v. 2, p. 149 e seg.), em sua obra **Filosofia do Direito e do Estado**, trata de uma interrelação entre uma "política positiva" e um "direito positivo" - sendo que o primeiro conceito pode ser rigorosamente chamado de ideologia que se positiva, (convalidando a terminologia de José Joaquim Gomes Canotilho em relação à Constituição, denominada por ele de "instrumento jurídico do político"), acentuando que a política tem no Direito Positivo "... o seu instrumento mais apropriado e útil para a realização dos seus fins, determinando, inclusive, uma retroação do próprio Direito sobre a Política como forma de delimitação da atuação da política". O Direito positivado encontra a sua expressão mais consistente na atuação estatal através da administração pública que opera como uma das manifestações da autoridade do Estado e busca, justamente, implementar de forma generalizada a concepção acerca de qual deva ser a forma e os fins do relacionamento entre os indivíduos a comunidade, a sua organização, de modo que seja entendida como uma verdade.

O professor Mário Bigotte CHORÃO (p. 275, vol.2,1986), jurista de sólida formação católica, em sua obra **Temas Fundamentais do Direito**, ensina que "concretamente, a interpretação e a aplicação das normas apresentam uma inevitável componente política". Mesmo repulsando a

atividade jurídica que se confunde com a redução irracional desta a mera ideologia, principalmente por parte daqueles que dizem fazer uso alternativo do Direito, o autor esclarece que na análise crítica que a jurisprudência efetua em relação do direito vigente abre perspectiva jurídico-política. Segundo CHORÃO "... essa concretização do direito, no processo dinâmico de ordenação jurídica, apresenta-se ao jurista como algo de 'condendum', dando-se assim uma certa aproximação e continuidade entre a ciência do direito e a política do direito" (*op. cit.*, p. 275).

A partir daí o conceito de "interesse público" deixa de pertencer tão somente ao campo da filosofia política e adentra ao campo do Direito - ficando por sua vez delimitado o âmbito de sua abrangência neste trabalho. Na medida em que opera construindo uma positividade constante no ordenamento, e delimitado o campo de sua aplicação, o conceito de "interesse público" deve passar a contar com sentido mais claro e próximo de uma univocidade ideal a serviço de uma racionalidade libertadora. Inegavelmente, o "interesse público" é figura que, no Direito Positivo, relaciona-se mais com as matérias atinentes ao Direito Público, especialmente Direito Administrativo e Direito Constitucional, pois são os que mais vivamente dipõem sobre as formas e finalidades da atuação da administração pública como expressão da autoridade estatal para execução de uma ideologia. Da mesma forma, restringindo o seu campo de aplicação, o conceito de "interesse público" fica imune à maioria das críticas que lhe são dirigidas, relacionadas mais a uma vacuidade de sentido originada da própria excessiva generalização de seu emprego; não deve deixar de ser destacado, porém, que a maioria destas críticas é nascida em razão de que o conceito só se faz sentir quando na contraposição de padrões, ou

seja, a própria existência concreta da necessidade da avaliação de qual seja, materialmente, o "interesse público", só identificado quando problematizada numa comparação de padrões.

Em sua premiada obra **Legitimidade e Discricionariedade**, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1989, p. 6 e seg.) aprofunda a questão e sintetiza o ponto de intersecção entre Direito e Política ao afirmar que "... à política cabe a arte de interpretar os interesses da sociedade e de chegar a decisões capazes de satisfazê-los; ao Direito, a não menos difícil arte de cristalinizar em normas de observância geral e obrigatórias as vivências sociais". O mesmo autor, com absoluta consistência intelectual, coloca que "... a captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a legitimidade, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a legalidade" (*op. cit.*, p. 7). Pode acrescentar-se que, na já citada retroação do Direito sobre a Política, ou seja, por uma vinculação normativa de parâmetros de atuação política, podem ser prescritas - através de preceitos expressos ou princípios implícitos como determinações de fundo no ordenamento - condutas assecuratórias de conciliação e verdadeira interdependência entre "legitimidade" e "legalidade".

É importante ressaltar, desde já, o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p.3,4,7,10,15 e 29) chamou, corretamente de "legitimidade como dever legal". A legitimidade, segundo o Autor, é "a conformidade do agir do Estado ao interesse público ecolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia". No que toca ao Administrador - "ao qual cabe aplicar a lei para promover o interesse público" - a legitimidade está pressupostamente contida na Lei ou cabendo a ele efetuar o que chamou de "opções legítimas". Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, analisando definição sucessiva entre a "positivação originária", do Constituinte, e a

"derivada", do legislador infra-constitucional de modo "imediato" e do Administrador de modo "mediato", competindo ao primeiro a determinação do interesse público que seja a expressão do "bem comum" e aos seguintes o seu atendimento, entende que "... a legitimidade é definida pelos fins e, desde que tais estejam expressa ou implicitamente contidos na Lei, torna-se possível traduzi-la em termos de legalidade, assim, indiretamente, submetê-la ao controle". Segundo Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1974, P. 57), "A legitimação é, assim, a conquista direta ou indireta da aceitação dos governados". Existe nítida convergência acerca de um entendimento de que a legitimidade posta-se como condição de eficácia das normas positivadas e que se fundamenta no senso predominante da Sociedade sobre os valores em discussão.

CAPÍTULO III - O INTERESSE PÚBLICO COMO DADO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Pelas várias atribuições da administração pública - em quaisquer de suas esferas de existência - executadas por um sistema ordenado de mandamentos, a par de toda interdisciplinariedade, tornou-se notória a existência do Direito Administrativo como ramo específico e distinguível, conforme ensina Marcelo CAETANO (*op. cit.*, p. 42). A estruturação do Direito Administrativo, tal como hoje o temos, dependeu, sem dúvidas, de uma evolução da própria concepção de Estado e, em especial, pela conquista do Estado de Direito Democrático, passando a integrar-se num sistema maior e organizador de toda a sociedade, funcionando na sua parcela atribuída preponderante de regular a prática administrativa. Modernamente, o Direito

Administrativo contém componentes determinantes de uma nítida intervenção estatal nos rumos da sociedade, em defesa de propostas firmadas de construção social. Tais propostas, construídas em especial com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo e determinante de uma retroação do Direito com função de controle da própria atuação dos agentes políticos, buscam atender os reclamos identificados pelos meios instituídos, havendo que a ação da administração, através do Direito Administrativo, opera na consecução destas propostas que encontram seu aspecto jurídico no "interesse público".

O autor argentino Hector Jorge ESCÓLA (1989, p. 31), em seu livro *El Interés Público*, diz que:

"... el derecho administrativo está concebido para posibilitar y asegurar que la administración pública logre de manera concreta los objetivos que le han sido fijados, satisfaciendo las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran, alcanzando el bienestar general que es sustento de nuestras libertades y derechos, oponiendo vallas eficaces a un intervencionismo estatal que si reconoce necesario, sólo resulta admisible cuando concurre al logro de ese bienestar general, toda su estructuración está presidida, orientada e iluminada por la existencia de esas finalidades que deben lograrse, las cuales tienen que ser reducidas a una idea que, como tal, careciendo de un contenido concreto propio o necesario, pueda admitir cualquiera que se desee insertar, desde fuera del campo jurídico, a esa noción que así aparecerá como jurídica. La noción del bienestar general, no sólo declarada en el preambulo, sino efectivizada a través de todo lo largo de nuestra Constitución nacional, encontra su correlato jurídico en la idea de 'interés público' ..."

Hely Lopes MEIRELLES (1989), em sua obra **Direito Administrativo Brasileiro**, coloca a defesa do "interesse público" como um dos fins da própria administração. Citando Rui Cirne LIMA, em sua obra **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**, Hely Lopes MEIRELLES

(1954, p. 19) expõe que "[...]. O fim e não a vontade do administrador domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra do Direito". Entende, portanto, que os fins da administração não podem desviar-se daquelas proposições constantes do próprio ordenamento e deve nele encontrar a própria expressão do interesse público.

Relacionando justamente a administração pública, o Direito e o "Interesse Público", o citado Hector Jorge ESCÓLA em sua obra referida lembra que o Estado pode ser concebido como ente cultural e, a partir daí, dotado de sentido teleológico, com finalidade e valores os quais deve buscar alcançar, caracterizando uma estrutura com formulação programática possibilitadora da implementação de uma almejada forma de vida para a sociedade. A própria existência do Estado, porém, depende de uma ordem normativa, que tem em seu topo uma Constituição a regular os limites da administração pública (que é expressão estatal, mas não pode ser dotada de interesse próprio, dada sua construção finalística). Segundo ESCÓLA (*op. cit.*, p. 33): "La noción de interés público, pues, contribuye en forma destacada a cerrar la extensión de la zona de acción administrativa, y salvaguardar a los particulares". A existência do Estado de Direito tem como um dos seus resultados mais importantes, segundo Escóla, a formulação do "princípio da legalidade", dotado, porém, de uma transcendência verificada pela expressão total do ordenamento, através de uma apreciação harmônica e sistemática do sistema positivado.

"La aplicación del principio de la legalidad, en el análisis de la procedencia y admisibilidad jurídica de la actuación administrativa no

se agota, por ende, en la indeterminación de si la administración pública ha obrado o no con sujeción al derecho vigente, sino que debe adentrarse en la precisión de si las normas aplicadas por la administración o que sustentam su actividad, son coherentes y se hallan acordes com los superiores principios del ordenamiento constitucional y tenden, sobre todo, al logro de los fines propuestos y aceptados por dicho ordenamiento" (*op. cit.*, p. 35).

Inegável, portanto, que o "interesse público" posta-se como dado inerente ao Direito Administrativo. A finalidade da administração pública, a partir de sua existência como expressão estatal submetida pelo ordenamento, dispõe programaticamente ou mandamentalmente uma série de atividades que devem atender àquelas postulações mais legítimas da sociedade. Ignorar o "interesse público", como parâmetro de atuação administrativa e, portanto, das regras de Direito Administrativo, determina efetiva fuga do ordenado e desconsideração a dado do Direito Administrativo. O jurista Péricles PRADÉ (1987, p. 33), em sua obra **O Conceito de Interesses Difusos**, lembra que:

"[...]. O regime jurídico de Direito Público se mantém sobre princípios próprios, diversos, e às vezes, antípodas do regime jurídico de Direito Privado. Dentre os princípios do regime jurídico de Direito Público podem ser mencionados o da supremacia do interesse público (relação de desigualdade entre particular e administração) e o da indisponibilidade dos interesses públicos. Se o direito positivo outorga a determinados interesses tais aspectos principiológicos, permanecer-se-á, certamente, dentro das fronteiras dos interesses públicos".

CAPÍTULO IV - OUTROS CONCEITOS DE INTERESSE PÚBLICO NA DOUTRINA

Vários autores manifestam-se diretamente sobre o conceito de interesse público, embora o termo seja empregado mais usualmente integrando finalidade da atuação administrativa.

1. O **Diccionario de Derecho Usual**, do autor catalão Guillermo CABANELLAS (tomo 2 E-M, p. 412) traz o conceito de "interesse público" como:

"... La utilidad, conveniencia o bién de lo más ante lo menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Las restricciones impuestas al dominio privado sólo em en el interés público, son regidas por el Derecho Administrativo (Art. 2611 del Cód. Civ. Arg.). Las servidumbres impuetas por la ley o legales tienen por objeto, dice el Art. 549 del Cód. Civ. esp., la utilidad pública o el "interés de los particulares; pero éste, sobre otro de menos importancia o sin lesionarlo en la medida que la abstención perjudicaria a otro. La exprobação forzosa, el servicio militar, las contribuciones y otras tantas instituciones y medidas de gobierno no tienen otro fundamento que um menor quebranto del interés particular para servicio del interés público.(v. Derecho Privado y Público; Interes General y Privado)(759,766,2032, 3675,3676,6229)".

2. O Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Clovis BEZNOS (1989, P. 14), em sua pequena porém densa obra **Ação Popular e Ação Civil Pública**, diz que:

"[...]. Caracteriza-se o interesse público pela interação Estado-Coletividade-indivíduo, na persecução dos valores elencados como prevalentes, pelo Ordenamento Jurídico, aferíveis em dado segmento da realidade, que coloque em contraste interesses que se contraponham. Assim, o interesse público é a síntese dos interesses, compreendidos estes como valores juridicizados, da coletividade, organizada e submetida a um regramento jurídico, com afetação direta ao Estado-poder, que genericamente os titulariza".

3. Hely Lopes MEIRELLES (1989, p. 77), em sua obra **Direito Administrativo Brasileiro**, coloca a defesa do "interesse público" como efetiva finalidade da administração, entendendo o termo como "... aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas

por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros".

4. O Professor Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (1989, p. 8), em sua premiada obra **Legitimidade e Discricionariedade**, conceitua "interesse público" como sendo "... interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através da ação política juridicamente embasada ou através da ação jurídica politicamente fundada". Em sua recente obra intitulada **Constituição e Revisão**, MOREIRA NETO (1991) relata que a Constituição Federal Brasileira arrola, expressamente, interesse público por 23 vezes, "sendo que apenas 4 vezes usando o homem *juris* com rigor técnico": Art. 5º, XXIX; Art. 5º, LX; Art. 19, I; Art. 25, § 3º; Art. 30, I; Art. 30, V; Art. 37, IX; Art. 66, § 1º; Art. 93, IX; Art. 109, I; Art. 109, IV; Art. 123; Art. 144, I; Art. 148, II; Art. 155, § 2º, V, "b"; Art. 172; Art. 173; Art. 176, § 1º; Art. 192; Art. 192, III, "a"; Art. 231, § 5º; Art. 231, § 6º; Art. 237.
5. O Professor José CRETELLA JÚNIOR (1977, p. 399), em sua participação na **Enciclopédia Saraiva de Direito**, conceitua o "interesse público" como "... atividade de tal modo relevante que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente, perseguir. É o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de Direito Público, exorbitante e derogatório do direito comum...". Cretella Júnior, a exemplo de Hely Lopes Meirelles, coloca a defesa do interesse público como finalidade da administração pública e citando textualmente delimita a esfera do interesse público aduzindo que:

"[...]. Ser social, o homem não pode bastar-se a si mesmo; o livre jogo das iniciativas privadas permite-lhe prover a algumas de suas necessidades, graças à divisão do trabalho e às trocas. Existem outras, porém, e das mais essenciais, que não podem receber satisfação por esta via, seja porque, comuns a todos os membros da coletividade, ultrapassam por sua magnitude as possibilidades de todo e qualquer particular - é o caso, p. ex., da segurança nacional - seja porque sua satisfação é de natureza exclusiva de todo lucro, de tal sorte que a ninguém interessa assumí-la. Tais necessidades às quais a iniciativa privada não pode satisfazer, mas que são vitais para toda a comunidade e para cada um de seus membros, constituem o domínio peculiar à administração..."

6. Em sua obra **Vocabulário Jurídico**, DE PLÁCIDO E SILVA (1982, p. 498) apresenta o verbete "interesse público" com a seguinte definição: "Ao contrário do particular, é o que assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendem de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por uma necessidade de ordem coletiva"

7. Hector Jorge ESCÓLA (*op. cit.*, p. 248) conceitua "interesse público" como:

"... resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritário de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinado, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto a ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se opongan o lo afectem, a los que desplaza o substituye, sin aniquilarlos".

8. Jean RIVERO (1981), em sua obra **Direito Administrativo**, diz que "O fim da administração: o interesse

público". Delimita a esfera do "interesse público" como sendo aquela em que "... a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade como um todo e para cada um dos seus membros constituem o domínio próprio da Administração" (*op. cit.*, p. 14). Fazendo equivaler em significado os termos "interesse público" e "interesse geral", este último buscado da doutrina francesa, Jean RIVERO (*op. cit.*, p. 15) esclarece que:

"[...]. O interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas - aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja satisfação, todavia, condiciona a realização de destinos individuais. A delimitação do que entra no interesse geral varia com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia, o fim continua o mesmo: a acção administrativa tende à satisfação do interesse geral".

Todas as definições apresentadas possuem validade geral, e, basicamente, porém, pode ser determinado que, de forma comum, existe o entendimento de que:

- a) trata-se de conceito que aceita conteúdo material historicamente cambiante;
- b) parte-se da premissa de que o ordenamento deve ser uma estrutura de textura "aberta", pois relacionam o "interesse público" a uma necessária possibilidade de aferição também a nível social (mesmo porque fora dessa premissa seria lícito identificar o "interesse público" como aquilo ditado e só existente a partir da norma positivada);
- c) o "interesse público" reflete um interesse coletivo socialmente colocado titularizado pelo Estado;

- d) todos os conceitos pugnam pela prevalência do "interesse público" sobre o "interesse privado";
- e) todos os conceitos apresentados dizem o que é o "interesse público" mas não revelam os valores objeto de interesse, implicando não ser conceito substantivo mas sim operacional e que manifesta-se funcionalmente na comparação de padrões;
- f) é um conceito diretor de condutas.

TITULO IV

CARACTERIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

CAPÍTULO I - NOÇÕES DO INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÁRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS E COMO REFLEXO DAS DECISÕES DAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Em seu artigo **Prolegômenos de uma Teoria do Interesse Público**, publicado no livro **O Interesse Público**, Edgar BODENHEIMER (1967, p. 207), esclarece que vários autores têm presumido o "interesse público" como concepção da soma dos interesses individuais, inclusive citando Jeremy BENTHAM, que em sua obra *An Introduction to the Principles of Morales and Legislation* citou ser o interesse da comunidade idêntico à "... soma dos interesses dos vários mebrs que a compõem" (*op. cit.*, p. 208). Bertrand RUSSEL, em sua obra *Freedom and Government*, in *Freedom: Its Meaning*, citado por BODENHEIMER (1967, p. 208), observou que a teoria benthamita "... só poderia ser aceita na suposição de que a soma total das ações individuais egoístas pudesse ser equiparada à felicidade máxima da comunidade". Esta concepção de que a soma dos interesese individuais expressa efetivamente o interesse público, segundo Bodenheimer, "... subestima, entre outras coisas, certos elementos contraditórios e desconcertantes na estrutura humana psicológica" (*op. cit.*, p. 209). Na realidade, é difícil encontrarmos um cidadão cujos valores sejam absolutamente coincidentes com aqueles apregoados por uma política que busque atender ao "interesse público", mesmo porque os interesses individuais expressam, na maioria das vezes aspectos que corroboram a natureza peculiar de cada pessoa ou, ainda, se cada indivíduo tivesse os mesmos interesses,

restaria a questão da necessidade de justamente determinar quais fossem estes interesses e a ordem de priorização.

A discussão sobre a possibilidade do "interesse público" ser ou não o somatório dos interesses individuais deve ser melhor organizada com o questionamento de que se este interesse individual atende ou não uma contextualização social, ou mais explicitamente, definir se estes interesses individuais a serem somados são relativos a cada um dos próprios indivíduos ou os interesses individuais em relação à comunidade. Essa abordagem determina uma diferença muito grande nas respostas possíveis.

O conjunto de interesses individuais pode ser dividido em interesses individuais em relação ao próprio indivíduo, daí resultando uma resposta absolutamente egoística elencando as aspirações e desejos pessoais, ou interesses individuais contextualizando a sua convivência em sociedade, donde pode resultar uma hierarquização de interesses em que o indivíduo pode descartar alguns daqueles que representariam aspirações de fruição absolutamente pessoal em favor de algumas melhores condições coletivas, e que não deixam de ser um interesse individual. O que há de se diferenciar é o "interesse individual" do "interesse egoísta". A possibilidade de configurar "interesses público" a partir do somatório dos interesses egoísticos de cada um dos indivíduos, ou seja, daqueles interesses que cada um tem sem uma contextualização social, parece absurdo; deixa de sê-lo, porém, se tomarmos o somatório dos interesses individuais em relação à sua situação eventual na sociedade em que está inserido. Hipótese fática neste sentido pode ser facilmente construída no exemplo de uma Nação em época de crise, em que cada um dos indivíduos poderia cultivar interesse pessoal egoístico de armazenar determinado bem de consumo,

deixando de fazê-lo, porém, por saber que o armazenamento poderia ser prejudicial à sua comunidade e futuramente trazer reflexos danosos para ele próprio; efetivamente, aliás, é normal o fato de nações que buscam equacionar suas dificuldades visando uma solução não apresentam maiores crises de identificação dos seus "interesses públicos".

Hector Jorge ESCÓLA lembra, porém, citando GOLDSCHMITT, que o nível de abdicação dos interesses pessoais em favor de um interesse geral não é absoluto. Os estímulos sociais não condicionam de modo absoluto a conduta humana de forma que o cidadão seja capaz de tão somente pensar em termos coletivos; "el hombre auténtico elabora los estímulos sociales en una obra propia", afirma Escóla citando textualmente Goldschmitt. O próprio autor argentino, entretanto, enfrenta a questão entendendo que o "interesse público" é "... uma mayoría de intereses individuales coincidentes" (*op. cit.*, p. 240), havendo tão somente uma diferenciação "quantitativa" (*op. cit.*, p 241) - o querer valorativo de uma "maioria".

Entendemos diversamente. Efetivamente o "interesse público" difere do individual também no seu aspecto "qualitativo", substantivamente, pois, como visto anteriormente, impõe uma "contextualização" do pensamento individual. Isso é inferível do próprio ESCÓLA (*op. cit.*, p. 251) que diz, textualmente:

"... esos intereses individuales, que concurren a la formación del interés público, se diferencian de otros intereses estrictamente individuales no menos legítimos y válidos si encuentran comprendidos dentro del marco constitucional y legal vigente, en que son compartidos, en el sentido de que cada individuo los concibe como una pretensión querida en su condición de componente de um grupo social determinado..."

As "qualidades" dos interesses individuais, portanto, são distintas, diferindo aqueles "egoísticos" daqueles "socialmente engajados".

É lógico que a definição de um "interesse público" que pode transmutar-se em programa de ação política executado pela administração pública deve ter a sua origem em um querer majoritário - e todas as maiorias são formadas por um contingente de indivíduos unitariamente tomados e que têm opiniões sobre dado assunto - mas cada um desses indivíduos que opera como fator do qual resultará o produto da conduta político-administrativa, deverá estar deixando de lado os seus "interesses individuais egoísticos" e construindo a sua obra própria de modo socialmente engajado. A diferenciação do "interesse público" do "interesse privado", portanto, é também qualitativa, substantiva, posto que formado de matéria distinta. Isso fica exponencializado no exemplo citado das sociedades que buscam soluções próprias aos seus períodos de crise, onde individualmente devem abdicar de eventuais projetos pessoais para contruírem uma solução coletiva.

Bodenheimer afirma ainda, abordando outro aspecto da condição negativa de "interesse público", que "não é permissível identificá-los (os interesses públicos) com as decisões políticas das autoridades públicas", posto que se assim o fosse daria condições de identificar o "interesse público" com "... a tomada de decisões do governo". O autor lembra que os funcionários podem interpretar mal os interesses da comunidade, ou mesmo o comando das autoridades não pode ser tomado como um "...reflexo automático do bem público", mesmo porque a ação estatal dá-se através de pessoas, passíveis de todas as fraquezas que lhe são peculiares, operando os princípios retores que expressam a correção dos atos, medidas e atitudes da administração mais como efetiva pretensão de atuação do que realidade fática. Dalmo de Abreu DALLARI

(1987, p. 13), em seu artigo **Interesse Público na Contratação das Entidades da Administração Descentralizada**, já alertava para o risco de considerar-se o "público" como sinônimo de "oficial", ensinando que "[...]. É de interesse público aquilo que o Governo diz que é de interesse público. Na realidade, essa identificação é um risco que existe e temos de estar atentos para não admitir tanta confusão. Público não é necessariamente oficial".

CAPÍTULO II - INTERESSE PÚBLICO, INTERESSE SOCIAL, INTERESSE NACIONAL - ANÁLISE DOS ASPECTOS DE DISTINÇÃO E EQUIVALÊNCIA DOS TERMOS

Clóvis BEZNOS (*op. cit.*, p. 15) ensina que o conceito de interesse social insere-se no de interesse público, conferindo, portanto, maior abrangência ao segundo, "... vez que dizendo respeito o interesse público à sociedade como um todo, que elegeu os valores contidos no sistema jurídico, tudo aquilo que for prestigiado, no jogo de conflito de interesses, lhe diz respeito"; existindo, porém, ambas as expressões como realidade apartadas. Fá-lo em razão de que se cabe ao interesse público operar como expressão dos interesses eleitos pela sociedade como um todo, ao interesse social resta operar atendendo eventuais interesses expressos em camadas definidas da sociedade, com base em suas características próprias, geralmente hipossuficientes, e determinante da existência de uma multiplicidade de interesses sociais em sentido estrito. Adota analogia com a própria concepção de "patrimônio público" e "patrimônio social", sendo o primeiro o próprio "... conjunto de bens que pertencem ao domínio do Estado...", citando DE PLÁCIDO E SILVA (*op. cit.*, p. 16) em seu **Vocabulário Jurídico**, enquanto

ao patrimônio social caberia a aceção de como sendo aquele "... consistente dos valores de interesse social, extraídos dos bens, fora do domínio do Estado, submetidos a um regime especial". Clovis BEZNOS só entende equivalentes os termos "interesse social" e "interesse público" caso seja o "interesse social" compreendido como "... aquele pertinente a toda coletividade do País" (*op. cit.*, p. 18).

Rodolfo de Camargo MANCUSO (1988, p. 18), em sua obra **Interesses Difusos - Conceito e Legitimidade Para Agir**, entende justamente que "interesse social" é aquele que "... consulta à maioria da sociedade civil; o interesse que reflete o que esta sociedade entende por bem comum; o anseio de proteção à "res pública"; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais a sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes". São equivalentes as idéias predominante de Clóvis Beznos acerca do que seja "interesse público" e Rodolfo de Camargo Mancuso acerca do que seja "interesse social". Clóvis Beznos, entretanto, precisa mais a questão ao exemplificar que o Estado-Juíz ao determinar a reintegração de posse de um particular em uma área de terra tomada por carentes sem-terra poderá não estar atendendo ao "interesse social" desses hipossuficientes, mas assegurando a prevalência do ordenamento em sua forma regedora da espécie. Mancuso indica que o termo "interesse público" faz entender o predomínio da figura estatal, enquanto "interesse social" dá a entender noção de "coletividade", de "sociedade civil".

Ainda no que tange à concepção de MANCUSO (*op. cit.*, p. 193) acerca do "interesse público", este autor diz que "... o interesse público é comumente invocado quando se trata do interesse do Estado". Deve ser esclarecido, porém, que o Estado, através de sua atuação por intermédio

da administração pública, não possui interesses próprios, posto que não pode operar como um fim em si mesmo e a sua existência é de cunho finalístico, ou seja, limitado ao atendimento das atribuições legais em favor dos administrados, pelo que os interesses próprios da administração seriam tão somente aqueles que postam-se como "parcelas e centros especiais de refração do interesse público primário", como ensina Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p. 86).

Hugo Nigro MAZZILLI (1989, p. 81), em seu artigo **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**, publicado na obra **Ministério Público: Direitos Cívís, Sociais e Políticos - Uma Prática**, identifica o "interesse social" com o "interesse público primário", como aqueles passíveis da tutela do Ministério Público. Na mesma obra, porém, Marília Lomanto VELOSO (1989 p. 58), em seu artigo **O Ministério Público, Sua Função e Sua Prática**, faz equivaler o "interesse social" expresso no artigo 127 da Constituição Federal, para fins de atuação do Ministério Público, aos "Direitos Sociais". Diz textualmente a autora: "... Já se afirmou a essencialidade do Ministério Público à atividade jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe de acordo com o art. 127 da Constituição Brasileira de 1988, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis". A autora refere-se, portanto, a direitos positivados, que seriam portanto, "interesse público secundário" - apesar da identidade que deve haver entre ambos - operando, necessariamente, dentro de um dado ordenamento.

O artigo 127 da Constituição Federal incumbe ao Ministério Público, portanto, a competência para defesa dos "interesses sociais e individuais indisponíveis". Indiscutivelmente, é dever do Ministério Público operar em defesa do "interesse público" (mesmo porque

defendendo o "interesse social" estará defendendo o "interesse público") nas causas em que for chamado a atuar; mas a caracterização de "interesse social" é feita com maior perfeição quando relacionado - até em razão de um conteúdo significativo que o uso comum do termo na sociedade lhe confere - a uma parcela toda especial do "interesse público", nas quais inclusive detém legitimidade de agir e referentes às garantias individuais, aos direitos sociais relacionados no texto constitucional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança, à educação, ao trabalho, à proteção da criança e do adolescente. O "interesse social", se tomado como esfera de atuação do Ministério Público, pode ser entendido como parcela do "interesse público" - parcela especial, posto que são valores tutelados pelo Estado através de um órgão seu relevante.

No entendimento de Odete MEDAUAR (1992, p. 176), expresso em sua obra "**O Direito Administrativo em Evolução**", a expressão "interesse geral", utilizada no Direito Administrativo francês, mais se aproxima da acepcão que "interesse público" toma no Direito Administrativo Brasileiro. O autor português Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p. 102), cita que Nicola Côco utiliza equivalentemente o termo "interesse nacional" e Santoro-Passareli utiliza "interesse coletivo" ou "interesse geral" no mesmo sentido. Odete MEDAUAR (*op. cit.*, p. 178), em nota de rodapé, dá solução à questão da equivalência dos termos quando bem coloca que:

"Muitas outras expressões guardam semelhança com interesse público, como bem comum, bem de todos (Art. 3º, IV da Constituição Brasileira de 1988), interesse nacional (Art. 176, parágrafo 1º, da Constituição), necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública, necessidade pública; quando citadas para justificar decisões, atos, exercício de

poderes e funções, medidas excepcionais, vinculam-se à idéia de benefício para todos, para a coletividade, por vezes em detrimento do interesse restrito, particulariza em indivíduos ou grupos. É o mesmo núcleo de entendimento da expressão interesse público".

No mesmo sentido, Jean RIVERO (*op. cit.*, p. 14-15) praticamente equivale as expressões "interesse público", "interesse geral", utilidade pública" ou, numa perspectiva filosófica", "bem comum" quando utilizadas para expressar a manifestação estatal através da administração pública na consecução dos fins definidos e pugnados para satisfação humana.

CAPÍTULO III - INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Segundo Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p.105 e seg.), a liberdade de legislar só pode ser utilizada na tutela do interesse público, pela composição justa dos interesses em tese. Estes interesses, por serem atinentes ao coletivo, e dada a sua amplitude e primazia, podem dizer-se "interesse público primário". Enquanto esse seria "... um interesse sentido pelo legislador", o "interesse público secundário" difere por ser um "... interesse típico, individualizado abstractamente pelo legislador como elemento de integração do interesse primário". Basicamente, assim, o "interesse público primário" é conceito material "... e portanto existe enquanto referido a uma necessidade pública, independente do reconhecimento do Estado" enquanto os "secundários" podem ser assim considerados "... depois de terem sido declarados pelo Estado" (*op. cit.*, p. 107).

A submissão Estatal, que tem sua expressão de autoridade através da administração pública, à Lei, determina que seu agente proceda

sua atuação visando certo fim determinado pelo legislador - um fim de interesse público, ou como quis GIANNINI, citado por Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (op. cit., p. 115), o "... interesse incorporado na norma", ou "interesse público imediato" de RESTA, igualmente citado. Nos fins da atividade administrativa deve ser assegurado que a vontade do legislador, em sua captação dos signos do interesse público, não sejam alterados ou substituídos; há imperiosa necessidade do agente buscar a prossecução daqueles mesmos interesses "... que o legislador reconheceu como tendo instrumentalidade imediata para a actualização do bem comum". Textualmente, Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (op. cit., p. 120), diz que: "A vontade de actuar um certo interesse público não é desse modo uma simples expressão duma necessidade formal, mas uma vontade que ao administrador compete apenas actualizar e dar corpo".

A distinção entre "interesse público primário" e "interesse público secundário" mereceu, porém, fundada crítica de Florivaldo Dutra de ARAÚJO (1992, p. 47) em sua obra **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. O mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais entende que existe apenas um tipo de interesse público cuja prossecução seja dever da administração, pois os interesses da coletividade devem ser aqueles a que compete à administração pública contemplar. Textualmente, ensina:

"Nem sequer podemos admitir a atenção a interesses secundários quando estes 'coincidam' com os interesses primários, pois não há nada, absolutamente nada que a administração possa fazer, se não tiver como objetivo o exercício do dever, que tem, de curar satisfatoriamente os interesses coletivos, que são os únicos existentes para ela. Enxergar dois interesses onde só pode haver um é desacerto jurídico que pode levar a graves consequências. A administração não pode ter interesses 'como qualquer sujeito de direito', pelo simples fato

de que ela é concebível apenas como sujeito curador de interesses coletivos".

A distinção entre "interesse público primário" e "interesse público secundário" está, apenas, no momento de sua apreciação: em fase pré-positiva constitui fator de legitimidade à norma positivada representativa da legalidade. Em conteúdo axiológico, porém, equivalem-se.

TÍTULO V

INTERESSE PÚBLICO E DIREITO POSITIVO

CAPÍTULO I - ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO À LEI

O "princípio da legalidade", como norma reitora da conduta da administração pública, evoluiu a partir de um conceito de liberdade nos limites da Lei votada no Parlamento e baseada em condições assecuratórias da liberdade dos cidadãos, determinando o que Marcelo CAETANO (1991, p. 29), em sua obra **Manual de Direito Administrativo**, chama de "administração condicionada", porque "... estava condicionada por um poder superior que a transcendia", até a uma vinculação legal em sentido estrito. Efetivamente, o que se observa é que este limite da atuação administrativa era determinado, inicialmente, não por uma assimilação da submissão à lei como essência da administração, mas encontrando seus limites naquelas prerrogativas legais subjetivas dos particulares. A administração era livre até o limite dos direitos dos particulares. Com o desenvolvimento da própria prática administrativa e assumindo até algumas atribuições legiferantes - alcançando o que Marcelo CAETANO chamou de "administração condicionante" -, o Poder Público assumiu como premissa de sua operacionalidade a submissão à lei, introjectando-a, assimilando que "[...]. O valor da legalidade passou a estar na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos têm de aplicar por igual nos casos idênticos à sua decisão ou operação" (*op. cit.*, p. 29).

Se no Século XIX o significado jurídico da vinculação legal da administração ficou determinado pelos termos de ser "... uma atividade

relevante juridicamente e com caráter negativo sob espécie de 'licere', enquanto aparecem como ilícitas todas as condutas que invadem os círculos legislativamente fixados de direitos subjetivos", como ensina Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p. 64), a partir do Século XX o Estado é chamado a intervir no contexto social em que até então vigorava o liberalismo, alargando o âmbito do que seria o "juridicamente relevante". Isso determinou, então, efetivamente, um crescimento da atividade legislativa, acarretando a banalização da atividade legiferante e da própria Lei e uma perturbação do equilíbrio entre Estado e Indivíduo e que só foi superada pela extensão do conceito de legalidade e pela concepção da administração como atividade executiva, ou seja, com o legislador remetendo à administração a tarefa de individualizar o direito. Esta nova componente do conceito de vinculação legal da administração - que não significa um retorno a um estado de liberdade da administração igual àquela vigorante quando do predomínio do "Estado de Polícia" mas entendendo que toda atividade administrativa posta-se como manifestação jurídica - determina que a administração atue segundo a Lei. "O direito não é agora concebido como um limite externo à atividade da administração mas como a única forma possível de manifestação dessa atividade", sintetiza SOARES (*op. cit.*, p. 66).

Em verdade, inicialmente ligado à própria separação dos poderes - numa concepção que pugnava a segurança tutelada da liberdade dos indivíduos -, o princípio da legalidade transformou-se conceitualmente, principalmente a partir da metade do século XX; para Jellineck - dentre os vários autores citados por Soares - "... nenhum ato administrativo que importe em ônus para o particular pode ser praticado sem fundamento legal"; ou para Helfritz, também citado, para quem o

princípio da vinculação legal opera "... como significado de que nenhum ato pode ser contra legem e que todo ato que onere particular carece de fundamentação legal", bem demonstra a conceituação inicial. Em Turegg, o princípio caracteriza-se pelo fato de que "... nenhum ato gravoso do particular pode ser emitido sem fundamento legislativo", complementando, porém, que "... para todas as medidas administrativas deve haver sempre em último termo a Lei, podendo actuar-se esse princípio de duas maneiras diversas: ou o legislador enumera as acções individualizadas que o agente pode cumprir, ou fornece "preceitos borracha", que à administração compete enformar a realidade"; era já então fato concreto a admissão de espaços de livre atuação da administração na dicção do Direito, em função até da transformação do próprio Estado.

NEBINGER, também citado por Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p. 66), ao expor as limitações legais da administração fala em "preeminência da lei" ou da "força da lei" significando que "... a lei não pode ser contrariada por qualquer actividade administrativa, pois a lei precede (*vorgeht*) todas as fontes jurídicas e contraria (*widersteht*) todas as atuações por outro estádio que não o legislador", pelo que é inferível que Nebinger evolui com um conceito que rompe com a lógica cartesiana expressa na função "lei - direito subjetivo" ao alargar o próprio conceito de lei, pois não exige para a reserva legal a existência de uma lei formal, bastando a existência de um princípio geral. Hans Peters afirma que o princípio da vinculação legal opera como uma ligação do administrador ao direito e o princípio da reserva da lei como "a necessidade de uma autorização especial ou geral por uma lei, ou, pelo menos, por um meio equivalente, para ataques da esfera individual"; Friedrich Giese conceitua a reserva legal como o "conteúdo de abranger

agora não só os atos que importem uma limitação ou um ônus do particular (*belastende*), mas também os que se traduzem somente na criação duma situação de vantagens (*begünstigende*)", demonstrando a evolução da idéia de que a vinculação legal estivesse preordenada à idéia de defesa das situações dos particulares à compreensão de efetivo pressuposto de toda atividade administrativa.

Toda evolução da idéia de submissão da administração à Lei operou aprimorando instrumental assecuratório do controle da administração contra atitudes que esta possa ter em relação aos administrados, invocável por estes quando sofresse violação dos seus direitos ou interesses; a forma da limitação, entretanto, sofreu historicamente uma transformação evolutiva, passando desde um controle externo, em razão de uma Administração que era livre nos termos da Lei, a partir dos direitos que seriam intangíveis pois pertencentes aos particulares, até a configurar essência da própria atividade administrativa, determinando alteração conceitual importante, pois a submissão da administração à Lei decorreu da submissão do próprio do Estado à Lei.

Contemporaneamente o conceito de atendimento ao "princípio da legalidade" resulta em que "... nenhum órgão ou agente da administração Pública tem a faculdade de praticar actos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior", como se assinala em Marcelo CAETANO (*op. cit.*, p. 30). O professor português põe como corolário do princípio da legalidade que: "... o órgão de cuja autoridade houverem dimanado as normas gerais não pode dispensar-se de as observar na resolução dos casos concretos que a elas devam subordinar-se" e "... todo o acto que num caso concreto esteja em desacordo com as normas gerais que lhe sejam aplicáveis é nulo ou anulável" (*op. cit.*, p. 31).

Um aspecto sensível da evolução do Princípio da Legalidade, referente ao crescimento das áreas de livre atuação da administração, é decorrente da própria transformação da concepção de Estado; apesar da submissão à legalidade ficar expressa em mandamentos e preceitos axiológicos e princípios retores da conduta administrativa, a administração passa a ser dotada, também, da prerrogativa de dizer o Direito em certos casos, como bem ensina Odete MEDAUER (1992, p. 143) em sua obra **O Direito Administrativo em Evolução**. Inegavelmente, porém, este aspecto que caracteriza a evolução do conceito posta-se como decorrente, pois só foi possível expandir a liberdade de atuação da administração pública a partir do momento em que esta passou a ter embutida em si, como regra de conteúdo, o respeito à Lei; se assim não fosse, por questão de segurança, é lícita a hipótese de que ainda prevaleceria a concepção de que a administração só poderia atuar no limite do patrimônio jurídico do terceiro a partir de uma dicção prévia da sua prerrogativa em cada caso. De qualquer forma, portanto, apesar de constatar-se uma evolução de método e de forma, a finalidade do princípio da Legalidade continua a ser, básica e genericamente, o controle da conduta da Administração - fundada, hoje, na concepção de que só é possível conferir à administração a liberdade de atuação que a dinâmica social contemporânea exige se esta tiver dentro de si a noção prévia do respeito à Lei.

Outro aspecto de sua evolução é descrito por Eros Roberto GRAU (1993, p. 91) em seu artigo **Poder de Polícia: Função Administrativa e Princípio da Legalidade: O Chamado "Direito Alternativo"**, respeito à própria substituição da "... noção de Estado-de-Direito formal pela de Estado-de-Direito material, sustentado sobre a concreção do princípio democrático e de uma ordem jurídica legítima";

essencialmente, a idéia, sustentada também por Canotilho conforme demonstrado adiante, é de que a ordem jurídica - e legalidade - deve ser construída observando a conformação "material" das normas infra-constitucionais à Constituição ou mesmo dos atos da administração e a sua legitimação neste aspecto material acontecer a partir da busca incessante da realização da Democracia pela atenção ao fim e alcance da lei.

Mais adiante deverá ser aprofundado o aspecto de que mesmo nas circunstâncias da tarefa administrativa que existem supostamente insucetíveis à regulação legal em razão da inviabilidade de uma ordem legal que subordine a toda atividade estatal, criando os espaços de discricionariedade, segundo Marcelo CAETANO (*op. cit.*, p. 31), a legalidade continua a vigorar "... na medida em que só existem os poderes discricionários quando conferidos por lei e em que pelo menos o fim de seu exercício é pela lei fixado também". Como veremos adiante, existe verdadeiro encadeamento entre o poder discricionário (cujo exercício não pode extrapolar aos limites objetivos do mérito composto por seus critérios de "oportunidade" e "conveniência"), legalidade (que opera como campo limite do exercício deste "poder discricionário") e o próprio "interesse público", (cuja prossecução é finalidade de toda atuação administrativa).

CAPÍTULO II - A PROSSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito, de um modo geral, tem existência finalística. Não há razão de existir o direito que não seja a regulação, cumprindo finalidade de organização social. O direito administrativo não foge a esta

regra, e aliás posta-se como um dos ramos técnicos em que mais se exponencializa a sua caracterização finalística, especificamente pela finalidade da administração pública de cumprir a lei de ofício. Marcelo CAETANO (1991, p. 14), em sua obra **Manual de Direito Administrativo**, releva a condição finalística da administração pública ao conceituá-la, em sentido orgânico, como sendo um "... sistema de órgãos hierarquizados ou coordenados a quem está atribuída a promoção e realização dos interesses colectivos por iniciativa própria, para execução de preceitos jurídicos ou por imposição do bem comum, e utilizando todas as técnicas adequadas à obtenção dos resultados visados, podendo também praticar atos jurisdicionais relacionados com a sua atividade fundamental".

A "prosecução do interesse público" é colocada por José TAVARES (1992, p. 71), em sua obra **Administração Pública e Direito Administrativo**, como efetivo "princípio fundamental da actividade administrativa", que subordina o exercício da administração pública, "constituindo como que um código da actividade administrativa" (op. cit., p. 69). Em relação à Constituição de Portugal e ao Código de Procedimento Administrativo, a "prosecução do interesse público" é encontrado, segundo o autor, como princípio reitor da conduta administrativa respectivamente, nos Artigos 266, nº 1, e 4º, figurando na Carta Constitucional, junto ao Título VIII, referente à "Administração Pública", nos seguintes termos: "A administração Pública visa a prosecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos".

Em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, Celso Antônio Bandeira de MELLO (1993, p. 19) analisa o conteúdo do regime jurídico administrativo e identifica como "... verdadeiro axioma reconhecível no

moderno direito público" a "supremacia do interesse público sobre o privado" ao lado da "indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos". O autor, considerando a subordinação da atividade administrativa à Lei e a indisponibilidade dos interesses públicos por parte desta mesma administração, cabendo-lhe tão somente "... curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente", compreende que esta esteja subordinada ao princípio (entre outros) da "obrigatoriedade do desempenho da atividade pública". Analisando com correção este princípio identificável no conteúdo do regime jurídico-administrativo, Bandeira de MELLO (*op. cit.*, p. 29) diz textualmente que "... a prossecução das finalidades assinadas [fixadas por via legal], longe de ser um 'problema pessoal' da administração, impõe-se como obrigação indiscutível" (destaque nosso). No mesmo sentido, continua o autor, na mesma página: "Como a atividade administrativa é de caráter serviente, coloca-se uma situação coativa: o interesse público, tal como foi fixado, tem que ser prosseguido, uma vez que a lei assim determinou. Daí a obrigação das pessoas administrativas prosseguirem o próprio escopo, característica tão realçada pelos autores".

CAPÍTULO III - O INTERESSE PÚBLICO NO PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição Federal brasileira impôs ao legislador infra-constitucional a estrita observância do atendimento ao "interesse público" no processo legislativo como condição de validade da norma que se cria. Assim é em razão da previsão de seu artigo 66, parágrafo 1º, que confere ao Presidente da República o poder de vetar projetos-de-lei aprovados pelo Poder Legislativo que considere inconstitucional ou

"... contrário ao interesse público". O Artigo referido faz parte do Título IV, Capítulo I, Seção VIII, que trata especificamente do "Processo Legislativo" e dispõe, justamente, do encaminhamento do Projeto de Lei, após sua aprovação por quaisquer das Casas do Legislativo em que tenha se encerrado sua tramitação, ao Presidente da República, podendo este exercer o seu poder de Veto. Efetivamente, está a tratar de passo intermediário em rito de caráter absolutamente "político", onde a norma está ainda em *lege ferenda*, visando lei a criar, mas a condicionante de um respeito *a priori* ao "interesse público" é determinante jurídica que condiciona a atuação política do legislador em sua função. Efetivamente, o "interesse público" que deverá ser qualificado na atuação do legislador é o mesmo que a administração deverá depois executar em favor da sociedade - até porque não há de se prosperar a criação de uma legislação que não opere, finalisticamente, (pela construção da legalidade) em contemplar as aspirações da sociedade (de onde provém sua legitimidade). Fica confirmada, ainda, a necessária identidade entre "interesse público primário" e "interesse público secundário".

Após eventual interposição de Veto, o Projeto-de-Lei retornará ao Poder Legislativo, onde, por disposição do mesmo Artigo 66, parágrafos 4º, 5º, 6º e 7º, o mesmo será apreciado, resultando a sua manutenção ou rejeição. A invocação do "interesse público" para sustentação do Veto por parte do Presidente da República só terá a apreciação feita pelo próprio Parlamento, sendo insindicável antes disso por tutela jurisdicional. Tal vedação, entretanto, neste momento, está mais ligada ao fato de que cumpre ao Senado e à Câmara ainda concluir o processo legislativo, quando o Veto poderá ser rejeitado, do que ao alegado de

que o "interesse público" trata de aspecto de cunho unicamente político, de toda forma insindicável.

O constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO (1992, p. 236), em sua densa obra **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo Para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, ao analisar a discricionariedade legislativa e tomar por base as normas constitucionais como "determinantes heterônomas" dos atos legislativos (determinando que "... se acentue a idéia de vinculação positiva dos actos legiferantes pelas linhas directivas materiais contidas nos preceitos constitucionais"), acaba por determinar fins para a legislação infra-constitucional vinculados, materialmente, por normas constitucionais. Segundo CANOTILHO, "[...]. A tarefa administrativa é ainda uma escolha concreta, acessória e complementar dos fins da Lei - é execução da lei - ao passo que a tarefa legislativa é, em grande medida, uma actividade inicial e autônoma de fixação de fins dentro dos quadros materiais da constituição - é qualificação de interesses públicos primários" (*op. cit.*, p. 237).

A dificuldade do controle da liberdade conformadora própria da atividade legiferante é analisada por Canotilho tendo por base o seu caráter volitivo e criador; enquanto apreciação jurisdicional pressupõe a existência de limites objetivamente mensuráveis que embasem uma decisão, estes são dificilmente verificáveis no caso de um procedimento que envolve ponderação de uma multiplicidade de interesses como é o da criação legislativa, ressaltando ainda a insindicabilidade do caráter político que envolve a decisão legiferante. "A indeterminação objectiva das normas vinculantes deixam ao legislador um espaço para decisões politicamente motivadas e, sob pena de transformar o controle judicial num controle político, tem de se subtrair

esta motivação política à fiscalização judicial" ensina CANOTILHO (*op. cit.*, p. 240). Entretanto, versando a obra do professor português sobre o carácter dirigente da Constituição, ou seja, a vinculação da atividade do legislador às normas constitucionais programáticas, acaba por criticar (*op. cit.*, p. 241) esta liberdade conformadora do legislador demonstrando a limitação da tese da "discricionariedade legislativa" - que acaba por deixar também aberta a questão dos "limites positivos e a força intrínseca determinante dos preceitos constitucionais" - e, mais precisamente, aponta que "... o problema central será o do apuramento da força determinante das normas constitucionais na actividade de qualificação do interesse público pelo legislador" (*op. cit.*, p. 241). Abordando a questão, o professor português lembra a condição inequívoca de limite negativo assumido pela Constituição em relação aos atos estatais, mas evolui para uma formulação da mensuração da gradação desta vinculação sob aspecto positivo estabelecida pela Constituição sobre a conduta legiferante infra-constitucional; isso determina, em análise mais apurada, um questionamento sobre qual o significado da constituição como determinante material dos actos legislativos e, como já visto, determina evolução ao próprio "princípio da legalidade" a ser observado também pela administração pública.

Avançando sobre este aspecto, CANOTILHO (*op. cit.*, p. 252) ensina que:

"Uma definição normativa do interesse público" (melhor: dos "interesses públicos") é necessariamente uma definição da "salus pública" a partir da constituição: *salus publica ex constitutione*. Pretende-se dizer que a determinação dos interesse públicos, quer nos casos em que se debate um problema de ordenação concordante de várias posições jurídico-individuais constitucionalmente protegidas (tarefa de "concordância prática"), quer nos casos em que se depara com uma contraposição dos "interesses objetivos da comunidade" com interesses individuais, é sempre um problema de relação material

Constituição-lei. A prossecução dos interesses públicos coloca, assim, o problema de saber como é que o legislador na escolha da prossecução desses interesses está sujeito a uma referência material constitucional".

Nesta tarefa, CANOTILHO (*op. cit.*, p. 252) classifica a existência de: "competência de concretização legislativa", ou seja, legislando sobre interesses previamente determinados pela constituição; "competência de qualificação legislativa positivamente vinculada", onde ao legislador não cabe apenas atuar concretizadamente, mas já tendo uma competência de qualificação dos interesses, tratando de casos de interesses absolutamente prevalentes da comunidade inclusive sobre direitos individuais, e cita como exemplo os direitos excepcionalmente sujeitos a restrições como o de greve; competência de qualificação negativamente vinculada", quando a constituição opera mais como limite negativo e o interesse público qualificado só poderá ser contestado quando contrário à ordem constitucional; e "competência de qualificação legislativa não arbitrária", ou seja, quando o âmbito da conformação é ainda mais lato, quando o legislador delibera alguns fins políticos aos quais restam apenas limites ligados à proibição do arbítrio e cita, como exemplo, o das relações internacionais.

Como visto, CANOTILHO (*op. cit.*, p. 257) destaca o princípio da constitucionalidade devendo ser entendido como princípio de conformidade material e formal da normatização infra-constitucional, e possibilita ponderar-se "motivos" e efetuar-se a superação da separação positivista da "lege ferenda" e "lege data", determinando que a legitimidade deve ser apreciada como condição de compatibilidade e conformidade da lei em relação à constituição, o que pressupõe um aprofundamento da heteronomia vinculante positiva

das normas (e determinando influência evolutiva sobre o próprio conceito de "Princípio da Legalidade"). A questão da qualificação do interesse público na atividade legiferante relacionado com o problema das determinantes constitucionais heterônomas ganha, então, grande sensibilidade com a incorrência na possibilidade de atuação legislativa defeituosa ou excessiva, sob estes aspectos descritos, e o próprio Canotilho pergunta: "como passar, pois, de um controlo de inconstitucionalidade, onde apenas se lida com a idéia de vício único quanto ao objecto, para um controlo que diz respeito ao modo de exercício da função legislativa?" O caminho indicado pelo constitucionalista é o de possibilitar a captação, pela via jurídica, de eventual "excesso" (*op. cit.*, p. 265) consubstanciado no menosprezo às finalidades da norma constitucional, ou na substituição destas por determinantes autônomas contraditórias, incongruentes ou que não sejam consentâneas com os fins e diretivas materiais da constituição. Não coloca sob análise (*op. cit.* p. 266) o primado da decisão legislativa, a devassa nas motivações do legislador ou mesmo a sua liberdade de conformação "... mas a idéia do legislador onipotente que pode dispor livremente dos "fins" dos actos legislativos fica justamente abalada: a apreciação da relação material constituição-lei através do pensamento da discricionariedade converte-se em ponto central do 'judicial self restraint'". Basicamente, a determinação de "excessos" do poder legiferante - tendo por base a necessidade de este ater-se a uma referência material constitucional como modo de atender à prossecução do "interesse público" - é, também, forma de resposta àquela "autolimitação" dos Juízes à apreciação de aspectos "políticos" quando da apreciação concreta de

questões através das ações típicas, ou oportunidades possibilitadas, de questionamento de constitucionalidade existentes no ordenamento.

Analisando o assunto, Caio TÁCITO (1993, p. 62), em seu artigo **Desvio de Poder Legislativo**, ensina que o "... abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva de competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação". A tese central defendida pelo Professor Catedrático da Universidade do Rio de Janeiro é de que a validade da lei, como ato oriundo do Poder Legislativo, está condicionada ao atendimento da finalidade contida na norma constitucional que fundamentou a atuação legiferante. Concordando com a existência de uma discricionariedade legislativa, porém "... sustentando a necessidade de temperamento da latitude discricionária..." (*op. cit.*, p. 66), o autor manifesta seu entendimento de que o princípio geral de direito de que a competência discricionária tem como limitação a estrita observância "... da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador".

Caio TÁCITO cita o Mandado de Segurança 16.912 que, em 31 de agosto de 1967, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, abordava o tema do desvio de poder como vício do próprio ato legislativo; o Ministro Pedro Kely, apreciando a matéria que tratava de lei de organização judiciária que recebera emenda em benefício de um serventuário, afirmou tratar-se de "... reforma judiciária e a emenda representou um desvio de poder da própria legislatura", (*op. cit.*, p. 66). Citando textualmente o Ministro Pedro KELLY: "Tenho por demonstrado

que a emenda não obedeceu ao presumido escopo de interesse público e sim uma inspiração que em por equânime ou reparadora (como pareceu ao interveniente) deixa de ser particularista ou de favorecimento pessoal" (*op. cit.*, p. 66). No mesmo Mandado de Segurança, publicado na RTJ 47/650 e 48/165, o então Ministro Aliomar Baleeiro admitiu a existência de desvio de poder mesmo em fora de caso de inconstitucionalidade (*op. cit.*, p. 67).

A finalidade da competência legislativa como limite ao poder discricionário do legislador foi pioneiramente sustentada por Santi ROMANO, citado por Caio TÁCITO (*op. cit.*, p. 67), em sua livre tradução. Santi ROMANO (1950, p. 199) ensinava já em 1902 em seu artigo *Osservazioni preliminari per una teoria sui limite della funzione legislativa nel diritto italiano*, publicado no *Arquivo dell Diritto Pubblico* que:

"... a figura do poder discricionário reclama precisamente que dele se faça uso conforme à finalidade, da qual o próprio poder deriva; há de outra forma um desvio de poder, que constitui uma violação de direito, no sentido próprio da palavra. São conceitos estes de aplicação comum no que se refere à competência dos órgãos administrativos, e não se saberá indicar porque não parecem se referir, em sua generalidade, ao Parlamento. Em certos campos de sua competência legislativa, este não possui poderes sem fronteiras, mas poderes discricionários, importa dizer, limitados pelo menos da obrigação de fazer uso por motivos determinados".

TÍTULO VI

PROJEÇÕES DA NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

CAPÍTULO I - INTERESSE PÚBLICO E ATOS ADMINISTRATIVOS

O Professor Edson Ribas MALACHINI (1990, p. 99) , em sua notável obra **Ato Administrativo**, ensina que o "interesse público", ou o atendimento a este, traduz-se como verdadeira finalidade, "meta optata", do ato administrativo. O fim do ato não é parte de sua constituição, para o autor, posto que se assim o fosse "...seria sempre alcançado com a prática do ato, o que nem sempre acontece". Diz, textualmente que "O fim do ato administrativo também não é interno a ele; não é, pois, seu elemento. É alvo, objetivo; é o interesse público específico que a lei tem em vista, ao conferir a competência ao agente; é a finalização que não pode ser desvirtuada pelo administrador, na realização do ato, sob pena de cometer desvio de poder" (*op. cit.*, p. 96). Vale lembrar, ainda, que Celso Antônio Bandeira de MELLO (1992, p. 185), em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, coloca a finalidade como "pressuposto teleológico" do ato administrativo, (distinguindo de "elemento" do ato administrativo, que é condição afeta à sua existência). Professor Fernando Andrade de OLIVEIRA (1993, p. 111), em seu artigo **Administração Pública e Ato Administrativo**, estuda a divergência acerca da identificação, terminologia e significado dos chamados elementos do ato administrativo e coloca a finalidade não como elemento do ato mas como seu "requisito de validade", ou "pressuposto" seu, concordando com a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello. Vale aqui lembrar a lição destoante de Marcello CAETANO (*op. cit.*, p.

428) que define ato administrativo como "... conduta voluntária de um órgão da administração que, no exercício do poder público e para a prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos num caso concreto" e ao destringer seus elementos (*op. cit.*, p. 439), insere dentre estes a "prossecução de interesses". Para este autor, portanto, a finalidade ("prossecução de interesses") é elemento do ato administrativo.

Inexiste ato que não vise ao atendimento de certo interesse - até pela já abordada concepção finalística da própria existência da administração pública - embora possa até não alcançá-lo ou desviar-se dele, dolosamente ou não; por outro lado, pode até ser que a prossecução de interesses não se constitua em "elemento" do ato administrativo, posto que o "desvio de finalidade", ou "desvio de poder", não determina a sua inexistência, mas o que mais se destaca é que este opera efetivamente como determinante de ilegalidade do ato administrativo - e nisso os autores concordam.

Se nos atos vinculados o juízo de mérito é esgotado no processo legislativo, no caso da discricionariedade, resultante do fato do legislador conferir ao administrador a escolha dos meios para a prossecução do "interesse público", a questão assume outros contornos e sua melhor definição passa por um aprofundamento da relação entre mérito e legalidade. É verificada uma evolução do tratamento conferido ao mérito do ato administrativo a partir do aprofundamento no conhecimento dos seus fatores "oportunidade" e "conveniência", refletindo de modo significativo sobre a questão de sua sindicabilidade. Tal evolução - que, como costuma acontecer, atinge primeiro a doutrina e só depois a jurisprudência - contemplou um posicionamento inicial de absoluta insindicabilidade jurisdicional do

mérito, por seu absoluto divórcio com a legalidade, como ensinava Seabra Fagundes. Atualmente, a doutrina já pugna pela sindicabilidade do mérito para verificação de sua atuação dentro de limites estabelecidos para regular a discricionariedade e coerção naquilo que exorbite tais limites.

Dentre estes limites, podem ser apontados: inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade do objeto, desconformidade do objeto e ineficiência do objeto - de modo que ao examinar os motivos seja avaliada a oportunidade do ato enquanto o exame do objeto permite que seja avaliada a conveniência do ato - tal como propõe Diogo de Figueiredo Moreira LEITE (*op. cit.*, p. 60), para quem o Judiciário é competente para contrastar o ato discricionário praticado pela administração pública "... com padrões objetivos que conduzam à satisfação da legitimidade implícita na finalidade legal", ou seja, examinar se houve a "... consentaneidade do mérito com o interesse público específico" (*op. cit.*, p. 61).

O mestre paranaense e Professor da Universidade Federal do Paraná, Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO (1993, P. 148), em sua obra **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa**, aponta como limites à discricionariedade apreciáveis juridicamente "... a) o sentido do objeto; b) a forma não adequada; c) a falta de motivo; d) o móvel não determinado."

Em seu artigo **Conceito de Mérito no Direito Administrativo**, Miguel Seabra FAGUNDES (1950, p. 6) ensinava que "... o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração. Ou, noutras palavras: é o sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao

mesmo tempo, o ajusta a interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta". Mais adiante em seu artigo, esclarece que que "[...]. O mérito do ato administrativo está no seu sentido de conteúdo político. Traduz-se, praticamente, na justiça, na equidade, utilidade, razoabilidade, oportunidade, conviência, etc., de cada medida tomada pela administração". Seabra FAGUNDES distinguia mérito e legalidade, que:

"... impõe-se em virtude da divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas. A necessidade de discriminar, na terminologia do Direito Administrativo, estes dois setores - um de atuação sucessiva do Executivo e do Judiciário, outro de atuação exclusiva do Poder Executivo - é que explica a adoção das expressões legalidade e mérito. Aquela definindo o âmbito da atuação executora, inicialmente competindo à Administração Pública, e, posteriormente, em grau de revisão, ao Poder Judiciário; esta outra significando o setor privativo dos órgãos da administração" (*op. cit.*, p. 14).

Em Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES, mérito e legalidade também são distintos, mas isso não significa a insindicabilidade do mérito, justamente por sua necessária vinculação ao "interesse público". Para Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES (*op. cit.*, p. 207), mérito é "... o merecimento do acto em vista do fim que se propõe, o seu valor, a sua utilidade". Mérito e legalidade, segundo o autor, "... não são dois terrenos vizinhos, duas esferas de repartição da actividade do agentes, quando de facto do que se trata é apenas de duas ordens de considerações diversas, de dois pontos de vista para ajuizar a mesma actividade" (*op. cit.*, p. 207). Isso não implica, porém, que a idéia de mérito signifique sua insindicabilidade, pois "... ao mérito interessam todas as considerações que digam respeito à real adequação do acto à satisfação da necessidade pública" (*op. cit.*, p. 235). Melhor

esclarecendo, vale lembrar, ainda, a lição de Rogério Guilherme Ehrhardt SOARES que, diz:

"[...] Quando se fala em discricionariedade o que se tem em vista é uma especial qualificação dum poder - a liberdade de escolha do conteúdo do acto em si ou na sua dimensão. Quando se fala em legalidade ou mérito, o que se pretende significar é a adequação dum acto a determinados padrões. Se os resultados do uso dessa liberdade podem ser apreciados como tais ou tais, isso é uma questão inteiramente diferente, e que de nenhum modo legitima que se fale numa zona de discricionariedade, intermédia entre a legalidade e o mérito e partilhando caracteres dessas duas outras zonas. Esta idéia tem ainda muito de subconsciente daquelas outras que se apoiavam na existência de uma categoria autônoma de actos discricionários, idéia esta que hoje têm de cair perante um reconhecimento do aludido fenómeno da punctualização da discricionariedade" (op. cit., p. 275).

A relação de complementariedade que deve haver entre vinculação e discricionariedade - não podendo ser entendidos como conceitos antitéticos - faz com que as zonas de operações de ambos mereça uma melhor definição e, relativamente à discricionariedade, é lícito entender a existência de princípios e condições finalísticas que dão coerência ao sistema. Fritz FLEINER (1933, p. 96 e seg.), em sua obra *Les Principes Generaux du Droit Administratif Alemant*, fala da "Ermessensuberschreitung", ou excesso do poder discricionário configurador de ilegalidade por extrapolação de condicionamentos essenciais do ato, tratando-se esta de uma questão de direito e não de apreciação discricionária.

Diz o autor, *in verbis*:

"Les normes de la loi sont cependant infrangibles même par le pouvoir discretionnaire. Par suite, la question où commence et où finit le domaine du pouvoir discretionnaire de l'autorité est de nouveau une question de droit et non d'appréciation. L'excès de pouvoir discretionnaire constitue une illégalité. Mais les limites extérieures ne sont pas les seules que l'autorité doit respecter. Son pouvoir discretionnaire comporte aussi des limites

interieures: ie leui est interdit d'agir arbitrairement dans la sphère de liberté qui leui est laissée; elle ne doit, dans l'exercice de son pouvoir discretionnaire, se laisser influencer dans chaque espèce que par les seuls éléments que la loi a voulu voir prendre en considération dans un cas de cette nature. L'abus de pouvoir discretionnaire est juridiquement équivalent à l'excès de pouvoir discretionnaire".

Diogo de Figueiredo Moreira LEITE (*op. cit.*, p. 31) concorda com Seabra Fagundes que o mérito encontra-se no sentido político do ato administrativo, que, por sua vez, "... decorre da função de atender ao interesse público, para o desempenho da qual a administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei". Estes aspectos definitórios atribuídos pelo legislador ao administrador são referentes à "oportunidade" e "conveniência" da ação administrativa, compondo a dimensão do mérito da ação administrativa. A sindicabilidade do mérito, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Leite, acontece dentro daqueles já mencionados limites estabelecidos para regular a discricionariedade, além dos quais a tutela jurisdicional tem o poder-dever de se fazer presente.

Finalidade do ato administrativo, mérito e legalidade são aspectos necessariamente relacionados, como se aprende na lição de José CRETELLA JÚNIOR (1993, p. 221) em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, que demonstra, com clareza, que os juízos de "oportunidade" e "conveniência" elaborados no exercício do poder discricionário percorrem "... o terreno demarcado pela legalidade atendendo, apenas, ao elemento fim". No mesmo sentido, Caio TÁCITO (1969, p. 28), em seu livro **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**, ensina, com clareza, que "A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos". Basicamente, portanto, o mérito dos atos

administrativos é plenamente sindicável para controle dos limites objetivos do exercício discricionário; dentre estes limites encontra-se, segundo a lição de Diogo de Figueiredo Moreira LEITE (*op. cit.*, p. 54) já vista, a desconformidade do objeto com a sua finalidade, transpondo limite à conveniência, incorrendo em desvio de poder e determinando ilegalidade.

Carlos Ari SUNDFELD (*op. cit.*, p. 34) entende que "Não existe vício de mérito que não se reduza a um vício de legalidade" e sustenta este posicionamento baseado na argumentação de que em todo ato, quando inconveniente ou inoportuno, é ilegal e inválido. A lógica do raciocínio é de que o ato administrativo sendo inoportuno e inconveniente acaba por desatender ao dever legal da prossecução da sua finalidade de "interesse público", viciando um pressuposto deste mesmo ato administrativo e acarretando sua ilegalidade. Celso Antônio Bandeira de MELLO (*op. cit.*, p. 82), em seu **Curso de Direito Administrativo**, ensina que "... extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que agente adote para decidir-se que não tenha sido idoneamente orientado para atingir o fim legal". Esta mácula à legitimidade determina, em última análise, ilegalidade, pois trata-se (a legitimidade) de um "... requisito legalmente exigível à ação administrativa pública e leva à invalidade os atos que não atendam à finalidade a que expressa", conforme ensina Diogo de Figueiredo Moreira LEITE (*op. cit.*, p. 17).

Vale lembrar, ainda, a lição de Marcello CAETANO (*op. cit.*, p. 508) dada em resposta à pergunta de qual seria o fim do poder discricionário: "... é o fim para que a lei o conferiu ao órgão" e caracteriza o fato de sua inobervância como "desvio de poder", que considera "... uma espécie de ilegalidade e não, como alguns pensam, mera imoralidade

administrativa". (Deve ser considerado que a moralidade é, atualmente, no Direito Brasileiro, parte substancial do ato administrativo e a sua ausência implica na própria ilegalidade e anulação do ato; de qualquer forma a "moralidade" pode ser apreciada tanto nos seus elementos de motivo quanto na "... situação concreta que visa atingir", ou seja, na "finalidade" do ato administrativo, como ensina José Augusto DELGADO (1993, p. 208) em seu artigo **Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988**, publicado na **Revista Trimestral de Direito Público**.)

O "interesse público" condiciona, inclusive, os atos administrativos revogatórios. José Robin de ANDRADE (1969, p. 268), em sua obra **A Revogação dos Actos Administrativos**, coloca dentre os requisitos legais do fim do acto de revogação discricionário a exigência de um fim de "interesse público". Segundo o autor:

"[...] A revogação que se traduz na emanção do acto discricionário não resulta do exercício de poder arbitrário da Administração. Por isso se entende que o acto discricionário de revogação, porque discricionário e sujeito ao princípio da legalidade, e não meramente arbitrário, para ser válido carece de visar a prossecução de um fim legal. Coloca-se assim, por consequência, o problema da determinação do fim legal do acto revogatório discricionário. O fim, como elemento do acto discricionário, consiste sempre num interesse público concreto e específico que, ao impor-se à acção da autoridade administrativa, permite integrar o poder discricionário no seio do princípio geral da legalidade administrativa, pedra angular do moderno Estado de Direito".

Caio TÁCITO (op. cit., p. 62) ensina que a noção de "desvio de poder" foi construída no Conselho de Estado da França a partir do caso "Lesbats", de 1864, e que tratava da negação de uma autorização pela Municipalidade do estacionamento de dada empresa de transporte de passageiros em estação próxima da estrada de ferro, caracterizando

benefício a outra empresa que buscava ter assegurada a exclusividade do serviço. Decidiu o Conselho tratar-se de excesso de poder, que no entendimento de Caio Tácito pode ser caracterizado pelo "... caso em que a autoridade praticasse determinado ato usando de seus poderes legais, porém visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" (*op. cit.*, p. 62). Em seu livro **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**, Caio TÁCITO (*op. cit.*, p. 28) ensina que "... o abuso de poder surge com a violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica. Tanto da legalidade externa do ato administrativo (competência, forma prevista ou não proibida em lei, objeto lícito) como da legalidade interna (existência de motivos, finalidade)". A desatenção à prossecução do "interesse público", portanto, nos atos cometidos no exercício do "poder discricionário" representa efetivo "desvio de poder", ou de "finalidade", que afeta ao requisito "pressuposto teleológico" - segundo Celso Antônio Bandeira de Mello - ou "elemento" - segundo Marcello Caetano - do ato administrativo e está dentro da esfera sindicável do ato administrativo.

Caio TÁCITO (*op. cit.*, p. 65) ensina que a Itália adotou a teoria do "desvio de poder" (*sviamento di potere*), como figura relacionada à violação da finalidade legal. Citando estudo efetuado por Júlio A. Prat, o mesmo autor relata a acolhida do "desvio de poder", de idêntica forma, em Países tanto de jurisdição administrativa autônoma (na França como "détournement de pouvoir") quanto unitária; a Espanha passou a acolher recurso com base no "desvio de poder" a partir da "Lei Jurisprudencial do Contencioso Administrativo", de 1956. Dos Estados Unidos, Caio Tácito cita julgados em que o desvio de finalidade estão patentes a sustentar revisão de atos da administração (case *Yich Wo. vs. Hopkins* (118 US

356,1886); case Kennedy Park Homes Associatons vs. City of Lackaiwann (401 US 1010,1971). A doutrina e a prática brasileiras já consagraram o "desvio de poder", ou de finalidade, e mesmo a legislação referente à Ação Popular, Lei 4717, de 29 de junho de 1965, em seu Artigo 2º, alínea "e", prevê que o desvio de finalidade, passível da determinação da nulidade do ato administrativo, "... se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente na regra de competência" .

Dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná reconhecem a competência do Poder Judiciário sindicarem os limites do mérito dos atos administrativos:

1. "Acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, aglutinados em sua Primeira Câmara Cível, por Unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos voluntários, mantendo-se 'in totum' a sentença em grau de reexame necessário. Desapropriação. Mandado de Segurança. Decreto Municipal Declaratório de Utilidade Pública de imóvel de propriedade do impetrante destinado à ampliação de parque industrial do município com a doação da área expropriada a empresa particular para construção de fábrica de mandioca. Inviabilidade. Inexistência de parque industrial a ser ampliado. Doação ilegal. Segurança concedida. Recursos voluntários e remessa necessária manifestados. Desvio de finalidade. Possibilidade de análise do mérito do ato administrativo (Princípio da Impessoalidade e da Moralidade - Art. 37 da Constituição Federal). Doação ilegal. Direitos líquidos e certos do proprietário impetrante violados, Cassação dos efeitos do Decreto hostilizado. Improvimento dos recursos. [...] (2) Ao Poder Judiciário incumbe perquirir acerca do mérito do ato administrativo, vez que só assim poderá constatar acerca da existência do respeito aos princípios da oralidade e da impessoalidade, a cuja obediência está genuflexo o Poder Público, nos termos do Artigo 37 da Atual Constituição Federal." (Apelação Cível e Reexame Necessário número 0011082900 - Origem: Cruzeiro do Oeste - Des. Rel.: Oto Sponholz - Des. Rev. :Osiris Fontoura - Unânime - Julgamento: 11.12.90 - Acórdão 7517).

2. "Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por Unanimidade de

votos, em negar provimento ao apelo para manter na íntegra a R. decisão monocrática ora em exame, or força da remessa obrigatória. Ementa: Mandado de Segurança - Concurso Público - Advogado de Município - Respeito obrigatório à ordem de classificação - Nomeação - A título de cargo de confiança - Do segundo colocado - Preterição inadmissível. Alegação inaceitável da discricionariedade do Chefe do Poder Executivo: inconveniência e inoportunidade do provimento do cargo efetivo - Segurança concedida - Direito à nomeação assegurada para o impetrante, primeiro classificado no certame - Apelação improvida - Decisão mantida em grau de reexame necessário - Direito líquido e certo reconhecido em favor do impetrante - Ato ilegal da autoridade administrativa: desvio de finalidade e quebra do princípio de moralidade - Artigo 37 da Constituição Federal. (1) Ato administrativo. Análise do seu conteúdo. Possibilidade. Ao Poder Judiciário incumbe analisar o conteúdo do ato administrativo, a fim de constatar se os princípios constitucionais que o informam foram pela administração pública rigorosamente obedecidos. (2) Artigo 37 da Carta Magna. Violação. Ineficácia do Ato Administrativo que o desrespeita. Desvio de finalidade e quebra da moralidade." (Apelação Cível e Reexame Necessário número 0021094200 - Origem: Formosa do Oeste - Des. Rel.: Oto Sponholz - Des. Rev.: Osiris Fontoura - Unânime - Julgamento: 6.10.92 - Acórdão: 8922).

A apreciação dos limites do exercício do poder discricionário, ou seja, dos juízos de oportunidade e conveniência que compõem a discricionariedade, está bem expressa nos seguintes julgados:

"Ato discricionário é aquele que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e dos modos de sua realização. É discricionariedade a liberdade de ação dentro dos limites legais. Se exercida dentro desses limites, nas condições que se reputem mais convenientes ao interesse público, que há-de constituir sempre o objetivo da administração, nada tem de arbitrário ou ilegítimo e nem deve o administrador de abster-se de utilizá-lo em benefício comum" (Apelação Cível e Reexame Necessário número 274/88 - Origem: Cascavel - 2ª Câmara Cível - Acórdão 5819 - Des. Rel.: Negi Calixto - Des. Rev.: Sydney Zappa - Unanimidade - Julgamento: 31.10.88).

"Administrativo. Telecomunicações - Ato de cassação de permissão para exploração de serviços de radiodifusão. Cassação motivada. Vinculação da administração aos motivos determinantes do ato. Desvio de poder. 1) Como ato administrativo precário, de natureza discricionária, a permissão pode, em princípio, ser cassada sem motivação. Mas, ao motivá-la, a administração vincula-se aos motivos

determinantes do ato, ficando obrigada, se questionada, a comprovar sua ocorrência, porque a discricção cessa onde começa o direito individual. 2) Ato administrativo praticado, não por interesse público mas tendo por objetivo resultado político." (TFR - Apelação Cível - Origem: São Paulo - Acórdão 08827164 - 1ª Turma - Julgamento: 25-10 -88 - DJU de 12.12.88 - Volume 165 - p. 193).

CAPÍTULO II - INTERESSE PÚBLICO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os contratos administrativos podem ser alterados e até rescindidos pela invocação de motivos de "interesse público". O professor adjunto da Universidade de São Paulo, Carlos S. BARROS JÚNIOR (1986, p. 83), em sua obra **Contratos Administrativos**, ressalta que as rescisões dos contratos administrativos podem dar-se por inexecução do particular "... ou por fato previsto, da rescisão por conveniência do serviço, por motivo de interesse público, ainda quando nenhuma culpa se possa atribuir à outra parte". No caso da invocação de motivo de interesse público, entende-se tratar de preceito integrante da própria teoria dos contratos administrativos - quase que elevando o termo à condição de verdadeiro dogma.

Contrato pode ser entendido como "... convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou mais pessoas, a dar, fazer ou não fazer certa coisa" (Code Civil de 1894, Artigo 1101), expressando, desta forma, uma noção genérica de ajuste entre pessoas para obrigar mutuamente. Na lição de GILISSEN (1986, p.729), está inserto, portanto, originalmente, no direito obrigacional cujo desenvolvimento, por sua vez, pode ser considerado diretamente proporcional ao próprio desenvolvimento das sociedades. Mesmo na Grécia, que nos séculos VIII a V a.C. atingiu um nível de estruturação social com méritos sem atribuir esta tarefa

preponderantemente ao Direito, (afinal, com exceção do breve período de Alexandre Grande, não houve unidade jurídica na Grécia Antiga e sequer importaram-se em sistematizar suas instituições) o Direito Obrigacional esteve presente, embora com características de formação apenas pela vontade das partes, sem os formalismos adquiridos no domínio Romano. Nas sociedades da época feudal da Europa Ocidental, confirmando a regra, pelo caráter fechado de suas economias, pelos laços de solidariedade familiar e pela limitação da liberdade de ispor dos bens, o Direito Obrigacional quase inexistiu, ao contrário, por exemplo dos locais onde vigorou em dado momento, o Direito Romano, Germânico, Franco e Canônico.

O consensualismo, como característica dos contratos - figura inserta no Direito Obrigacional - pode ter a sua origem na evolução do Direito Canônico, na medida em que a Igreja, ligando a mentira ao perjúrio, desde cedo valorizou a palavra empenhada e, também, na prática costumeira dos séculos XII e XIII, com o desenvolvimento das atividades econômicas em algumas regiões da Itália, França e Países Baixos. A partir do Século XVI, com a evolução de uma concepção individualística do Direito, em razão, principalmente, do desaparecimento das comunidades clânicas, aldeãs ou familiares, e o surgimento da Escola do Direito Natural com o Humanismo, passa a vigorar junto com o consensualismo a doutrina da "autonomia da vontade", anteriormente não reconhecida em razão da supremacia do interesse da comunidade familiar e religiosa da sociedade feudal. A liberdade contratual, com base no consensualismo e autonomia de vontades teve seu ponto máximo na Escola Exegética do Século XIX, fundamentando um liberalismo que refletiu-se na economia, extensivo, posteriormente, ao relacionamento entre patrões e

empregados numa época de grande evolução industrial e comercial, acarretando o surgimento da classe proletária.

As reações ao consensualismo e à autonomia de vontades surgiram na segunda metade do Século XIX e, sobretudo, no Século XX. Comte, Saint-Simon, Marx, denunciaram os abusos da liberdade contratual, em especial em relação aos trabalhadores que encontravam-se em situação de somente poder aceitar compulsoriamente contratos impostos pelos patrões, encontrando defesa precária, apenas, nos recém surgidos sindicatos. As relações contratuais passaram a sofrer, desde então, intervenção das disposições estatais destinadas não prejudicar o indivíduo isolado e hipossuficiente. No campo do trabalho, o desenvolvimento maior é representado pela inexistência da liberdade individual de convenção, passando as relações a serem determinadas por grupos representativos (sindicatos patronais e operários). Hoje, segundo Héctor Jorge ESCÓLA (*op. cit.*, p.157), de um modo geral as características da teoria dos contratos assenta-se sobre um marcado debilitamento do princípio da autonomia da vontade e na implantação de fórmulas contratuais prévias e de caráter geral.

A doutrina obrigacional brasileira consagra o contrato como termo a designar o negócio efetuado bilateralmente com efeito vinculante e desejável de todas as partes. Exige, como pressupostos extrínsecos à sua configuração, haver capacidade das partes, idoneidade de objeto e legitimação para realizá-lo e, como requisitos intrínsecos, o acordo e sua forma. Como elemento de natureza contratual figura o mútuo consentimento. Efetivamente, enquanto categoria jurídica, o contrato, além dos seus fatores internos e hierarquizados (como, por exemplo, uma restrição à premissa "pacta sunt servanda" pela prioridade da cláusula "rebus sic stantibus"), submete-se à necessidade da

convivência harmônica com as demais regras do ordenamento e aos princípios gerais de Direito e determinações políticas de fundo do sistema jurídico. Tem, portanto, situação relativamente definida dogmaticamente.

O contrato adentra à função pública comportando gênero e espécie. "Contrato da Administração", termo genérico, contempla concepção de contrato tanto operante com características somente de Direito Privado (locando imóveis de terceiros, por exemplo, ou quando a administração busca alcançar suas finalidades de interesse público de uma maneira indireta ou mediata, desenvolvendo uma atividade que não seja tipicamente administrativa) quanto assimilando características do Direito Público. "Contrato Administrativo", termo específico, contempla a concepção de contrato operante necessariamente dotado da prerrogativa da supremacia do Poder Público através da possibilidade de mutabilidade unilateral da relação contratual pelas cláusulas exorbitantes - que seriam ilícitas no contrato puramente privatista. Este poder de mutabilidade unilateral é inerência da administração; ainda que não venha isso expresso, entende-se como preceito de ordem pública irrenunciável característico da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Entretanto, de qualquer forma que assuma, mantém-se, por princípio, a "lex inter pars" e "pacta sunt servanda" como regras gerais em todas as atuações do Poder Público como contratante. O antigo Código de Contabilidade Pública (Lei Federal 4356, de 28 de janeiro de 1922), regulamentado pelo Decreto 15.783, de 8 de novembro de 1933, em seu Artigo 766, já dispunha que "Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontade e ao objeto, observadas, porém,

quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo". A nova Lei de Licitações, Lei 8666, de 21 de junho de 1993, apesar de não de forma expressa, segue o mesmo sentido.

Hector Jorge ESCÓLA (*op. cit.*, p. 231) ensina que o contrato administrativo caracteriza-se como tal "...por ter uma finalidade de interesse público", do que decorrem as suas demais características diferenciativas do contrato regidos pelo direito comum. Colocando o consentimento como "elemento essencial básico" da caracterização dos contratos administrativos, Escóla entende que a vontade administrativa que concorre para a formação do consentimento é juridicamente regulada por normas específicas de direito administrativo, determinando que eventuais transgressões ao ordenamento operam como efetivos vícios que afetam a validade do contrato firmado. A presença do fim de atendimento ao interesse público é que determina, em última análise, a presença dos princípios e potestades que regem a execução contratual e a possibilidade da exigibilidade de sua continuidade ao particular contratante.

Em sua notável obra **Obrigações Administrativas**, o Professor Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO (1983, p. 205 e seg.) coloca o "interesse público", ao lado do "serviço público" e "obrigações correspondentes", como elemento externo do contrato passível de acompanhamento até a consecução de sua finalidade, de forma que "... o fundamento interesse público objetiva-se no serviço público, e respalda-se em obrigações". Segundo o Professor paranaense só com a afetação do interesse público, ou do serviço, é que se autoriza tocar na obrigação e caso verificada a hipótese "... descaracteriza as obrigações com respeito à conduta das partes, recomendando face ao

interesse público, medidas condizentes em favor do serviço que se quer realizado com eficiência".

A administração pública deve operar o seu poder de mutabilidade unilateral dos contratos administrativos - além dos casos tipificados como "factum principes", "fato da administração" ou "imprevisão" - dentro de limites específicos. Não há, efetivamente posituação legal destes limites à invocação de cláusula exorbitante mas a prática incorporou princípios expressos na doutrina, preferindo, justamente, apreciá-los a partir de contraposição de padrões apresentados em casos concretamente problematizados, com estrita observância da subsunção aos Princípios Gerais de Direito, que alberga a necessária "boa-fé" e "probidade", exigíveis da administração através de sua obediência ao princípio reitor da "moralidade", previsto no Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, além do que a mutação unilateral das condições avençadas não fica ao arbítrio da administração mas dentro do exercício de seu poder discricionário, submetido aos limites legais e de finalidade da conduta administrativa.

O Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Edmir Netto de ARAÚJO (1987, p. 130-131), em sua obra **Contrato Administrativo**, conceitua a mutabilidade do contrato administrativo como "... poder-dever do Estado de alterar uma ou as várias de suas cláusulas contratuais por interesse público". Coloca, portanto, o "interesse público" como efetiva finalidade da própria contratação. Citando Miguel REALE (1969, p. 47-48) em sua obra **Direito Administrativo (Estudos e Pareceres), Mutabilidade dos Contratos Administrativos**, o autor restringe a mutabilidade justamente à necessidade de respeito ao "interesse público" ao transcrever que "... o poder de introduzir, unilateralmente, alterações nos contratos (de

concessão), encontra limites naturais, que não só excluem o arbítrio, como balizam a discricionariedade da autoridade administrativa". Transcrevendo Hely Lopes MEIRELLES (1984, p. 171-172), em sua obra **Direito Administrativo**, o autor ensina que "... é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos que a sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratante". A já referida Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, relaciona, em seu Artigo 78, as "razões de interesse público" como autorizatórias a fundamentar inexecução ou rescisão dos contratos administrativos, destacando, porém, a necessidade de sua justificação.

Toda inexecução ou rescisão, portanto, deve ser encarado como uma excepcionalidade à normalidade do cumprimento do mutuamente avençado. Em relação à administração pública esta característica se exponencializa na medida em que há o pressuposto de que o inicialmente pactuado atenderia ao interesse público. A sua não consecução, portanto, deve atender situação excepcional motivante bastante definida e cuja verificação passa, também, pela necessidade de manutenção do "interesse público". Dessa forma, a mutabilidade dos contratos administrativos passa a exigir um motivo legal à sua verificação. A variação do "interesse público" passa a ser, então, objeto de mensuração pela contraposição dos padrões fáticos apresentados, necessariamente efetuado também com a verificação de alterações nas condições de cumprimento do avençado. Assim, é passível de avaliação por tutela jurisdicional e dotado de ampla cogência. Dessa forma, o "interesse público", antes de ser válvula de escape para permitir atuação indevida da administração pública no descumprimento do pactuado, deve posta-se como fator restritivo à

utilização deste como expediente, já que somente na sua verificação efetiva é que se permite a mutabilidade unilateral dos contratos administrativos.

CAPÍTULO III - INTERESSE PÚBLICO E GERENCIAMENTO DE RECURSOS HUMANOS NO SETOR PÚBLICO

O gerenciamento dos recursos humanos do setor público é matéria que se submete às regras de Direito Público e, por decorrência, às projeções da noção de "interesse público". Isso é determinado a partir da inserção, no texto constitucional de regras cujos destinatários são o Estado e os servidores públicos. Seria da mesma forma, porém, sem mesmo esta previsão constitucional, a partir do fato de que os servidores públicos compõem o conjunto instrumental da Administração Pública que opera como expressão da autoridade estatal para a prossecução do "interesse público". Diferente do que dispunham todos os textos constitucionais anteriores, a Carta de 1988 permitiu aos servidores públicos sua organização sindical. A partir deste fato e considerando a função histórica das entidades sindicais, o gerenciamento dos recursos humanos do serviço público (tradicionalmente afeto a uma relação institucional com cada um dos servidores individualmente, pelos cargos que detém) passou a ter de levar em conta a organização coletiva da categoria e adotar um relacionamento com as entidades sindicais que importaram na adoção de instrumental destinado à solução dos conflitos coletivos de trabalho. Mesmo sem qualquer previsão legal que operacionalize a solução dos conflitos coletivos de trabalho, a regra tem sido a busca de uma solução composta entre as partes (o que nem sempre

acontece) e dá como indicativo a necessidade de haver uma efetiva negociação e pactuação de condições salariais e de trabalho para solução dos conflitos.

A institucionalização destas negociações e da pactuação entre as partes pode ser entendida como hipótese especial de contratação possibilitada pela existência de permissão de efetuarem-se acordos coletivos com a administração pública prevista no Artigo 7º, inciso VI, a que se remete o Artigo 39, parágrafo 2º da Constituição Federal. No caso dos acordos entre as administrações públicas e as entidades sindicais representativas do conjunto de servidores, tais atos devem ter consideradas sua validade e cogência jurídicas a partir da qualidade da matéria e do tratamento formal que receba. Há quem queira entender tratar-se de meros "protocolos administrativos", cometendo a estes condição de instrumentos meta-jurídicos e relacionados a uma intenção de atuar na forma determinada por manifestação de vontades na eventualidade de circunstâncias permissivas que dêem condições objetivas para tal; mas mesmo tais "protocolos administrativos", entretanto, merecem a consideração de ato biface, vinculante e gerador de obrigações recíprocas, conforme Miguel Reale, Parecer em "O Estado de São Paulo", 6.11.1987, p.31 e seg.; Hely Lopes Meirelles, Parecer em "O Estado de São Paulo", 6.11.1987, p. 39; e Arnold Wald, em Artigo na RDM, 48/5.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a possibilidade de sindicalização dos servidores públicos em termos vagos, deixando para um segundo momento de embate ideológico - ao nível concreto da sociedade, da atuação administrativa e da tutela prestada pelo Poder Judiciário - a definição da forma de sua interpretação e aplicação. Os corpos técnico-jurídicos instituídos para juridiscizar discursos de

concepções ideológicas contrapostas muniram-se de métodos interpretativos próprios à sua conveniência na tentativa de ter institucionalizadas as suas teses como dado legal a justificar coerção. Era a própria elaboração doutrinária tentando influir na *praxis*, dentro do processo corriqueiro de construção do Direito.

Inicialmente enfrentou-se (pelas entidades que pretendiam instituir-se como sindicatos ou assumir a sua condição), como demonstra Celso Antonio Pacheco FIORILLO (1990, p. 61-66) em seu artigo **A Livre Associação Sindical dos Servidores Públicos Cívís e o Direito de Greve**, a argumentação da impossibilidade da legalização dos sindicatos criados após a Constituição de 1988 em razão da inexistência do "órgão competente" para seu registro, conforme exige o Artigo 8º, I, da Constituição Federal. A Instrução Normativa número 5, editada há menos de um mês do fim do Governo de José Sarney pela então Ministra do Trabalho Dorothea Werneck, não contemplava a liberdade associativa e a não intervenção estatal almejada pelos trabalhadores, pois colocava o Ministério do Trabalho como tal "órgão competente" ao registro sindical. Posteriormente, já no governo do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, a Portaria número 9, do Ministério do Trabalho, revogou tal Instrução Normativa e colocou o Ministério do Trabalho, através do Arquivo Nacional de Entidades Sindicais como espécie de depositário dos estatutos das entidades sindicais, reconhecendo como correta a prática já então corrente de inscrição das entidades sindicais nos Cartórios próprios ao registro de entidades cívís. Neste sentido a matéria hoje está pacificada na Jurisprudência, como demonstrado pelos Acórdãos: STJ - MS 189/DF - Registro 89.00009384-3 - Ac. 1ª Seção - Maioria - Rel.: Min. Garcia Vieira - Fonte: DJU 05.02.90. p. 450; TRT 10ª Região - RO 290/89 - Ac. 228/90 - Maioria - Rel.: Juiz J. N. Coelho

Neto - Fonte: DJSC, 29.03.90, p. 31; TST - Acórdão nº 0000379, decisão de 25.06.1991 - Fonte: DJU de 16.08.91, p. 10887 - Relator Min.: Hilo Gurgel.

Outro obstáculo criado à operacionalização dos sindicatos de servidores públicos dizia respeito ao exercício do direito de greve. Interpretações descomprometidas com a classe trabalhadora invocavam teoria da "eficácia contida" do Artigo 37, VI, da Constituição Federal (operando como norma "not self enforcing provision"), definindo a inexistência do direito de greve no serviço público; em contraposição utilizou-se a concepção de que enquanto não fosse editada legislação complementar de caráter restritivo o direito de greve, erguido à condição constitucional, poderia ser exercido em sua plenitude e um terceiro entendimento é o de que o direito constitucional de greve dá-se nos termos da lei existente. Levantamento jurisprudencial efetuado por Marcello PEREIRA (1993) em sua tese de Doutorado intitulada **O Serviço Público na Atualidade**, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação da Professora Odete Medauar, aponta como entre as decisões mais relevantes, no primeiro aspecto, os julgados TST-DC 15987/90.7 in DJU-I, 20/9/91, pp. 1294/5; TRT da 10ª Região - Pleno - DG 068/91, in DJU-II, 30/1/92, pp.1039/40; TJ de S.C. - 1º Grupo de Câmaras, IOB nº 11/92,p.198; TJ de S.C., 2º Grupo de Câmaras - MS 3235, in IOB nº 10/92, p.177; no segundo aspecto, os julgados Apelação Criminal nº 89.02.02162-9 - RJ, Terceira Turma do TRF da 2ª Região (DJ, 17/10/89) (LEX - 5/351); TJ de S.P. - Apelação Cível 117.299-1, 3ª Câmara - j. 14/11/89; TRT da 4ª Região - 3ª Turma - V.U. - REO. R.O. 218/90; TRT da 15ª Região - DC 166/91-D, in DJ - S.P. 20/9/91, P. 133; TST - DC 35830/91.5, in DJU-I, 14/2/92, pp. 1204/11; no terceiro aspecto os seguintes julgados, TRT da 10ª Região -

DG 0019/90, in LTR 55-04/478; TST - DC 23.197/91.7, in LTr. Sup. Trab. nº 38/91, p. 265; TST - DC 35.387/91.7, in DJU-I - 4/10/91, pp. 13827/36; TST - RO DC 12343/90.3, in DJU-I - 25/10/91, pp. 15105/6; TST - RO DC 27434/91.3, in DJU-I - 22.5.92, p. 7269; TRT da 2º Região - DC 169/92-A, in DJ de S.P. - 26/5/92, p. 109.

A necessidade de repensar todo o processo visando uma atuação eficaz dos sindicatos de servidores públicos verificou-se, principalmente, diante de uma alegada incapacidade do Poder Judiciário operar com a sua normatividade nos dissídios coletivos de servidores públicos; verificou-se, ainda, uma negação do sentido aparentemente unívoco do Artigo 114 da Constituição Federal com base na justificativa da inconveniência dos seus efeitos, como, por exemplo, o necessário aprofundamento dos Juízes e Tribunais do Trabalho em noções de Direito Administrativo, além de amparar-se no entendimento de concepção antiga acerca da necessidade da separação dos poderes, entendendo-os absolutamente independentes entre si quando, em verdade, merecem ser considerados "interdependentes" a partir de suas competências legais.

Adaptando à nossa realidade, o processo de repensar a atuação sindical visando a sua maior eficácia deságuou na teoria do Contrato Coletivo de Trabalho. Por ela, instituindo regras de Negociação Coletiva Permanente, a entidade sindical e a administração firmariam entre si acordos de condições laborais e de salários que acabam por fazer lei entre as partes; o processo negocial e a sua redução a termo conclusivo pode ser, segundo concepções mais avançadas, inclusive acompanhado por setores organizados da sociedade civil, como destinatária final e mantenedora dos serviços públicos. Se a homologação de Convenções e Dissídios pela Justiça do Trabalho não foi assegurada pela Constituição, esta previu, em seu Artigo 7º, VI, a

que se remete o parágrafo 2º do Artigo 39, a possibilidade de realização de "acordos". É lógico que tais acordos devem ser aperfeiçoados pelos atos administrativos cabíveis (quando a matéria estiver na competência legiferante do próprio Poder) e pela edição de Lei (quando a matéria tratada mereça a reserva legal). Levada à prática, as primeiras experiências, conforme adiante relatadas, dão conta da eficácia do "Contrato Coletivo", tanto na sua função assecuratória das conquistas - de parte a parte - quanto do incremento da autonomia da classe trabalhadora construída na correlação direta de forças e nos procedimentos necessários e precedentes à firmação do acordo.

Dentro da própria classe trabalhadora a teoria enfrentou algumas resistências baseadas em dúvidas acerca da instrumentalidade do Contrato Coletivo para a conquista de uma sua auto-determinação. Ocorre, porém, que o método dialético materialista, como sistema interpretativo e de tentativa de previsão do desenvolvimento histórico social, baseia-se na concepção da transformação como resultado de um processo unificado de trânsito mútuo dos contrários. A sociedade teria as suas leis objetivas, conexas e interdependentes de ação recíproca determinando a forma e sua evolução através da luta de classes. Tomados os dados históricos da instituição dos sindicatos no País, regidos desde então por uma legislação tutelar e de submissão compulsória ao Estado, a teoria do Contrato Coletivo do Trabalho, como corolário de uma negociação coletiva permanente que o preceda, posta-se como "antítese" a este momento de controle estatal, integrando-se como fator determinante e determinado na evolução dialética da sociedade.

Caso a sociedade fosse tomada "estaticamente" à análise (como projeto acabado), a inserção da negociação permanente e do Contrato

Coletivo de Trabalho poderia, até, ser considerada uma solução "social democrata" por características liberais. Há, entretanto, um equívoco de ordem filosófica a sustentar esta concepção: não leva em consideração, justamente, as bases marxianas de interpretação de uma realidade mutante. Pois, tomados dentro de uma realidade "dinâmica" de sociedade, o Contrato Coletivo de Trabalho, na forma assumida em suas primeiras experiências no Brasil, insere-se como parte da denominada "antítese" histórica necessária dentro do processo de evolução dialética, notadamente em busca da auto-determinação que operacionaliza em favor da classe trabalhadora afastando a atuação estatal controladora. Vejamos: a adoção do Contrato Coletivo de Trabalho faria praticamente prescindir da "paz imposta" pelo Poder Normativo da Justiça do Trabalho, deixando à resultante da correlação de forças a determinação dos ganhos (ou não ganhos) na negociação.

Douglas Gerson BRAGA (1990, p. 11-22), em seu artigo **Sistema Permanente de Negociação Coletiva no Iamspe**, relata, justamente uma experiência de contratação coletiva inédita no setor público firmada entre a direção e a entidade representativa do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual, realizada em 1989, com ganhos significativos de ambas as partes, além de uma supressão quase total da necessidade de paralisações das atividades de prestação de serviços públicos. Atualmente, nas esferas dos vários entes federados já se operacionalizam "Contratos Coletivos de Trabalho" - alguns variando no "nomem juris" que se lhe atribuem; no Estado do Paraná institui-se, para regularizar o procedimento negocial com os servidores públicos estaduais, as chamadas "Câmaras de Negociação

Permanente", internamente à Secretaria da Administração, mas ainda não "institucionalizadas".

Em seu artigo **Negociação Coletiva com o Estado: Condições Jurídicas e Sociais**, Roberto A. O. SANTOS (1993, p. 51), Professor da Universidade Federal do Pará, bem esclarece que o direito à negociação coletiva nos serviços públicos tem seu fundamento maior nos direitos humanos, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em que consta: "Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis ao trabalho e à proteção contra o desemprego [...] Todo homem tem direito a organizar sindicatos e nestes ingressar para proteção dos seus interesses (Artigo 23º, 1 e 4); cita também o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966, e a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Domínio Social, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1969, relativas diretamente às convenções coletivas de condições de trabalho e indicativas da necessidade de assegurar-se o direito à negociação coletiva. A Organização Internacional do Trabalho, em sua Convenção 151, adotada em 27 de junho de 1978, reconheceu explicitamente a liberdade de organização sindical e negociação coletiva nas administrações públicas (Art. 8º), seguida, em 1981, da Convenção 154, sobre negociação coletiva e em que ressalva a possibilidade de reserva de sua aplicação em relação às forças armadas e polícias.

O Brasil não é signatário destas Convenções da O.I.T., mas, como bem observa Roberto A. O. SANTOS (*op. cit.*, p. 53), a Constituição Federal Brasileira facultou aos funcionários públicos o direito à livre associação sindical, dotado de prerrogativas. Neste aspecto, vale a lição do mesmo autor, (*op. cit.*, p. 53), para quem "... os sindicatos

existem fundamentalmente para a negociação coletiva e a defesa dos interesses coletivos profissionais. Não iria a Carta Magna aludir a sindicatos para compreender somente um clube de amigos ou um grupo de pessoas dispostas a se prestarem ajuda mútua inter-individual nos infortúnios". O autor enfrenta muito bem as alegações contrárias à possibilidade de negociação coletiva entre o Estado e seus funcionários, através dos sindicatos representativos, fundadas na omissão de referência expressa ao inciso XXVI do Artigo 7º de reconhecimento, em favor dos funcionários públicos, das "convenções e acordos coletivos de trabalho"; para o autor "... quando a Carta Magna manda reconhecer convenções coletivas no Artigo 7º, o destinatário da norma é o Estado, e os beneficiários dela são os agentes do setor privado, empregados de empresas que firmam as convenções. A Constituição quer dizer que o Direito estatal não pode violar a liberdade de negociação coletiva, observados os princípios de proteção mínima ao trabalho. Todavia, em se tratando de convenções celebradas entre o Estado e seus funcionários, não haveria sentido em mandar o Estado reconhecer as convenções em que ele próprio é parte. O importante a assinalar aqui é, pois, que a Carta Magna não proibiu a negociação coletiva, relegando sua regulamentação à lei ordinária".

A negociação coletiva existe em vários países sem confronto com o "princípio da legalidade" - ou até dele impescindindo, por segurança aos próprios cidadãos - e sem que haja afetação das prerrogativas estatais; a negociação é baseada, entretanto, no reconhecimento de um direito à organização sindical dos funcionários públicos (como integrantes do contingente de trabalhadores do País), na legitimação das contrapartes e no interesse em compor para proveito mútuo, superando a concepção

"sacerdotal" dos servidores. Na Itália, um país que viveu mais de 4 décadas sem qualquer legislação regulamentadora do direito à organização sindical, toda negociação coletiva e contratação, que agora se firma no ordenamento, foi contruída "preter-lege" sobre uma abertura do sistema jurídico - da mesma forma que se verifica no Brasil; vigora, atualmente, na Itália, a Lei Quadro (Lei 93, de 1983), que regula a negociação coletiva com a administração pública, estipulando sua forma e conteúdo e baseada na paridade entre as partes. As regras procedimentais de pactuação são de Direito Público, bem como as regras materiais pactuadas integram-se a um patrimônio jurídico próprio do Direito público tendo como destinatários e beneficiários os servidores e a própria administração, havendo reserva legal de algumas matérias.

Gino GIUGNI (1991, p. 166), em sua obra **Direito Sindical**, escrito com a colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni Garofalo, esclarece, no Capítulo IX, intitulado **Contratação Coletiva no Emprego Público**, que:

"O acordo sindical, de fato, não possui efeito normativo imediato sobre a relação de emprego: a fonte de regulamentação deste último é sempre o decreto do Presidente da República que o recebe. É este o ponto de equilíbrio alcançado entre a tradicional concepção autoritária do emprego público - que não admite a relevância jurídica para fins de tutela de interesses diferentes e contraditórios aos da administração pública - e a necessidade política para o procedimento para o reconhecimento do conflito coletivo mesmo no interior deste setor. Formalmente, o ato que regulamenta a relação de trabalho é um ato unilateral; mas este recebe os conteúdos normativos concordados em sede sindical".

Tendo sido cumpridos os ritos negociais e firmado um acordo, o seu conteúdo tem validade jurídica para fins de obrigação por parte da

administração em cumprir os passos legais de sua implementação.

Vale transcrever, de Gino GIUGNI (*op. cit.*, p. 166-167) que:

"O conteúdo deste ato unilateral, de fato, não é arbitrariamente determinado pela administração pública, mas deve se conformar ao acordo mesmo: em tal sentido dispõe o art. 6º, último parágrafo da Lei nº 93, de 1983. Tudo indica que se deve concluir que a Administração Pública tenha verdadeira e própria obrigação jurídica para promulgação do ato em questão: cada arbitrariedade parece, com efeito, esgotar-se no momento do ato de autorização à subscrição proveniente do Conselho de Ministros, conforme a norma do penúltimo parágrafo do mesmo art. 6. Segundo esta interpretação - que parece a mais recomendável à ratio das normas em questão - o único efeito do acordo seria, por isto, o de criar a obrigação, com o governo na frente, de promulgar decreto que receba os conteúdos do contrato".

Segundo o Professor de Direito do Trabalho e membro do Conselho Econômico e Social da Itália, Giovanni ARRIGO, conforme palestra proferida no SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CONTRATO COLETIVO E RELAÇÕES DO TRABALHO, promovido pelo Ministério do Trabalho em São Paulo nos dias 22 e 23 de novembro de 1993, caminha-se, porém, a partir da assinatura do Protocolo de 3 de julho de 1993, que trata das novas bases legais, procedimentos e validade dos Contratos Coletivos nos serviços públicos da Itália, para o que pode ser entendido como a "privatização" das relações entre os sindicatos de servidores públicos. Isso significa que os acordos pactuados entre a administração pública e os sindicatos representativos dos funcionários públicos terão seu vigor e validade determinados a partir da assinatura, independentemente da sua do Decreto Presidencial para o vigor daquelas matérias referentes aos gerenciamentos de recursos humanos que antes mereciam a reserva legal, num avanço sem precedentes na Europa e numa demonstração inequívoca de que as partes convergem para um entendimento das suas funções como parcelas fundamentais à

prosseção dos fins colimados de bem comum. Segundo o Professor Giovanni Arrigo os fundamentos da liberdade de negociar junto ao serviço público são, justamente a "responsabilidade", a "qualidade" e a "satisfação dos interesses públicos".

Na França é pleno o direito à organização sindical e existe o direito à negociação coletiva no setor público. Entretanto, segundo obra de J. LEITE (1974) intitulada **Direito Sindical e Função Pública em França**, o reconhecimento de fato das organizações sindicais dentro do serviço público na França iniciou já em 17 de junho de 1924, com o Presidente do Conselho (do Parlamento), Edouard Herriot, afirmando a vontade do Governo em reconhecer aos funcionários o direito sindical. O Ministro do Interior da França à época, Chantemps, em circular aos Prefeitos, recordava esta intensão e lembrava que os Ministros de Estado já haviam recebido os representantes dos sindicatos nacionais de funcionários para tratarem sobre "... numerosos problemas referentes às condições de trabalho e emolumentos, quer ao interesse geral da Administração", e os concitava a buscar contato com os sindicatos locais de agentes públicos.

O reconhecimento solene do sindicalismo de servidores na França aconteceu com um grande movimento de renovação democrática e de progresso social que acompanhou a vitória sobre o fascismo. A Constituição da IVª República, de 27 de outubro de 1946, dispunha no seu preâmbulo que "... todo homem pode defender os seus direitos e os seus interesses através da ação sindical e de aderir ao sindicato de sua escolha". A Lei de 19 de outubro de 1946, que regulava a condição dos funcionários públicos, elaborada sob orientação de Maurice Thorey, Vice-Presidente do Conselho encarregado da função

pública, trazia expresso em seu Artigo 6º que "... o direito sindical é reconhecidos aos funcionários" (excetuando militares e magistrados).

O Estatuto de 1946 permitiu a liberação dos diretores sindicais, autorização de ausência ao serviço por motivos de convocação de representantes sindicais aos eventos promovidos pela entidade de classe e a representação perante a jurisdição administrativa ou judicial para impugnar, por abuso de poder, "... os actos regulamentares referentes ao estatuto de pessoal e as decisões individuais que prejudiquem os interesses colectivos dos funcionários" (*op. cit.*, p. 30). A melhoria na qualidade dos serviços públicos foi pugnada com uma associação orgânica dos sindicatos de servidores públicos, participando na organização dos serviços públicos.

A Constituição da Vª República, promulgada em 5 de outubro de 1958, enfraqueceu as garantias jurídicas do direito sindical dos funcionários, apesar de que o seu texto remetia-se ao preâmbulo da Constituição de 1946, mantendo o reconhecimento do direito à organização sindical, inclusive dos servidores. Preocupado em fortalecer o Executivo, no que se referia ao Estatuto da função pública a Constituição definiu que o Parlamento deveria limitar-se a determinar "as garantias fundamentais conferidas aos funcionários". Daí as facilidades iniciais terem sofrido um duro golpe tornando-se mais precárias, pois passaram a ser reguladas por Decretos do próprio Executivo. Um novo Estatuto dos funcionários, elaborado agora sem a participação dos funcionários, mais curto e menos completo, trouxe restrições à participação dos sindicatos na gestão dos serviços públicos.

Roberto A. O. SANTOS (*op. cit.*, p. 55) ensina ainda que a contratação coletiva existe, entre funcionários públicos e seus sindicatos de servidores, dentre outros países, na Dinamarca, na Finlândia, no

Reino Unido (em que pela administração atuam negocialmente o próprio Ministro da Fazenda); Na Alemanha a representação governamental é feita pelo Ministro do Interior; na Suécia existe um "Escritório Nacional para Funcionários do Estado", subordinado ao Ministro do Orçamento. Nos Estados Unidos, segundo dados fornecidos por Stuart H. APPELBAUM, membro da AFL-CIO, que é a maior Central Sindical dos Estados Unidos, em sua palestra proferida no mesmo SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CONTRATO COLETIVO E RELAÇÕES DO TRABALHO, em São Paulo, na maioria dos Estados membros existe negociação coletiva (com maior tendência de admissibilidade para os Estados do Norte) e apesar da inexistência de regras de negociação coletiva destinadas estritamente ao serviço público, 40% dos contratos coletivos albergam os servidores públicos (pois os sindicatos abrangem indistintamente trabalhadores privados ou do serviço público).

Louis MANCHISI, representante do Governo no Serviço Federal de Mediação, Conciliação e Arbitragem dos Estados Unidos, neste mesmo Seminário Internacional, relatou experiência de Negociação Coletiva e Contratação Coletiva que envolveu o Sindicato dos Professores, a administração pública e setores organizados da sociedade civil de uma cidade do Estado de Ohio e cuja profundidade alcançou alterações na conduta tributária do Município; basicamente o "Distrito Escolar", mantido pelos cofres públicos, havia paralisado suas atividades - mesmo com a comunidade colocando-se contrária à medida - em função da baixa remuneração dos Professores (que por três anos não tiveram aumento salarial e já estavam em franco processo de evasão e conseqüente queda da qualidade do ensino prestado às crianças da cidade); no processo negocial constatou-se que a cidade cobrava um Imposto Predial muito baixo para a média da região e poderia haver um

incremento de arrecadação e melhor remuneração dos professores caso a comunidade alterasse a alíquota do tributo. Como resultado, o processo negocial que envolveu as três partes definiu um aumento de pequena monta no tributo mas que bastasse e se destinasse, especificamente, à manutenção da escola, melhorando o padrão de vida dos professores, aumentando a qualidade dos serviços públicos de ensino prestados, firmando-se um Contrato Coletivo cujas cláusulas têm validade por três anos.

Mesmo no Japão, em que não existe uma regra legal sobre a Negociação Coletiva e Contrato Coletivo nos serviços públicos, os servidores públicos já participam da "shunto", que é a "Ofensiva de Primavera" em que todos os setores econômicos do País deflagram uma campanha salarial nacional por a o período de um ano e que influi nas condições dos próprios servidores a nível nacional, já que o governo busca não ficar abaixo de uma média de mercado, conforme recomendação de um órgão que realiza as pesquisas com base no valor do trabalho no mercado privado; a nível das cidades, muitas condições de trabalho são pactuadas diretamente entre os servidores e as autoridades que equivalem aos nossos Prefeitos, em condições que vão além da média das condições de trabalho pactuadas a nível nacional, segundo esclareceu Muneto OZAKI, perito de Relações do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho em Genebra em sua palestra no SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CONTRATO COLETIVO E RELAÇÕES DO TRABALHO.

No Brasil existem condições, dentro do ordenamento, para que prevaleça o entendimento de que o Contrato Coletivo de Trabalho comporte ter as suas cláusulas acatadas por parte da administração e o seu objeto efetivamente cumprido através de regulação por normas de

Direito Público. As condições laborais e de salários, porventura pactuadas entre o sindicato trabalhador e a administração pública, deverão aderir a um "estatuto" específico, em geral já pré-existente e em que figuram os direitos e deveres dos servidores. O objeto do pactuado - a manutenção dos serviços públicos mediante contraprestação de condições laborais e de salários - é matéria de "interesse público", merecendo ser regulada por normas e princípios de Direito Público. Dessa forma, não restam dúvidas de que o Contrato Coletivo de Trabalho é espécie de relação contratual submetida às normas de Direito Público, quando firmado entre a administração pública e o Sindicato representativo dos servidores e versando sobre matéria de interesse público. Se o servidor está submetido à administração por um vínculo institucional, "unilateral", adquire condição de "bilateralidade" quando relaciona-se "coletivamente" através de sua entidade, posto que esta tem capacidade jurídica de pactuar com a administração. Efetivamente, a edição de Portarias, Resoluções, Decretos ou até mesmo Leis, passando pelo Poder Legislativo, das cláusulas pactuadas, configura-se como aperfeiçoamento necessário à execução do avençado. Transcende, porém, ao mero "acordo ético", de qualificação meta-jurídica, principalmente pela inserção de valores humanos fundamentais como objeto de pactuação e que dão à matéria uma gravidade até então não conhecida, refletindo significativamente nos procedimentos a ele relacionados.

Efetivamente, aquelas matérias pactuadas entre a administração pública e as entidades sindicais que, por disposição expressa tiverem reserva legal, devem ser analisadas, deliberadas e votadas pelo Poder Legislativo; impossível fugir do "princípio da reserva legal". O que não pode o Executivo é abster-se de enviar a Mensagem ao Poder

Legislativo acerca daquela matéria pactuada com as entidades de servidores, ou, uma vez enviada, utilizar sua influência de modo doloso, com má-fé, para frustrar a aprovação da matéria - neste ponto o pactuado tem absoluta validade jurídica. Daí a necessidade do cuidado na elaboração do Contrato Coletivo para não versar sobre matéria que fuja à competência leiferante; cabe ao Poder Legislativo, pela reserva legal, deliberar sobre algumas matérias, mas cabe ao Executivo o dever de enviar a Mensagem que seja de sua competência originária e privativa. Aquelas cláusulas pactuadas e cuja matéria encontra-se dentro da competência do Poder instituído, em caso de descumprimento ou omissão em sua implementação, pode ter seu cumprimento suscitado por via da tutela jurisdicional.

O caráter alimentar dos salários e a importância do trabalho como bem constitucionalmente tutelado ligado à própria manutenção da dignidade humana confirmam uma tendência crescente ao entendimento de que a administração pública deve inspirar sua atuação contratual também na tutela da condição do servidor. Estes valores, inseridos na função contratual, exigem um tratamento diferenciado àquele até então dispensado, pois, sem dúvidas, determinam nova amplitude ao assunto, e mais contemporaneamente dissemina esta lição a advogada do Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal do Rio de Janeiro, Cláudia Maria Beatriz S. DURANTI (1991, p. 17-18), que, em seu artigo **As Novas Bases da Relação Entre o Estado e os Servidores Públicos Federais - o Novo Regime Jurídico Único**, afirma haver, na Lei 8112/90 "... uma clara limitação ao poder disciplinar do Estado quanto aos direitos individuais dos servidores, restringindo as alterações unilaterais de horário, local de trabalho, atividade laboral e salário. Por outro lado, do ponto de vista das relações coletivas poderão ser criadas novas

normas, ou alteradas as antigas, através do instituto da negociação coletiva a que se refere o artigo 240, letra d". A autora afirma que a Lei 8112/90 trouxe princípios "... até então alienígenos ao Direito Administrativo brasileiro" e diagnostica que "... enfraqueceu a sobrevalência do interesse público sobre o interesse do servidor".

Talvez neste último aspecto mereça reparo a lição de Cláudia Maria Beatriz S. DURANTI, pois o respeito à condição dos servidores é, em última análise e por decorrência, uma forma de assegurar-se o respeito ao próprio "interesse público". Primeiro porque não há de se confundir, como já visto, o "interesse público" com um "interesse da administração", ou que lhe seja próprio como sendo a administração um fim em si mesma e, segundo, porque já se reconhece hoje que sendo o objetivo de todo serviço público prestado a satisfação do administrado, tal fato só se verifica quando da manutenção das condições de trabalho possíveis e mais próximas do ideal àqueles cuja função seja, justamente, prestar um serviço público de qualidade à sociedade, que é destinatária final e mantenedora da administração e dos serviços públicos ofertados.

Inserida na Constituição Federal a possibilidade dos servidores sindicalizarem-se, não serão atos isolados que contrariarão os fins e o alcance do preceito tornando absolutamente inoperantes tais entidades, pois a norma deve ser interpretada não só naquilo que explicitamente ostenta mas também naquilo em que implicitamente resulta. Se a Constituição previu a existência de Sindicatos, cumpre em sua aplicação assegurar um mínimo de operacionalidade a estas entidades. Ademais, existindo a diferenciação em relação àqueles sindicatos ligados a trabalhadores da iniciativa privada através dos óbices legais aos sindicatos de servidores públicos à utilização do Poder

Normativo da Justiça do Trabalho (em razão expandida referente à não interferência de um Poder instituído sobre outro) e à limitação a um "quantum" de gasto com pessoal - diferenciações estas determinadas constitucionalmente - inexistente qualquer óbice à possibilidade de efetuarem-se acordos entre tais entidades e as administrações públicas. Ao contrário, existe previsão de que "acordos coletivos" poderão ser feitos pelos servidores (termo genérico abrangente também daqueles "estatutários"), conforme Artigo 7, VI, a que se remete o Artigo 39, parágrafo 2, da Constituição Federal.

O absentismo por parte da administração no que se refere à participar de um processo negocial é, em geral, combatido pelas entidades sindicais com a mobilização de suas bases. São efetivamente comuns os casos de "greves" deflagradas visando, tão somente, conseguir que a administração pública negocie com a entidade classista; é a própria administração que, nestes casos, torna inevitável a paralisação dos serviços públicos, pois não incorporou em sua prática a realidade da existência de uma novidade constitucional expressa na legalização da existência de entidades sindicais de servidores públicos dotadas de prerrogativas. A prática negocial, até como instrumento preventivo de tais interrupções da prestação dos serviços públicos, deveria ser institucionalizada pelas administrações públicas, na medida em que poderiam até tirar proveito de cláusulas pactuadas, em geral ligadas ao incremento de produção e moralização das prestações de serviços. A recusa sistemática à negociação posta-se, finalmente, como verdadeiro "ato anti-sindical", juridicamente reprovável, como se depreende da lição de Oscar Ermida URIARTE (1989, p. 17), em sua obra **A Proteção Contra os Atos Anti-Sindicais**, pois atenta de modo indireto contra a própria liberdade sindical como bem jurídico tutelado.

A Lei 8112, sancionada em 11 de dezembro de 1992, que dispôs sobre o Regime Jurídico Único da União, das autarquias e das fundações públicas federais prevê, em alínea "d" do seu Artigo 240, que é assegurado ao servidor, além da livre associação sindical, o direito à "negociação coletiva". Em sua mensagem 898 o Presidente da República vetou esta disposição, sendo que o Congresso Nacional rejeitou os Vetos, conforme a publicação das partes vetadas no Diário Oficial de 19 de abril de 1991. A Procuradoria Geral da República ajuizou representação de inconstitucionalidade, que mereceu liminar, suspendendo a aplicabilidade da disposição legal. A não aplicabilidade da norma legal, entretanto, não interfere na possibilidade da instituição da negociação coletiva e Contrato Coletivo no setor público, pois o teor da Lei 8.112/90 não inova neste campo; Roberto A. O. SANTOS (*op. cit.*, p. 57) é claro ao ensinar que "a negociação coletiva com o Estado está autorizada por nosso sistema jurídico, especialmente pela Constituição (regra de implicitude, Artigos 5º, parágrafos 2º, 3º, itens III e IV, 4º, item II)".

Ademais, todas as razões do Veto aposto pelo Presidente da República à alínea "d" do Artigo 240 da Lei 8.112/90, e mesmo o fundamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que lhe foi ajuizada junto ao Supremo Tribunal Federal sob número 4921/600, dizem respeito a um entendimento de que a negociação coletiva questionada seria aquela efetuada nos moldes da relação existente entre trabalhadores da iniciativa privada e seus empregadores, através dos respectivos sindicatos, fundado em matéria central referente, justamente, ao ataque à reserva legal em dadas matérias, em especial aquelas referentes a salários. O próprio relatório do Ministro Carlos Velloso, apreciando o pedido liminar de suspensão dos efeitos da norma, aborda

o assunto por uma vertente que demonstra entender "negociação coletiva" como instituto submetido às regras do Direito Coletivo do Trabalho e fundamenta a concessão da cautela na "reserva legal" da matéria referente ao gerenciamento dos recursos humanos do Estado.

Na forma adotada pela maioria dos países em que vigora a Negociação Coletiva e o Contrato Coletivo nos serviços públicos, porém mantém-se o respeito à reserva legal e não poderia ser diferente no Brasil; tal como já dito, o pactuado, em se tratando de matéria com reserva legal, tem sua passagem pelo Poder Legislativo assegurada. Em se tratando de matéria cuja competência comporte exercício do poder discricionário do próprio Poder, seria implementada através dos atos cabíveis. Assim entendido - ou seja, com uma interpretação orgânica em que a alínea "d" do Artigo 240 da Lei 8.112 se insira - supera-se mácula de inconstitucionalidade, posto que a Negociação Coletiva é uma realidade "preter-lege" que opera a construção das relações entre sindicatos de servidores e administrações públicas alcançando um conceito cuja amplitude acaba por adequar-se aos princípios e regras de Direito Público vigentes, ao mesmo tempo possibilitando não frustrar-se a previsão constitucional da existência do direito de sindicalização - conforme as experiências citadas.

A realidade é que nas esferas dos vários entes federados, acordos são diuturnamente firmados entre as administrações públicas e os sindicatos representativos dos servidores, versando sobre condições de trabalho e salário e cumprindo os requisitos de implementação do pactuado. Em sendo matéria com reserva legal, através do Poder Legislativo e, naquilo que couber a competência normativa do próprio Poder Executivo, tomando as medidas cabíveis (atos competentes). Assim, os acordos firmados entre a

administração pública e os sindicatos de servidores públicos submetem-se a regras próprias das contratações submetidas ao Direito Público, com inspiração que assegure a prevalência do "interesse público". São submetidos, portanto, aos aos Princípios Constitucionais da conduta administrativa (Artigo 37 da Constituição Federal), aos Princípios Gerais de Direito, à negativa do arbítrio e prevalência da boa-fé entre as partes. A invocação do "interesse público" para mutabilidade unilateral dos acordos firmados devem atender variação deste "interesse público", variação esta que deve ser objetivamente mensurável pela necessidade de sua demonstração. Caso a administração pública não consiga demonstrar tal variação do "interesse público" como justificativa do não cumprimento do avençado, posto que este mesmo "interesse público" fundamentou o acordo efetuado com a entidade representativa dos servidores, há de se restaurar, pela via da tutela jurisdicional, as condições pactuadas.

TITULO VII

DAS CONCLUSÕES

- 1) A conceituação, como instrumental do processo cognitivo da realidade socialmente construída, importa à manutenção da idéia de sistema aplicada ao Direito. A condição sistemática do Direito, em suas várias concepções, é determinada pela compatibilidade de suas proposições com sustentação linguística que opera conferindo unidade à estrutura construída e expressa a racionalidade ideológica predominante.
- 2) A multivocidade do termo interesse público em sua utilização pré-jurídica (particularmente na política) suscita questionamentos acerca de suas possíveis acepções a assumir no ordenamento e mesmo da sua validade para o Direito. Considerando a condição interdisciplinar do Direito e a própria construção social histórica da realidade, o indeterminismo original do conceito deve ser suprido no campo jurídico para fins de aplicação prática do termo que figura no Direito Positivo, na Jurisprudência e na Doutrina, de modo que sua inserção no ordenamento represente o reflexo dos interesses da sociedade.
- 3) Quando o núcleo central do entendimento referir-se a manifestação estatal por meio da administração em ação de prossecução de fins determinados e relativos à satisfação humana, os termos utilizados para tal designação, sejam eles "interesse público", "vontade geral", "interesse social", dentre tantos, equivalem-se.

- 4) O conceito de interesse público é operacional e não comporta determinar, materialmente, quais valores sejam assim considerados. Trata-se de conceito com expressão teleológica e que adquire consistência em sua condição funcional, no sentido de que pertence à organização da discussão para a comparação de padrões contextualizados. Antes de adquirir tal consistência, porém, posta-se como idéia que orienta a conduta político-administrativa do Estado.
- 5) O interesse público - assim considerado o conteúdo material valorado que preenche o conceito a partir de sua atuação solucionadora de conflitos concretos - pode ser caracterizado (1) pela necessidade de interação entre Sociedade e Estado para identificação legitimadora dos valores prevalentes; (2) pela condição historicamente cambiante de tais valores; (3) pela titularização por parte do Estado de tais valores através de sua atuação jurídica embasada politicamente ou atuação política juridicamente fundada; (4) pela sua prevalência sobre o interesse privado; (5) pela sua prossecução ser "meta optata" instituída como princípio legal inarredável do Estado; (6) pela não identificação necessária do interesse público com o somatório dos interesses individuais "egoísticos" mas, sim, com os interesses individuais socialmente engajados; e (7) pela não identificação compulsória do interesse público com as decisões das autoridades administrativas, desfazendo confusão entre o "público" e o "oficial".

- 6) Interesse público pode ser conceituado, portanto, como sendo o conjunto de interesses socialmente legitimados e aferíveis em dado momento e segmento da realidade, compreendidos como valores fixados nos quadros materiais do ordenamento cuja satisfação é titularizada pelo Estado em sua atuação finalística juridicamente embasada ou por atuação jurídica politicamente fundada.
- 7) O interesse público qualificado pelo legislador em sua atuação de captação e juridicização dos valores socialmente legitimados é o mesmo interesse público que a administração pública tem como princípio legal finalístico executar em favor da sociedade. Decorre contrapartida, portanto, de que o interesse público operado pela Administração deve encontrar-se fixado nos quadros materiais do ordenamento. Mesmo no exercício do poder discricionário a atenção ao interesse público é condição prévia à legalidade dos atos administrativos, posto que existem limites objetivos à discricionariedade plenamente sindicáveis por tutela jurisdicional.
- 8) O interesse público projeta-se sobre os atos e contratos administrativos como condição de sua legalidade. Nas relações coletivas de trabalho no serviço público o interesse público deve ser observado na estipulação e cumprimento de condições salariais e de trabalho fixadas pelo processo negocial envolvendo a administração e a entidade sindical representativa do conjunto de servidores, por ser matéria de Direito Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Robin de. **A Revogação dos actos administrativos.** Coimbra : Biblioteca Jurídica Atlântida, 1969. 417 p.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato administrativo.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo.** Belo Horizonte : Livraria Del Rey Editora, 1992. 213 p.
- ARNAUD, Andre-Jean. **O direito traído pela filosofia.** Porto Alegre : Antonio Sérgio Fabris Editores, 1991. Trad.: Wanda de Lemos e Luciano Oliveira.
- BARROS JÚNIOR, Carlos S. **Contratos administrativos.** São Paulo : Editora Saraiva, 1986.
- BARRY, Brian B. O uso e o abuso de o interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público.** Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 193. trad. Edilson Alkmin Cunha.
- BARRY, Brian B. Interesse público. **Proceedings of the Aristotelian Society,** v. 38, p. 1-18, 1964.
- BEZNOS, Clovis. **Ação Popular e Ação Civil Pública.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria dell Ordinamento Giuridico.** Torino : G. Giappichelli Editore, 1975.
- BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público.** Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 207. Trad.: Edilson Alkmin Cunha.
- BRAGA, Douglas Gerson. Sistema permanente de negociação coletiva no Iamspe. In: CUT. Secretarias Nacionais de Política Sindical. **Caderno da CUT - Jurídico e Relações Sindicais.** São Paulo : Formação e Imprensa e Divulgação da Central Única dos Trabalhadores, jan. 1990. p. 11-22.

- CABANELLAS, Guillermo. **O dicionário de derecho usual**. tomo 2 E-M, p. 412. ano, 1982.
- CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1991. 640 p.
- CAMPOS, Ana Maria. **Dicionário de ciências sociais**. 2. ed. Rio de Janeiro : FGU/MEC, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador - contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra : Coimbra Editora, 1992.
- CHORÃO, Mário Bigotte. **Temas fundamentais do Direito**. Coimbra : Libraria Almedina, 1986. 347 p.
- CLEVE, Clemerson Merlin. **O direito em relação**. Curitiba : Gráfica Veja, 1983.
- COELHO, Luis Fernando. **Introdução à crítica do direito**. Curitiba : Editora HDV, 1983.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. In: **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO**. São Paulo: RT, Volume 45, 1977. p.339.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Interesse público na contratação das entidades da administração indireta. **Suplemento Jurídico da PJ do D. E. R.**, São Paulo, n. 126, p. 13, jan./mar. 1987.
- DELGADO, Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 1, p. 208, 1993.
- DURANTI, Cláudia Maria Beatriz S. As novas bases da relação entre o Estados e os servidores públicos federais - o novo regime jurídico único. In: CUT. Secretarias Nacionais de Política Sindical. **Cadernos da CUT - Jurídico e Relações Sindicais**. São Paulo : Formação e Imprensa e Divulgação da Central Única dos Trabalhadores, n. 6, jun./ago./set. 1991. p. 17-18.

- ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1988.
- ESCÓLA, Hector Jorge. **El interés público**. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1989.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: F. G. V., n. 13, p. 6, 1950.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito**. Editora RT, São Paulo, 1976.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Comparado - I O Poder Constituinte**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (Bushatsky), 1974, 178 p.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Os princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 2, p. 261, 1993.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A livre associação sindical dos servidores públicos civis e o direito de greve. In: CUT. Secretarias Nacionais de Política Sindical. **Cadernos da CUT - Jurídico e Relações Sindicais**. São Paulo : Formação e Imprensa e Divulgação da Central Única dos Trabalhadores, jan. 1990. p. 61-66.
- FLEINER, Fritz. **Les principes genraux du droit administratif allemand**. Paris: Librairie Delagrave, 1983.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba : Genesis Editora, 1993.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Obrigações administrativas**. São Paulo : Companhia Editora Forense, 1983.
- GENRO, Tarso. Os juízes contra a Lei. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo : Editora Acadêmica, 1991. p. 22.
- GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. São Paulo : Ltr, 1991. Trad.: Eiko Lúcia Itioka.

- GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1986. p.812.
- GRAU, Eros Roberto. Poder de polícia : função administrativa e princípio da legalidade : o chamado "Direito Alternativo". **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 91, 1993.
- HABERMASS, Jurgen. O direito como estratégia de mediação social entre eficácia e validade. **O Estado de São Paulo**, 6 nov. 1993. Trad.: José Marcos Macedo.
- HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian, 1986. 306 p.
- JAMESON, Frederic. Conversas sobre a nova ordem mundial. In: BLACKBURN, Robins (org.). **Depois da Queda**. São Paulo : Paz e Terra, 1992. p. 217-271. Trad.: Luiz Krausz, Maria Inês Rolin, Susan Semler.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Coimbra : Fundação Calouste Goubenkian, 1989. Trad.: José Lamego.
- LEITE, J. **Direito sindical e função pública em França**. Coimbra : mimeografado, 1974.
- LEYES, Wayne A. R. A pertinência e a generalidade do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público**. Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 239. Trad.: Edilson Alkmin Cunha.
- MALACHINI, Edson Ribas. **Ato administrativo**. Curitiba : Juruá Editora, 1990.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos - Conceito e legitimidade para agir**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- MAZZILI, Hugo Nibro. O acesso à Justiça e o Ministério Público. In: OEA, UFBA, EGBA. **Ministério Público : direitos civis, sociais e políticos - uma prática**. Coleção Cidadania. 1989. 99 p.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1992.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de . **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1993. 484 p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo : Editora RT, 1989.
- MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Lisboa : Moraes Editores, 1979.
- MONCADA, L. Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. Coimbra : Editora Coimbra, 1965. v. 2.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constiuição e revisão**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1991. 527 p.
- NIEMEYER, Gerhart. O interesse público e o interesse privado. In: FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público**. Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 13-24. Trad.: Edilson Alkmin Cunha.
- OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Administração pública e ato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 1, p. 111, 1993.
- PRADE, Péricles. **O Conceito de Interesses Difusos**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade : uma observação sobre o conceito. In: In: FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público**. Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 185-192. Trad.: Edilson Alkmin Cunha.
- PEREIRA, Marcello. **O serviço público na atualidade**. São Paulo, 1993. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

- PLÁCIDO E SILVA, De. **Vocabulário jurídico**. 7. ed. Rio de Janeiro : Companhia Editora Forense, 1982.
- REALE, Miguel. **Direito administrativo (estudos e pareceres) - Mutabilidade dos contratos administrativos**. São Paulo: Forense, 1969.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra : Editora Almedina, 1981. Trad.: Rogério Guilherme Ehrhardt Soares.
- ROMANO, Santi. Osservazioni preliminari per una teoria sui limite della funzione legislativa nel diritto italiano. In: SCRITTI MINORI. **Diritto Costituzionale**. Archivio dell Diritto Pubblico, 1950.
- ROSS, Alf. **Lógica de Las Normas**. Madrid: Editorial Tecnos, 1971, p.173.
- SANTOS, Roberto A. O. Negociação coletiva com o Estado : condições jurídicas e sociais. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 2, p. 51, abr./jun. 1993.
- SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE CONTRATO COLETIVO E RELAÇÕES DO TRABALHO. Ministério do Trabalho, São Paulo, 22-23 nov. 1993.
- SOARES, Orris. **Dicionário de filosofia**. Rio de Janeiro : Ed. Fundação Nacional do Livro, 1952. v. I.
- SOURAF, Frank J. A confusão conceitual. In: FRIEDRICH, Carl J (ed.). **O interesse público**. Rio de Janeiro : Ed. O Cruzeiro, 1967. p. 185-192. Trad.: Edilson Alkmin Cunha.
- TÁCITO, Caio. Desvio de Poder Legislativo. **Revista Trimestral do Direito Público**, v. 1, p. 62, 1993.
- TÁCITO, Caio. **O abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**. Rio de Janeiro : Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1969.
- TAVARES, José. **Administração pública e direito administrativo**. Coimbra : Livraria Almedina, 1992. 155 p.
- URIARTE, Oscar Ermida. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. São Paulo : LTR, 1989. Trad.: Irany Ferrari.

VELOSO, Marília Lomanto. O Ministério Público, sua função e sua prática. In: OEA, UFBA, EGBA. **Ministério Público : direitos civis, sociais e políticos - uma prática**. Coleção Cidadania. ANO 1989. 99 p.

WARAT, Luis Alberto. **El derecho y su lenguaje**. Buenos Aires : Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

WOLKMER, Antonio Carlos. Contribuição para o projeto da **juridicidade alternativa**. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima (org.). **Lições de direito alternativo**. São Paulo : Editora Acadêmica, 1991.