

ano 13 - n. 52 | abril/junho - 2013
Belo Horizonte | p. 1-256 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2013 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Crísthiane Maurício
Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Lucieni B. Santos
Marilane Casorla
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá
em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovís Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A pós-modernidade e o interesse público líquido

Luis Manuel Fonseca Pires

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Associado ao Instituto de Direito Administrativo Paulista (IDAP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo. Autor das obras *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, pela Campus-Elsevier (finalista do Prêmio Jabuti 2009), e *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público. Um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*, pela Fórum, e *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, e *Regime Jurídico das Licenças*, e *Loteamentos Urbanos*, todas pela Quartier Latin. Coautor do livro *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontológica*, pela Fórum. Coordenador e coautor de *Intervenções do Estado*, e *Responsabilidade Civil do Estado. Desafios contemporâneos*, pela Quartier Latin, e *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*, pela Fórum. Coordenador do periódico *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Fórum.

Resumo: A pós-modernidade intensifica a complexidade na compreensão e definição do interesse público. A razão instrumental revela-se insatisfatória à realização da função administrativa. Há necessidade, portanto, de serem compreendidos os desafios contemporâneos e o papel da motivação em concreção ao interesse público.

Palavras-chave: Pós-Modernidade. Estado Pós-Social. Função administrativa. Interesse público líquido. Dever de motivação.

Sumário: Introdução – 1 A pós-modernidade e o interesse público líquido – 2 O interesse público sob uma razão crítica – Conclusões – O dever de motivar frente ao interesse público líquido – Referências

Introdução

Proponho a reflexão sobre o *interesse público* na contemporaneidade. O interesse público que permeia a função administrativa, um plexo de competências públicas, indispensável ser compreendido à luz das imperativas características da pós-modernidade.

A escolha do tema decorre ainda da conhecida disputa que se tem avolumado nos últimos anos entre as orientações doutrinárias que defendem o *interesse público* como eixo metodológico à compreensão do Direito Administrativo — posso logo adiantar que é posição à qual me filio — e as que defendem a sua superação, pois a “dignidade da pessoa humana” deve substituí-lo. Pretendo, enfim, compartilhar as minhas impressões a respeito de ser a pós-modernidade o foco catalisador desses embates, e por isso me parece adequado contribuir ao diálogo por esta perspectiva, o que talvez auxilie a perceber que o interesse público subsiste, ainda que com outra feição distinta da clássica modernidade, mesmo que se possa dizê-lo *líquido*.

O contemporâneo interesse público, o interesse público líquido, acarreta nova ordem de deveres dos Poderes Públicos, o que perpassa pela revisão de um dever preliminar, o da *motivação* que não mais se satisfaz com a utilização de expressões vagas ou a ausência de contextualização com os fatos que conferem o substrato às práticas administrativas.

1 A pós-modernidade e o interesse público líquido

Se na atualidade se reconhece uma ductilidade constitucional, tal qual afirma Gustavo Zagrebelsky,¹ então é preciso guardar reservas ao anúncio prematuro da morte do interesse público. Não me parece adequado açodadamente se buscar em outros valores, a exemplo da *dignidade da pessoa humana* — e por mais fundantes que sejam à condição humana —, a resposta a toda e qualquer ordem de conflitos entre o cidadão e o Estado. Como assevera Gustavo Zagrebelsky, “Os princípios e os valores devem ser controlados para evitar que, adquirindo caráter absoluto, convertam-se em tiranos”.² O interesse público, esta dimensão coletiva do que interessa a cada um, não significa em si o descuido com o ser humano individualmente considerado. O que parece haver é mesmo uma perturbação — social, econômica, de múltiplas ordens — a provocar uma crise na qual equivocadamente parece a uns que o problema encontra-se junto à noção “interesse público”.

Todavia, antes é preciso reconhecer que há mesmo uma dificuldade, histórica por excelência, por certo ainda mais grave na contemporaneidade, de definir-se o que é o interesse público. Quiçá seja mesmo como Guillermo Andrés Muñoz

¹ ZAGREBELSKY. *El Derecho Dúctil*: Ley, Derechos, Justicia, p. 14-17.

² ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p.125.

afirma sê-lo, o interesse público é como o amor, existe, todos sabem, mas é “[...] muito rebelde a toda definição”.³

Mas o marco significativo da perturbação a que me referi acredito mesmo residir numa virada sociocultural — e que se faz presente no Direito — que tem por referência o mês de maio de 1968 e o movimento estudantil que deflagrou a exteriorização da vontade incontida de realizar-se uma revolução social. Discursos à época trataram da necessidade premente de alteração das estruturas econômicas, de mudança das tradições culturais, dos costumes, e como não poderia ser diferente, das relações que o cidadão entretém com o Estado.

Herbert Marcuse, intelectual que inspirou o movimento, publicou em 1955 a obra que se tornaria um clássico desta virada, *Eros e Civilização*. Enquanto Freud entendia a modernidade como a superação do *princípio do prazer*, de parte da felicidade e da liberdade, para o predomínio do *princípio de realidade* no qual a causa e o escopo são o prestígio à segurança — com as consequentes privações dos nossos “impulsos naturais” que resultam nas doenças da alma —, Herbert Marcuse divergiu desta leitura para defender a possibilidade de uma sociedade não repressiva. A abolição da repressão — marco da modernidade — é possível. Os dois planos de Freud — ontogenético: a evolução do indivíduo reprimido; filogenético: a evolução da civilização repressiva — desenvolvem-se sob implicações mútuas, o que leva ao abandono da felicidade e à geração do sentimento de culpa. Mas para Herbert Marcuse o princípio de realidade deve ser compreendido como o *princípio de desempenho* que se formata pela dominação e a alienação que se encontram na organização social do trabalho, o que é possível reformulá-lo de modo a ser “[...] qualitativamente diferente e não-repressivo”.⁴ A redução quantitativa da energia de trabalho e a superação dos controles repressivos impostos pela civilização (moderna) à sensualidade são alguns dos caminhos necessários⁵ em busca de uma “cultura não repressiva”, pensada por Schiller, conforme anota Herbert Marcuse.⁶

Com a revolução de Maio de 1968, expôs-se um mundo fragmentado, de certezas vacilantes, convicções que se estiolavam, dúvidas então assumidas que reclamavam a revisão de conceitos, dogmas, procedimentos, hábitos e praxes

³ ANDRÉS MUÑOZ. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO; HACHEM (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, p. 23.

⁴ MARCUSE. *Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*, p. 123.

⁵ MARCUSE, *op. cit.*, p. 169.

⁶ MARCUSE, *op. cit.*, p. 174.

culturais. O que se desejava era uma transformação das práticas políticas, liberdade sexual, redefinição da democracia, um novo papel à mulher na sociedade, superação efetiva das discriminações de qualquer ordem, uma reformulação da ética e da moral, do próprio papel da sociedade e do Estado.

Mas as reações aos movimentos sociais não são compreensivas. Como afirma Eduardo C. B. Bittar, muito comum, a partir de maio de 1968, foram as alas mais conservadoras invocarem a “ordem” ou a “lei” a justificarem o uso da força para a contenção dos rebeldes.⁷ O “interesse público” não poderia consentir com a balbúrdia, não se deveria consentir com a violação do equilíbrio que se acreditava reinante, não se poderia permitir o desrespeito com as tão valorizadas tradições.

Percebe-se, então, que nesse período o “interesse público” qualifica-se pela palavra do opressor, do Estado que suprime o diálogo, interdita o debate, suspende a liberdade de expressão, coage seus cidadãos.

Não é de se estranhar, então, que se pudesse acreditar — construir-se gradualmente — a justificação doutrinária de que o problema não se encontrava na forma de ver e definir o interesse público, mas na expressão em si. Como se algo que sempre animou as primeiras linhas da filosofia política — a expressão do coletivo, da participação na *polis* — pudesse carregar consigo todas as mazelas até então encobertas, um invólucro, o “interesse público” sob esta perspectiva, que sequer poderia ser comparado à caixa de Pandora porque nem mesmo a esperança haveria de ser ali encontrada.

A busca por compreender qual o suposto vício inato nesta expressão lançou-se ao passado, à formação do próprio Estado de Direito. Muitos juristas tencionaram realçar na formação do Estado de Direito a gênese destas mazelas que se abrigariam sob a proteção do rótulo “interesse público”.

Por esta perspectiva, a da formação do Estado de Direito, Daniel Wunder Hachem contextualiza com propriedade que desvios de fato ocorreram na elaboração do conceito de interesse público:

A percepção do que seria esse interesse público, na perspectiva do Estado Liberal burguês, já estava estreitamente vinculada com os direitos fundamentais, que nesse período eram vistos como proteções individuais dos particulares contra as arbitrariedades da Administração. O respeito ao interesse público estava na inexistência de obstáculos impostos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, notadamente na esfera econômica. Como já dito, a concepção liberal do “interesse público” refletia-se pela

⁷ BITTAR. *O direito na pós-modernidade*, p. 101-102.

garantia dos “interesses privados”, ideia largamente difundida pela classe dominante. O interesse privado se colocava diante do interesse público, eis que o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais, limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei.⁸

Mas apesar das vicissitudes a assombrar o Estado de Direito Liberal, de aproveitar-se do discurso do Direito em favor da nova classe que se firmava no horizonte do poder, a burguesia, ainda assim não há como negar a superação do Estado de Polícia e o seu despotismo esclarecido. Como afirmam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, o Estado de Direito é ainda o “contraponto axiológico” ao regime anterior.⁹

Portanto, não é bem na formação do Estado de Direito que se encontra a frustração da sociedade do terceiro milênio. O que parece efetivamente abalar a crença na efetividade da noção de interesse público desenvolve-se ao longo do próprio século XX, é a dificuldade ainda reinante de entendermos as transformações pelas quais passamos nas últimas décadas, as relações — públicas e privadas — que se revolucionaram, imbricaram-se e afetam permanentemente as nossas impressões do que pode ser *público* e do que resta ao *privado* — ou do público que foi apropriado pelo privado.

Zygmunt Bauman diz que vivemos *tempos líquidos*, uma *modernidade líquida*. A provisoriedade de nossas certezas, a indeterminação de nossas afirmações, tudo a valer efemeramente. O “fundir para solidificar” representava o paradigma da modernidade, mas a “perpétua conversão em líquido” (“estado permanente de liquidez”) marca os nossos tempos.¹⁰ A modernidade, prossegue o intelectual, caracterizava-se pela imagem da “cultura-jardim” e a consequente imagem do “jardineiro”: a ideia de que seria possível o controle social do tempo e do espaço. O Estado era o seu protagonista. O Estado moderno dominava. Mas a sociedade contemporânea quer livrar-se dessas amarras.

O abandono de toda e qualquer construção semântica que prima pelo coletivo — como se pode ter pelo “interesse público” — parece ser um caminho — de portas amplas — em busca de respostas. Caminho equívoco, permeado de riscos.

⁸ HACHEM. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, p. 94.

⁹ GABARDO; HACHEM. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO; RIBEIRO (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, p. 29-31.

¹⁰ BAUMAN. *Legisladores e intérpretes*, p. 12-13 et seq.

Pois a imersão na pós-modernidade em suas características as mais deletérias ao convívio social é a que prestigia a *lógica do individualismo* de que trata Gilles Lipovetsky.¹¹ Enfraquecidos os princípios sociais reguladores, potencializa-se a esfera da autonomia subjetiva. Prevalece a "ideologia individualista hedonista",¹² vive-se a *era do vazio*. Como afirma ele:

É evidente que a sociedade hipermoderna, ao exacerbar o individualismo e dar cada vez menos importância aos discursos tradicionais, caracteriza-se pela indiferença para com o bem público; pela prioridade frequentemente conferida ao presente e não ao futuro; pela escalada dos particularismos e dos interesses corporativistas; pela desagregação do sentido de dever ou de dívida para com a coletividade.¹³

A crise das sociedades contemporâneas não se encontra, então, no interesse público sob a análise da formação do Estado de Direito após a Revolução Francesa, nos primeiros anos do regime do Terror, na (de)formação inicial das relações públicas e privadas sob o domínio da burguesia. A crise é mais próxima e ao mesmo tempo mais profunda, reside no próprio ser humano presente, um marco característico do Estado pós-social.

2 O interesse público sob uma razão crítica

Os pensadores que acima mencionei e ainda outros contemporâneos à formação da Escola de Frankfurt representaram uma nova abordagem das ciências em geral, do pensamento filosófico em particular, animados não mais pela razão instrumental, e sim por uma *razão crítica*. A razão revelada e enaltecida pelos iluministas, que serviu à elaboração teórica do Estado de Direito, razão que perpassa todo o século XIX, potencializada com o positivismo filosófico de Auguste Comte e que se reflete no Direito na primeira metade do século XX com a teoria pura de Hans Kelsen. Uma *razão instrumental*. Típica da modernidade, intensamente presente no Estado de Direito, tanto o liberal quanto o social do início do século passado.

Mas no volver das elaborações e reelaborações da razão humana, sobretudo na primeira metade do século XX, reúnem-se pensadores que sinalizaram, cada qual à sua maneira, novos rumos. A Escola de Frankfurt promove os primeiros

¹¹ LIPOVETSKY; CHARLES. *Os tempos hipermodernos, passim*.

¹² LIPOVETSKY; CHARLES, *op. cit.*, p. 18-24.

¹³ LIPOVETSKY; CHARLES, *op. cit.*, p. 43.

roteiros para o abandono da razão instrumental ao encetar em substituição uma *razão crítica*. Como afirma Alysson Leandro Mascaro, “O princípio da crítica é a totalidade, na medida da compreensão dos fenômenos sociais não como dados brutos isolados, mas como interação dinâmica, dialética, que se constrói historicamente e na história se resolve”.¹⁴ A razão crítica, prossegue o autor, revela as “[...] engrenagens, ocultas e visíveis [...]” presentes em uma sociedade explorada e fortemente demarcada em classes.¹⁵ A insuficiência da razão instrumental exige uma mudança de postura, de paradigmas a respeito do exercício do poder.

A razão crítica, a perfazer-se junto ao interesse público com a sua revalorização, ao assumi-lo por outra forma, distinta da que antes — sob a razão instrumental — acreditava-se suficiente, *sólida*, esta razão crítica em busca de compreender o atual interesse público (fluido, incerto, *líquido*) alinha-se aos novos tempos. O interesse público do positivismo formalista, do Estado que repreende e sufoca qualquer capacidade de expressão de seus cidadãos, este de fato não poderia subsistir. Mas não é pelo mau emprego que se fez da noção, dos desvios perpetrados, das dificuldades que persistem à compreensão do que é o interesse público — tal como o amor, acima foi dito — que não se encontrem nele outras e novas sendas à construção de uma sociedade justa e solidária.

A crise que alguns divisam no interesse público não se dá então por seu próprio signo, mas especificamente pelo uso que dele se fez em alguns determinados momentos no curso da história da humanidade. Por certo, destas práticas — o início do Estado de Direito Liberal e principalmente as reações aos movimentos sociais de Maio de 1968 — não faltariam exemplos do quanto as distorções servem a buscar o oposto do que o potencial semântico da expressão poderia comportar — recorro os discursos humanistas dos revolucionários franceses e o período de Terror nos dez anos que se seguiram à Revolução, das proclamações políticas dos Estados Unidos da América em contradição à reificação do ser humano com as práticas escravocratas e segregacionistas durante os séculos XIX e XX.

Decerto, sem se reassumir o interesse público, compreendê-lo em relação às demandas sociais hodiernas, o que significa no Estado pós-social, então o que se pode esperar é a gradual — a continuação — privatização do patrimônio público (bens públicos, serviços públicos), o pertencimento do que a todos deveria pertencer ao domínio privado de poucos grupos econômicos, e tal como a mídia

¹⁴ MASCARO. *Filosofia do direito*, p. 508.

¹⁵ MASCARO, *op. cit.*, p. 509.

potencialmente tem servido à manipulação e à alienação de nossas necessidades pessoais, igualmente nos chancela a legitimação deste *espetáculo* de supostas melhorias sociais condicionadas ao estiolamento do interesse público. As lições de Guy Debord, a esta altura, devem ser lembradas:

A alienação do espectador em favor do objeto contemplado (o que resulta de sua própria atividade inconsciente) se expressa assim: quanto mais ele contempla, menos vive; quanto mais aceita reconhecer-se nas imagens dominantes da necessidade, menos compreende sua própria existência e seu próprio desejo. Em relação ao homem que age, a exterioridade do espetáculo aparece no fato de seus próprios gestos já não serem seus, mas de um outro que os representa por ele. É por isso que o espectador não se sente em casa em lugar algum, pois o espetáculo está em toda parte.¹⁶

A alienação do cidadão frente ao esgarçamento da noção do interesse público sujeita-o à condição de mero espectador passivo, desinteressado politicamente, sem esperança, contemplador acrítico da apropriação privada do patrimônio do qual é um dos titulares.

O que é preciso, portanto, é permanentemente descobrir o *interesse público*, pois a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello é simultaneamente pós-moderna, pós-social — alguns *paradoxos* da hipermodernidade (Gilles Lipovetsky), o clássico que se renova na contemporaneidade:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto participe da Sociedade (“entificada juridicamente no Estado”), nisto se abrigo também o “depósito intertemporal destes mesmos interesses”, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.¹⁷

O *interesse público*, portanto, subiste, mesmo que em nossos tempos apresente-se *líquido*. O que é preciso, pois, é assumi-lo enquanto dever de densificá-lo em justificativa às práticas administrativas, em prestação de contas ao cidadão a respeito das políticas de gestão que são eleitas em prioridade. O interesse público líquido impõe a impessoalidade, o dever de enfrentar os precedentes

¹⁶ DEBORD. *A sociedade do espetáculo*, p. 24.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 60-61.

administrativos (as gestões anteriores não podem ser simplesmente olvidadas, mas a eventual superação deve ser esclarecida), o compromisso de expor por que e para qual fim (planejamento) que se age.

Conclusões – O dever de motivar frente ao interesse público líquido

O que se acentua nesse contexto apresentado é a revisão do *dever de motivar* no exercício da competência discricionária da função administrativa. Um dever de motivar não pelo tradicional prisma — sem dúvida alguma, relevante — do regime democrático ou do princípio republicano, mas sim, tal como anunciei ser o objeto central deste artigo, em razão da realidade dúctil do interesse público contemporâneo.

Em vez de equivocadamente proclamar-se a morte do interesse público, entendo que a sua compreensão por este peso da pós-modernidade, diante de sua definição rarefeita em relação ao que foi no passado, exige intensificar o dever de motivar.

Por intermédio da fundamentação séria — clara, coerente, circunstanciada com os fatos, comprometida com os precedentes administrativos (para reafirmá-los em continuidade ou para superá-los, mas desde que se assuma o ônus de esclarecer a sua superação) —, o interesse público renova-se, explicita-se, confere oportunidade à realização da dignidade humana.

Lúcia Valle Figueiredo diz que a motivação é “[...] a pedra de toque para o controle da discricionariedade [...]”.¹⁸ Se a lição servia à modernidade, à própria formação do Direito Administrativo, quanto mais se torna importante diante da ausência da “cultura-jardim” e da figura do “jardineiro” (Bauman), em face de um interesse público não mais sólido e de contornos precisos, mas sim rarefeito.

Lembre-se que a motivação não se confunde com o motivo do ato administrativo, pois enquanto este é a causa a deflagrar a declaração jurídica da Administração Pública, a motivação é a *fundamentação* para a sua prática. Integra, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁹ a “formalização” do ato; é a sua “exposição de motivos” que deve relacionar os *fatos*, a *norma jurídica* aplicável e a “[...] ‘relação de pertinência lógica’ [...]”²⁰ entre os fatos e a norma. Florivaldo Dutra de Araújo destaca que a motivação não se confunde com o ato em si, pois a motivação é a justificação do ato pela demonstração argumentada de que os

¹⁸ FIGUEIREDO. *Direito público: estudos*, p. 305.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 372-373.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 372-373.

motivos e a finalidade são idôneos e de que há relação de causalidade entre estes. Em suas palavras: “[...] a motivação não pode ser o ato em si (conteúdo e forma), por ser-lhe algo externo, qual seja, a demonstração de sua validade”.²¹

A motivação faz-se indispensável à concretização do processo de interpretação jurídica, torna-se, portanto, indispensável à densificação semântica do *interesse público*.

Em tempos de *interesse público líquido* a motivação torna-se essencial a servir, como afirma Tomás-Ramón Fernández,²² de critério diferenciador entre o discricionário e o arbitrário. Apenas a fundamentação adequada revela que a Administração age nos limites de sua competência. Em última análise, é a motivação do ato administrativo que permite ao controle judicial, quando provocado, avaliar se houve atuação fora dos limites legais — o que se qualifica como ato arbitrário, passível de invalidação. Tomás-Ramón Fernández²³ enfatiza a importância da motivação como instrumento apto a aferir a legitimidade da discricionariedade. Por meio da motivação, diz ele, é que se apura se há coerência lógica entre o exercício da competência discricionária e os fatos, a realidade fenomênica a qual se dirige.

Se o interesse público na atualidade é por natureza indiscutivelmente poroso, difuso, muito mais do que em qualquer outra época faz-se indispensável não apenas exigir a motivação, mas dela se esperar a efetiva contextualização dos fatos e dos valores sopesados. Pois o mundo contemporâneo não comporta mais a imprópria figura do intelectual — acrescento: do administrador público — como “legislador”, diz Zygmunt Bauman, uma vez que se deve assumir o “papel de intérprete”,²⁴ de quem não mais dita, mas busca compreender a vida que o cerca. O pluralismo é irreversível, há uma escalada mundial sobre as múltiplas e diversificadas “visões de mundo”, e a comunicação entre as diversas tradições torna-se um dos maiores desafios de nossos tempos.²⁵ Há necessidade premente de “[...] especialistas em tradução entre tradições culturais”.²⁶

Diante dessa fragorosa realidade, a atuação do administrador público deixa de ser a de “legislador” do interesse público, de anunciar, bruta e secamente, o suposto fundamento de sua ação — ou de sua omissão — pela singela invocação

²¹ ARAÚJO. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 93-94.

²² FERNÁNDEZ. *De la arbitrariedad de la administración*, p. 89-90.

²³ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 94.

²⁴ BAUMAN, *Legisladores e intérpretes*, p. 196.

²⁵ BAUMAN, *op. cit.*, p. 170.

²⁶ BAUMAN, *op. cit.*, p. 197.

do termo “interesse público”. Não se mostra suficiente às práticas administrativas a simples invocação da expressão “interesse público”, não apenas porque o regime democrático e o princípio republicano já exigem a motivação, mas ainda porque vivemos numa sociedade que mais do que nunca exige do agente público uma postura de *intérprete*, um mediador das diferenças culturais, da diversidade de costumes e tradições, um ator social que deve representar e justificar-se em relação às plurais formações que compõem o mosaico social.

Ser agente público em exercício de uma função administrativa na pós-modernidade significa assumir o compromisso menos de prescrever e ditar unilateralmente os conteúdos possíveis do interesse público (sempre reduzidos, por esta formatação), e mais de ser interlocutor comprometido em traduzir e realizar as aspirações e as necessidades tão díspares, paradoxais e fundamentais, das múltiplas comunidades e os seus cenários que anseiam a realização da liberdade, justiça e solidariedade sociais (art. 3º, I, Constituição Federal), valores que dependem de um Judiciário sensível ao seu papel junto ao Estado de Direito.

Portanto, a melhor forma de realizar o interesse público na contemporaneidade é assumi-lo *líquido*, e não por uma noção ultrapassada. Enfrentá-lo então em sua incerteza, com toda a sua indeterminação, o que longe de relegá-lo exige da Administração Pública o dever, primeiro, de assumir seu papel de *intérprete* da sociedade, e por esta perspectiva entender que as plurais aspirações sociais que tornam o interesse público tão esboroado apenas confirmam ser indispensável redobrar o ônus de motivar as práticas administrativas.

The Post Modern Age and the Liquid Public Interests

Abstract: Post modernity intensifies the complexities involved in the understanding and definition of public interests. Critical reasoning presents itself unsatisfactory to the fulfillment of general administrative actions. There is therefore the need to comprehend the contemporary challenges and the role played by motivation to meet public interests.

Key words: Post modernity. Post social state. Administrative action. Liquid public interest. Motivation duty.

Referências

ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum 2010.

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. 4. ed. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 4. ed. Madrid: Civitas, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud*. Tradução Álvaro Cabral. 8. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*. Traducción Marina Gáscon. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós-modernidade e o interesse público líquido. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-144, abr./jun. 2013.

Recebido em: 15.12.2012
Aprovado em: 17.04.2013