

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

VITÓRIA-ES
2011

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Aloísio Krohling.

VITÓRIA-ES
2011

DIRCE NAZARÉ DE ANDRADE FERREIRA

A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
E O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Aloísio Krohling.

Aprovada em _____ de _____ de 2011

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Aloísio Krohling
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Universidade Federal de Santa Catarina
Membro

Prof. Dra. Gilsilene Passon Francischeto
Faculdade de Direito de Vitória
Membro

Ao Erich,
com profundo amor materno.
Uma forma de compensar a ausência,
nas longas horas roubadas pelo estudo.

E quem garante que a História
É uma carroça abandonada
numa beira de estrada
ou numa estação inglória?

A História é um carro alegre
cheia de um povo contente,
que atropela indiferente
todo aquele que a negue.

(Chico Buarque de Holanda)

AGRADECIMENTOS

Ao querido esposo Odemir, pela compreensão, apoio e auxílio nesta caminhada. A família é o núcleo que abriga, abraça e nutre o pesquisador nas horas mais solitárias.

À socióloga Denise Tavares, minha querida irmã pelo incentivo e apoio desmedidos nas horas em que tudo parecia faltar.

Ao professor Aloísio Krohling pela sabedoria, paciência, e inteligência elevadas com as quais conduziu este trabalho. Atitudes de grandes almas, grandes homens. Agradeço a Deus por ter colocado um mestre tão sábio em minha trajetória acadêmica.

Ao professor Daury Cesar Fabriz, pelos excelentes ensinamentos constitucionais.

Às professoras Gilsilene Francischeto, da FDV; Marilene Olivier, e Suzane Petinelli, da UFES, sou grata pela ajuda, nas horas em que a ciência racional foi demasiadamente cruel, a humanização se fez presente.

À professora Elda Bussinger pela competência, dedicação e empenho no mestrado.

Aos colegas de mestrado Alcenir, Greyce, Yumi, e Atila pela amizade fraterna, o auxílio incondicional. A razão da ciência é nada sem o apoio da emoção, e ela vem do grupo fraterno que nos acolhe.

RESUMO

O presente trabalho busca entender como a ética pode se aproximar da interpretação no neoconstitucionalismo para implementar o princípio da supremacia de interesse público e atualizar o Direito Administrativo tornando-o aproximado da Constituição. Foi a ética a atuação do Estado pelas vias da supremacia do interesse público desde o liberalismo até o Estado democrático de Direito. A tríade Estado, Constituição, e gestão pública se fez presente no Estado moderno como perspectiva de gerar o modelo razoável que fosse capaz de racionalmente afastar os interesses privados da esfera pública. Todavia, a intenção do Estado restou desfocada e sem ética, pois enquanto entidade abstrata o Estado é manejado imediatamente pelos administradores públicos que lhes concretizam os atos. Então o Estado pelas vias do interesse público afastou a ética e privilegiou imediatamente seus administradores públicos. O recuo histórico efetivado neste trabalho demonstrou que desde o fenômeno da Revolução Francesa o discurso do Estado de afastar o interesse privado pelas vias do interesse público foi paradoxal, pois agiu por intermédio de seus gestores e canalizou esforços para os interesses privados de quem maneja o poder. Neste aspecto, as Constituições assim como o princípio da supremacia de interesse público, foram elementos de racionalidade focada à burguesia. Os aspectos racionais do Estado liberal, assim como os elementos sociais do Estado de bem estar e as nuances do neoliberalismo demonstram quão destorcida a forma com a qual a supremacia do interesse público foi canalizada à vontade privada, esvaziada da ética ou utilizando-a de forma utilitária. No Estado democrático de direito o neoconstitucionalismo questiona a supremacia de interesse público e a forma aética do Estado anular o cidadão. Ao invés da estrita legalidade administrativa a Constituição é interpretada por princípios mitigando a verticalidade, tentando corrigir aquela distorção. Sem ética, essa ação se torna nova falácia, pois representa novo giro focando institucionalmente interesses privados, uma vez que a interpretação aberta pode fluir subjetivamente para focar a pessoa e novamente o interesse privado. Para dar suporte a essa relação complexa, a ética rizomática se adere ao fenômeno na perspectiva de interpretar o princípio da supremacia de interesse público através dos princípios constitucionais e dos princípios da ética enquanto rizoma descrito por Gilles Deleuze. Assim o Direito faz um caminho interdisciplinar com a sociologia e filosofia observando os princípios: ruptura, conexão, multiplicidade, e cartografia.

PALAVRAS CHAVES: Liberalismo – Estado Democrático de Direito – Supremacia de interesse público – neoconstitucionalismo – Rizoma - Ética.

ABSTRACT

This study wants to understand how ethics can approach the interpretation in neoconstitutionalism to implement the principle of supremacy of public interest law and update the board administrator making it approximately the Constitution. It was unethical state action by way of the supremacy of public interest from liberalism to the democratic rule of law. The trilogy State Constitution, and public management has been present in the modern state as the prospect of generating reasonable model that was able to rationally exclude the private interests of the public sphere. However, the State's intention remains blurred and unethical, as an abstract entity as the state is handled immediately by public officials that they embody the acts. Then the State by way of public interest and ethics departed immediately focused their public administrators. The reduction effected in this historic work has shown that since the phenomenon of the French Revolution of the State speech to drive out the private interest by way of public interest was paradoxical because acted by his managers and channeled efforts to the private interests of those who wield power . In this respect the constitution and the principle of the supremacy of public interest, were elements of rationality focused on the bourgeoisie. The rational aspects of the liberal state, as well as elements of the state's social welfare and the nuances of neoliberalism show how distorted the way in which the supremacy of public interest was channeled to the private will, devoid of ethics or using it so utilitarian. In the democratic state neoconstitutionalism questions the supremacy of public interest and unethical way the state set aside the citizen. Instead of strict administrative law, the Constitution is interpreted by mitigating the upright principles, trying to correct that distortion. Without ethics, this action becomes a new fallacy, because it represents new twist institutionally focused private interests, since the interpretation open can flow to focus the person subjectively and again the private interest. To support this complex relationship, ethics rhizomatic clings to the phenomenon from the perspective of interpreting the principle of supremacy of public interest through the constitutional principles and the principles of ethics as described by Gilles Deleuze's rhizome. Thus the law makes an interdisciplinary way with the sociology and philosophy by observing the principles: rupture, connection, multiplicity, cartography.

KEYWORDS: liberalism - the Democratic State of Law - Supremacy of public interest - neoconstitutionalism - Rhizome - Ethics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 – DO LIBERALISMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS	15
1.1– A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
1.1.1- Cláusulas gerais.....	32
1.1.2 - Ponderação.....	34
1.1.3– Princípios.....	37
1.2– PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	41
1.2.1– A supremacia da constituição.....	46
1.2.2 –A presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público.....	49
1.2.3- A unidade da constituição.....	51
1.2.4– A razoabilidade ou proporcionalidade.....	52
2 – AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	55
2.1 – O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	66
2.1.1 – As divergências entre o princípio da supremacia de interesse público e o Estado democrático de Direito.....	76
2.1.1.1 – A dicotomia público-privado.....	78
2.1.1.2 – Assimetria entre Estado e particulares.....	81
2.1.1.3 – A inadequação da supremacia de interesse público como princípio.....	83
2.2 – A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	86
3 – DO RACIONALISMO AO RIZOMA: OS CAMINHOS DO ESTADO E A ÉTICA NA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	96
3.1 – O ESTADO PÓS-MODERNO E O ESGARÇAMENTO DA ÉTICA.....	106
3.1.1 – A consolidação do Estado banalizado: a não- ética do neoliberalismo.....	110
3.2 – O RIZOMA E SEUS PRINCÍPIOS.....	117
3.2.1– Conexão e heterogeneidade.....	119
3.2.2 – Multiplicidade.....	122
3.2.3 – Ruptura assignificante.....	128
3.2.4 - Cartografia e decalcomania.....	129
3.3 - A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA APLICAR A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	132
4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS.....	147

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 – DO LIBERALISMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS	17
1.1 - A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	27
1.1.1 – Cláusulas gerais	34
1.1.2 - Ponderação.....	36
1.1.3 – Princípios.....	39
1.2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	43
1.2.1– A supremacia da constituição	48
1.2.2– A presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público.....	51
1.2.3 – A unidade da Constituição.....	53
1.2.4– A razoabilidade ou proporcionalidade	54
2– AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	57
2.1– O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DE INTERESSE PÚBLICO: DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	68
2.1.1 – As divergências entre o princípio da supremacia de interesse público e o Estado democrático de direito	78
2.1.1.1 – A dicotomia público-privado.....	80
2.1.1.2 – Assimetria entre Estado e particulares.....	83
2.1.1.3 – A inadequação da supremacia do interesse público como princípio	85
2.2 – A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	88
3 – DO RACIONALISMO AO RIZOMA: OS CAMINHOS DO ESTADO E A ÉTICA NA SUPREMACIA DE INTERESSE PÚBLICO	98
3.1. – O ESTADO PÓS-MODERNO E O ESGARÇAMENTO DA ÉTICA.....	108
3.1.1 – A consolidação do Estado banalizado: a não-ética no neoliberalismo.....	112
3.2 – O RIZOMA E SEUS PRINCÍPIOS	119
3.2.1 – Conexão e heterogeneidade	121
3.2.2 – Multiplicidade	124
3.2.3 – Ruptura assignificante	129
3.2.4 – Cartografia e decalcomania.....	131
3.3 – A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA APLICAR O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	133

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS 139

REFERÊNCIAS 149

INTRODUÇÃO

O Estado enquanto estrutura racional organizada para dar conformação à sociedade é fruto de transformações sócio-históricas muito complexas. Como o Estado é impregnado pelo elemento da historicidade e contradições, suas práticas são carregadas de subjetividades que se perfazem através de rupturas.

Esta pesquisa tem como objetivo demonstrar a dinâmica de atuação do Estado moderno e a forma como utilizou o princípio da supremacia do interesse público ao longo dos recortes históricos denominados Estado Liberal, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

O Estado fez uma trajetória pendular ligada tanto à política quanto às transformações sociais, na história. Na era moderna (recorte de análise desta pesquisa) o Estado racional tem a tarefa de gerar bem estar na coletividade, pois é representante desta. Mas a história demonstrou que o Estado influenciado por grupos de poder, desenvolveu um percurso de dominação na sociedade, desde o Liberalismo até o Estado democrático de Direito. Neste caminhar se transformou em aparelho coercitivo utilizado para servir à classe que o gerou.

O Estado se edificou sobre ruínas de velhos clãs com a perspectiva de remodelagem, mas se apropriou das práticas dessas classes, reproduzindo-as em menor ou maior grau. E assim utilizou o princípio da supremacia de interesse público pelas vestes neutrais da lei tanto no Estado liberal, quanto do Estado Social e também no Estado democrático de Direito.

Este último apresenta maior potencial de adversidade, por que se mostra como Estado constitucional onde florescem os direitos fundamentais, mas desenvolveu o Estado neoliberal que se apresentou como perfil ideológico cujas condicionantes foram doutrinas econômicas do livre mercado. A desigualdade entre Estado e Sociedade encontrou nos três momentos a justificativa do princípio da supremacia do interesse público como elemento sancionador das ações do próprio Estado.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público permanece como axioma informador do Direito administrativo desde o Estado liberal até hoje, e proclama superioridade do Estado de tal forma, que coercitivamente a ele é concedido poder assimétrico em relação ao

particular. O Estado se ergue soberano sobre a vontade privada de seus cidadãos por se entender que a administração pública é guardiã dos interesses coletivos.

Ocorre que no paradigma do Estado democrático de Direito o movimento de transformação da sociedade repensa o Direito e suas matrizes positivistas, impulsionando críticas ao Direito Administrativo e ao princípio da supremacia de interesse público. Se o pensamento liberal que criou o conceito de direito administrativo vislumbrou o conjunto de princípios harmônicos que regem os fins do Estado e lhes deu supremacia, agora o movimento neoconstitucionalista tenta transformar a supremacia em diálogo da lei com a Constituição.

A aproximação da supremacia do interesse público com a Constituição traz para a interpretação deste princípio, novos elementos. Na sociedade plural a aplicação da lei divide espaço com a interpretação principiológica revisitando velhas práticas tanto na interpretação do Direito Administrativo quanto na ação de sua supremacia de interesse público.

Assim, o Direito Administrativo é chamado a efetivar ponderação na aplicação da supremacia fazendo uma análise individual de cada caso concreto, na tentativa de expurgar as assimetrias entre particular e Estado, geradoras de injustiças perpetradas pelo Estado. São criadas novas práticas, a Constituição ganha novo espaço e se transforma em pólo irradiador que dialoga com o Direito Administrativo, tendo como mediadora a própria sociedade e seus imperativos sócio-políticos.

Nesse cenário a supremacia do interesse público tem seu espaço de discricionariedade mitigado pela juridicização que se reveste de diálogo entre poder judiciário e Constituição para flexibilizar interpretações e adequá-las à fluidez da sociedade plural, pois a própria Constituição é estrutura política aderente à sociedade.

Ao poder judiciário são concedidas novas atribuições interpretativas, suas ações já não se resumem à aplicação mecânica da lei, isto por que o próprio princípio da legalidade no direito administrativo se une aos princípios constitucionais. A deslegalização ou delegificação é fenômeno que atua junto à Administração pública para impulsionar a flexibilização das decisões de acordo com o caso concreto a ser analisado, gerando assim a Constituição Administrativista, unida ao poder judiciário. É o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo avulta como nova teoria apontando críticas ao exacerbado princípio da supremacia de interesse público, demonstrando que sua imperatividade foi adequada no nascedouro do Direito Administrativo com a teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu. Porém no Estado democrático de direito, mostra-se sem sintonia com a Constituição. Assim, a desconstrução da supremacia de interesse público é tema novo que surge na perspectiva de mitigar a assimetria do Estado face ao cidadão.

Neste aspecto, a administração pública reflete a vontade de seus cidadãos, logo o interesse público que lhe é peculiar deveria ser resultante do conjunto dos interesses desses indivíduos considerados como membros da sociedade. Não é o que ocorre, todavia. Resultam desta relação unilateralizada do direito administrativo, elementos paradoxais que podem suscitar grandes discussões acerca do papel do Estado no trato com a coletividade. Na verdade essa contradição emerge do próprio embrião do direito administrativo, uma vez que seu nascedouro justificou-se junto ao constitucionalismo, como forma protetiva do Estado Liberal.

Por conseguinte, embora do direito constitucional tenha emergido grandes ondas de evolução, o direito administrativo permanece atado aos esquemas racionais do liberalismo. Assim, o princípio da supremacia pela via simplista pode por em risco a tutela aos direitos fundamentais, pois o Estado age pelas vias da autotutela. Na interpretação do direito administrativo se acoplam traços autoritários incompatíveis com o atual momento democrático do Brasil e com a própria Constituição Federal que abriga os princípios de administração pública. No contrafluxo da sociedade democrática os dilemas atuais do direito administrativo emergem como incômodos paradoxos.

Mas o direito administrativo se constitui como disciplina própria do Estado Moderno, por que se configura como normas delimitadoras da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes. Entretanto, esse balizamento ao tempo que determina, convive com a supremacia do interesse público, que amplia poderes. Daí sua contradição. Para o neoconstitucionalismo o direito administrativo parece já nascer paradoxal: é que no afã de romper com o Estado francês e preencher lacuna deixada pela monarquia, acaba depositando aos pés do Estado uma gama de poderes que podem parecer sem limites.

Destaque-se todavia que o momento plural da sociedade democrática pode ser traduzido também em uma complexidade que não comportaria arbitrariedades. Se de um lado o direito administrativo cinge ações de seus administrados à lei como forma de boa gestão, de outro ele próprio, deposita nas mãos do Estado abstrato a supremacia arbitrária permitindo justificar em nome dela, quaisquer atos.

Dai a crise do direito administrativo. A crise da razão parece compatível com o direito moderno e pode representar uma fratura ou afastamento de direitos fundamentais do cidadão. Desta forma, o Estado pode cometer atos autoritários utilizando o princípio da supremacia como escudo autoprotetivo, estabelecendo bases conflitantes no interior do próprio sistema que rege a administração pública.

Ocorre que o neoconstitucionalismo transforma a Constituição em pólo irradiador do Direito na sociedade. Isto impele às inquietações e dúvidas tanto por ser um modelo transplantado de países europeus a exemplo da Alemanha (Robert Alexy), Itália (Ferrajoli) com aproximação também da teoria americana (Ronald Dworkin), como por se tratar do princípio da unidade da Constituição que se contrapõe ao sistema plural aberto.

Essa matriz transplantada de outras sociedades e aplicada em locais diferenciados daqueles onde fora gestada, pode acarretar conseqüências indesejáveis se não forem observadas certas adequações. O transplante de teorias eurocêtricas e americanas é novo questionamento que abre um leque a outros pontos reflexivos.

O Estado democrático de direito se aproxima do direito administrativo e direito constitucional pela via principiológica, mas essa aproximação pode significar vassalagem doutrinária se for conduzida pela colagem indiscriminada de um modelo de sociedade cientificamente mais avançada à outra colonizada e em fase de desenvolvimento.

Assim se perfaz o dilema atual do direito administrativo, enquanto conjunto de idéias alienígenas transplantadas de outra realidade. E ainda, como princípio de supremacia do interesse público manejado pelas vias flexíveis da subjetividade a administração se irroga coercitiva, podendo gerar resultados tão injustos quanto os do modelo anterior e que nem por isso conseguiu blindar a administração pública de toda sorte de pessoalidade e favoritismos.

Tendo como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público e suas caracterizações constitucionais no liberalismo, no Estado Social de Direito e no Estado democrático de Direito, a problematização deste trabalho consiste:

- Como a ética pode se aproximar da interpretação no neoconstitucionalismo para implementar o princípio da supremacia de interesse público?
- Como o princípio da supremacia do interesse público pode ser interpretado no Estado Democrático de Direito para cumprir os direitos fundamentais?
- Como equilibrar interesses públicos e privados no novo paradigma constitucional?"

A premissa metodológica deste trabalho foi construída pelo método múltiplo dialético uma vez que se pretendeu refazer um recuo histórico para pontuar a supremacia do interesse público na história constitucional do Estado e suas variações. Sem ter a pretensão de esgotar tema tão complexo, a pesquisa trouxe a temática da eticidade para atender os reclames do novo paradigma denominado Estado democrático de Direito.

A idéia do rizoma de Gilles Deleuze foi tomada como uma forma de dar suporte ao Estado na ação do princípio da supremacia do interesse público no campo ético. Nesse aspecto, o método que se adequou melhor ao trabalho foi o múltiplo dialético. E por se tratar de pesquisa qualitativa, a premissa teórica foi construída sob pesquisa bibliográfica, almejando discorrer sobre as interações entre o princípio da supremacia de interesse público e a ética rizomática.

Dentre outras, as principais obras que deram suporte ao trabalho foram: Uma Teoria do Direito Administrativo (Gustavo Binbenojm) que trata da supremacia do interesse público no neoconstitucionalismo; Interesse Público versus Privados (Daniel Sarmento) que recoloca o cidadão como elemento mais importante que o Estado, invertendo a lógica liberal; A Ética da alteridade e da responsabilidade (Aloísio Krohling) que trata da ética como matriz rizomática e sua articulação com o Direito; Mil Platôs (Gilles Deleuzes) que trata do rizoma e seus princípios; e por fim a Teoria Crítica dos Direitos Humanos (Herrera Flores) que trata da ética rizomática. A pesquisa se revestiu como estudo transdisciplinar com corte transversal estabelecendo diálogos entre ciências que se dialeticizam, tais como: sociologia, direito, e filosofia.

Trata-se de tema relevante pois ética é materialização da justiça. Ética é matriz dos outros princípios e deve dialogar na busca do bem comum tomado como interesse da coletividade. Significa que o Estado deve ter condutas morais inarredáveis diante do cidadão para fazer cumprir seus direitos fundamentais, observados os princípios da justiça, da Constituição e da própria ética rizomática que informa todos os demais.

O intrigante tema supremacia de interesse público envolve dentro da ciência do direito as sub-áreas Direito Constitucional e Direito Administrativo nascidas na era moderna, então por se tratar de pesquisa de cunho histórico se teve o cuidado de não trazer ao texto somente dados cronológicos acrílicos, situados em um feixe escalonado. Por via contrária, se fez uma retomada histórica pontuando os temas dentro da metodologia do múltiplo dialético: Estado, supremacia de interesse público, Constituição e ética, com interlocução uns aos outros.

O plano de estudo da pesquisa foi desenvolvido em pesquisa bibliográfica e está assim constituído: o primeiro capítulo representa um recuo histórico para situar as mudanças constitucionais e seus impactos. Foram pesquisadas características das Constituições nos modelos de Estado: Liberal, de Bem Estar Social e no Estado Democrático de Direito. Em seguida foi pontuada a importante interpretação que se efetiva no Estado Democrático de Direito e as transformações pelas vias principiológicas, que transformaram o Direito Constitucional e que refletiram no direito administrativo.

O segundo capítulo trata das transformações do direito administrativo, bem como do princípio da supremacia de interesse público e a maneira como foi utilizado no Estado nos três momentos históricos, pontuando suas divergências e fragmentação, e a trama utilitária em que fora mergulhada o fenômeno jurídico destorcendo a ética. O terceiro capítulo descreve a Ética e sua malversada utilização, desde o aparato racional do Estado Liberal até os desencantos do Neoliberalismo. No final do capítulo estão demonstrados os princípios do rizoma de Gilles Deleuze e a ética rizomática desenvolvida por Herrera Flores para aplicar o princípio da supremacia de interesse público.

1 – DO LIBERALISMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AS MUDANÇAS CONSTITUCIONAIS

Como forma de evitar o recrudescimento do regime monarquista, o liberalismo junto à tradição do sistema jurídico iluminista concederam maior valoração às leis¹, alçando-as como a vontade do povo traduzida em textos jurídicos. O racionalismo liberal individualista inspirou os modelos de Estado e das Constituições.

Às cartas liberais cabia disciplinar o poder estatal estabelecendo tanto a estrutura do Estado, quanto a proclamação dos direitos fundamentais do indivíduo, tomando por base a liberdade dos cidadãos face ao Estado. É desse modelo as características do Estado individualista uma vez que focado no modelo de concorrência e individualismo mergulha na relação de abstenção como forma de resolução de conflitos.

Dáí a noção de Estado com forte utilização da lei como fonte inspiradora imediata do operador do direito, na perspectiva estruturadora da sociedade. Binjenbojm (2006, p. 61) sobre este aspecto ressalta a pouca relevância dada às Constituições, explicando que “considerava-se que a Constituição não seria norma jurídica dotada de [...] imperatividade, mas antes uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas”.

Na verdade essa pouca relevância foi observada em várias sociedades, pois o momento gerador da teoria constitucionalista tem raízes localizadas em tempos e espaços dissociados, mas pode ser traduzido como transformação geratriz de constituições edificando nova ordem, sobretudo regravando a sociedade. Canotilho (2010, p.10-11) ao explicar o conceito de Constituição, ressalta que se trata de uma “[...] ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito, onde se declaram liberdades e direitos, bem como se fixa poderes políticos”.

¹ Bello (2007, p. 7) destaca que “na esteira das constituições escritas, concebidas como garantia para estabilidade e respeitabilidade do pacto político e sociais, o movimento das codificações corporificou o espírito da primeira versão do Estado de Direito e passou a valorizar a positividade das normas”. Embora marcos históricos estanques não sejam a temática dessa pesquisa, é possível dizer que essas características ocorreram no final do século XIIIIV, estabelecendo ruptura com teocentrismo e inaugurando modelo de ciência jurídica como produto da razão, inaugurando assim o Estado Liberal, ou pré modernidade.

Assim os documentos constitucionais embora representassem grande avanço retratando a nova ordem jurídico-política, não raro se configuravam como coletânea de aspirações de determinada sociedade, sem contudo comprometer-se com a efetividade de seu conteúdo. Barroso (2005, p. 5) na mesma linha de raciocínio destaca que,

[...] na Europa até meados do século passado, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade.

O modelo de anseios constitucionais era tributário também da sinonímia do Estado enquanto mera subsidiariedade. O alheamento do Estado mínimo e sua neutralidade não intervencionista acabaram por gerar constituições contraproducentes, à medida que sem a convicção da sociedade elas se transformariam em cartas de desígnios e intenções.

Assim se consolida o conceito jurídico de Constituição com uma roupagem racionalista enquanto crença na ciência, fé no progresso e evolução do homem. O método das ciências exatas inspirou fortemente os modelos constitucionais, em oposição à metafísica. Inaugura-se a fusão do princípio empírico com a lógica, preconizando a idéia da previsibilidade enquanto premissas descritivas às quais os fatos se amoldam. Vem daí a constituição neutral, afastada da vida.

Esse deslocamento tem raízes na corrente formalista², pois ela vê a norma jurídica como principal objeto da relação, cabendo ao intérprete adequar a moldura formal da lei ao fato. O silogismo tem na Escola da Exegese (França) e na Escola da Jurisprudência (Alemanha) suas principais matrizes, sendo que essas duas escolas inauguram a era das codificações utilitárias.

O elemento político institucional do racionalismo se ajusta ao Estado moderno do contratualismo individual ou Estado demo-liberal do Direito, o qual tentou dominar juridicamente o poder estruturando-se na separação dos poderes, legalidade e independência. A especificidade jurídica é um traço também destacado pois o Direito se identifica somente com a lei enquanto expressão da vontade geral. E como a lei é escrita, se exige que dela seja extraída uma verdade única, daí a univocidade na interpretação das Constituições, focalizando-as como axiomas, pois a lei é vista como axioma, funcionando como ponto de partida para a dedução, formando assim um circuito formal silogista.

² As correntes “formalista” e “positivo- realista” compuseram o positivismo. Sendo que o positivismo positivo-realista se apropriou do tema da filosofia e o desdobrou nas Escolas: histórica (Savigny), Escola de jurisprudência dos interesses (Philip Heck), Escola da teoria do interesse social (Roscoe Pound), Escola de Uppsala (Alf Ross) e Escola do positivismo Sociológico (Leon Duguit).

O elemento funcionalista contido no modelo racional vem das características da apropriação inadequada da Lógica. Começa a preconizar igualdade formal perante à lei, assim como a certeza da aplicação do direito, e por conseguinte segurança jurídica. Destaque-se que essa bula racional acabou por conduzir o legislador à onipotência, e transformou o juiz em mero aplicador da lei. Nesse modelo é possível observar a fragmentação da justiça com o elemento político.

A metodologia para aplicação do Direito na era das codificações foi o monismo jurídico. Neste aspecto se observa a racionalidade e a teoria do ordenamento jurídico como dogmas do direito para ocasionar segurança jurídica. A principal metáfora do racionalismo é a figura piramidal constituída de escalonamentos hierárquicos tendo a constituição como vértice. Com o Direito Administrativo não será diferente, pois como fruto do Liberalismo, o Estado se afasta da sociedade se auto imunizando pelo princípio da supremacia pública.

Esse modelo racional se cientificiza convertendo o Direito em ciência moderna isomórfica. Mas com ele nasceram também vigorosas dúvidas e atos de resistência. No início do século XX eclodem eventos que se transformam em lutas - o socialismo, o manifesto de Karl Marx em 1948, a Revolução mexicana de 1910 são exemplos de movimentos contrários ao momento político anterior.

O florescimento das idéias socialistas desloca o campo de ação individual do racionalismo, dando ênfase no social coletivo em detrimento do atômico do modelo anterior. São do século XX as lutas pelos direitos sociais cujo eixo central traduz-se na busca pela materialização da igualdade³.

Este momento histórico denominado Estado de bem estar social⁴ apresenta dimensões políticas e econômicas diferenciadas focalizando o Estado como agente de produção e organização da economia. Desta maneira, o pacto conformador do Estado de bem estar social

³ Os direitos denominados de primeira geração surgem como o Estado liberal, fundando-se nas idéias da protetividade do indivíduo face às ameaças do Estado. A liberdade prepondera como valor, todavia há um caráter negativista, entendido como neutralidade ou afastamento no Estado, no sentido de não intervenção nas relações Sociais.

⁴ As Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919) são marcadamente dois eventos demarcadores da avulsão do Estado Social. Nele, os direitos denominados de segunda geração preconizam as prestações materiais. O abstencionismo do Estado é substituído por intensa atividade no âmbito dos direitos sociais, com ampliação dos direitos do Estado providência, com forte ênfase do ideal de direitos humanos.

destaca que cabe ao Estado fazer intervenções na sociedade para melhor assegurar as formas de existência social. Assim como cabe ao Estado intervir na economia para promover igualdade material e democratizar a sociedade.

Desta forma o Estado providência significou naquele momento histórico, o desenvolvimento de políticas sociais e implementação de intervenção estatal para equilibrar os contrastes do modelo liberal que lhe foi antecessor.

As Constituições do Estado de bem estar social buscam a diminuição da desigualdade através da realização de promessas de direitos fundamentais e sociais sem contudo desprezar o modo de produção capitalista. Assim no cotejo dele são ofertadas redes de assistência social e regime previdenciário abrangentes, que somados às ações do Estado na área econômica, dão ao modelo atuação estatal diferenciada.

As leis foram bastante questionadas neste modelo, fato que contribuiu para o debate sobre sua ineficácia. A descrença na força normativa da Constituição como elemento rígido, estático e cindida da sociedade ganha força. Assim emerge a tese de que a Constituição deveria ser aproximada da sociedade, com aspecto material. Logo, foram dotadas de programaticidade dissolvendo o aspecto jurídico racional afastado da comunidade. A queda do grau de normatividade da Constituição foi substituída pela edificação da politização.

A tese de Lassale (1988, p. 6-10) é que a verdadeira essência da Constituição é a acomodação das exigências sociais, e de nada servirão as definições jurídicas se ela não alcançar os fatores reais do poder que regem a sociedade. A Constituição é alicerce e suporte de validade das demais leis, logo os fatores reais de poder são a força ativa que informa leis e instituições jurídicas vigentes.

Para Lassale (1988 p.18) há conjugação entre direito e sociedade, pois este amálgama compreende a Constituição como força eficaz e determinante que sedimenta a base do sistema e atua sobre ele como um sol a irradiar energia. Para o autor a Constituição é uma folha de papel que deve se curvar à realidade concreta, logo os fatores reais do poder quando escritos no papel, se transformam em fatores jurídicos.

A força da Constituição se localiza nos fatores reais de poder, pois segundo Lassale (1988, p. 23-27) a Constituição só é vinculante quando corresponde ao real, significando dizer que se adapta aos fatos reais vigentes na sociedade. Sem isso há desvanecimento da normatividade transformando a Constituição em mero texto cindido da sociedade. La Salle (1988, p. 45) destaca que a Constituição trata de problemas políticos, e neste sentido, destaca que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder”.

Hesse (2001, p.34-36) ao tratar do tema destaca que a Constituição estabelece uma relação de coordenação com a realidade, por isso deve observar a situação histórica e seus condicionantes. Daí o autor afirmar que a força normativa da Constituição depende da práxis conjugada entre sua vontade e a vontade dos partícipes, em uma adaptação às condicionantes fáticas que considera as estruturas dialéticas da própria sociedade e da Constituição.

Para Hesse (2001, p. 31-34) a Constituição está condicionada à face histórica, mas essa relação não se configura apenas o reflexo de uma dada realidade, é necessário multiinterconexão, pois o elemento normativo ordena e conforma a realidade político-social, e por sua vez é impulsionada também por ela. Hesse (2001, p.12) ressalta que entre a norma estática e a realidade dinâmica há uma tensão necessária e imanente que não se pode desconsiderar. Esses conflitos todavia, embora observadas no Estado de Bem Estar Social, foram negligenciadas pelo Direito Administrativo que permanece com a mesma neutralidade do modelo anterior, uma vez que se tornara campo autônomo da ciência jurídica, negando as tensões sociais.

Atendendo essas tensões necessárias e às próprias forças sociais, a protetividade do Estado de bem estar assume a incumbência de materializar igualdade e assim o faz por intermédio de farta legislação, o que culminou com o fenômeno denominado “inflação legislativa” (BINENBOJM, 2006, p. 62) o que de certa forma pode ter inviabilizado o modelo.

Ademais, a criação excessiva de normas gerou microssistemas legais atuando fora dos Códigos Civis, que acabavam por exercer força, culminando com o fenômeno da descodificação. Como forma de atender demandas sociais a resposta do Estado (dentre outras) foi editar leis pulverizando-as na sociedade – ação que pode ter gerado paradoxos, pois o excesso de leis e a incapacidade de cumprimento exauriram suas forças.

Junte-se a esse fenômeno a complexidade dos conflitos na sociedade demandando instrumentos normativos peculiares, para questões pontuais na sociedade. Portanto, o atendimento às demandas diferenciadas pode ter gerado o fenômeno “privatização da produção de leis” (BELLO, 2007, p.9) com forte cunho de atendimento ao mercado e à financeirização social, o que de certa forma causa descrédito.

Essas transformações advindas de constelação de forças contidas na sociedade e no Estado pressionam o Direito, que enquanto ciência social não pode se isolar nos códigos. Paralela à descodificação, o século XX conduz os países⁵ à jurisdição constitucional como movimento ampliativo com conotações diferenciadas. O Direito Administrativo permanece sem modificações, reproduzindo os mesmo modelos na esfera liberal, vislumbrando o Estado como elemento supremo, que se reporta aos códigos negando demandas sociais.

Mas a sociedade mudou e diferente daquela que ergueu o Liberalismo, deseja outros movimentos com conotações diferenciadas. Barroso (2006, p. 5) destaca que o século XX apresenta três momentos histórico-sociais de conotações bem demarcadas, cada um deles com denominações apropriadas e características peculiares, sendo que nos três momentos o Direito Administrativo e seu princípio da supremacia de interesse público não se modificam. Para ele o Estado liberal inaugura a etapa da pré-modernidade, seguido pelo Estado de Bem Estar social na era da modernidade; e por fim a pós modernidade desenhada com as colorações do Estado neoliberal ou Estado democrático de direito.

Sobre as características do Estado democrático de direito Sarmiento (2005, p.xi) destaca que a dogmática jurídica sofreu profundas transformações de um conjunto de idéias que sob a denominação genérica de pós-positivismo ou principialismo, tem a perspectiva de superação do legalismo escrito.

Como superação do positivismo o Estado democrático de direito se articula com o pós-positivismo e se remodela, Sarmiento (2005, p.xi) cita como exemplo dessas remodelações: “[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica

⁵ Barroso (2001, p. 2-6) destaca que o marco histórico do novo paradigma foi o constitucionalismo pós segunda guerra mundial, especialmente na Alemanha e Itália. No Brasil, inicia-se com a constituição de 1988. O autor destaca que a reaproximação da constituição e democracia produz nova reorganização sócio-política.

constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”

Essas transformações sócio-políticas refletem remodelações na ciência e também em seus objetos e conceitos subjacentes. As Constituições e os olhares que se lançam sobre esses documentos são exemplos de transmutação social. Como exemplo de transformações no final do século XX inicia-se o movimento denominado neoconstitucionalismo.

Barroso (2005, p. 10-12) destaca que são três os marcos delimitadores do neoconstitucionalismo. O marco histórico foi a ressignificação da ciência jurídica no final da segunda guerra mundial, foi neste momento pós guerra⁶ que valores como ética e moral se reaproximam do Direito. O marco filosófico que traça a linha limítrofe desse momento histórico foi o questionamento do positivismo com posterior ascensão do pós-positivismo.⁷ E por fim o marco teórico significando uma gama de idéias.⁸

Pelo neoconstitucionalismo a constituição ganha novo tônus, passando a representar junto às leis esparsas, o documento da mais alta relevância, isso representa a superação da noção reducionista de governo regrado e de garantias individuais formais. Por via contrária, a constituição passa a ser vislumbrada como força plural capaz de impulsionar o sistema jurídico, e assim o faz como núcleo interconectado com as demais normas que com ela são complementares e dialógicas implicando verdadeira sinergia jurídica que como tal demanda novas interpretações.

O reconhecimento da importância da constituição enquanto corpo jurídico de regras aplicadas à sociedade conduz à idéia de que somente plasmar a ordenação jurídica em documento escrito, não significa assegurar direitos. Agora eles deverão ser interpretados conforme o momento político e o contexto social.

Importa ressaltar portanto a intenção do projeto modernizante de organização social instado na Constituição, pois estabelece declarações de que o conjunto de direitos fundamentais,

⁶ A constituição da Alemanha ou Lei fundamental de 1949 e a Constituição da Itália em 1947 são elementos históricos demarcadores da transmutação constitucional.

⁷ O pós-positivismo é uma releitura do positivismo, uma vez que significa um conjunto complementar de novas idéias entre elas a argumentação jurídica e a leitura moral do Direito com aproximação da Filosofia.

⁸ Dentre essas idéias, destaca-se a nova interpretação constitucional, a expansão da jurisdição Constitucional e a força normativa da Constituição.

liberdades e organização do governo, estão fixados como balizamentos para limitar excessos, mas de forma pluralizada deve ela conjugar as mudanças sociais.

O panorama sofre mudanças também a partir do conteúdo das constituições, uma vez que de forma ampliativa ganha contornos capazes de se transformar em força ordenadora para instituir-se como lei fundamental. A constituição tem papel de condicionar o discurso jus-filosófico a ponto de gerar nova teoria do direito fundada no paradigma do constitucionalismo.

E nesse aspecto a idéia de Constituição ganha subjetividade significando um conjunto político imerso em forças plurais da sociedade⁹, vislumbrada como grandeza influenciadora ou nos dizeres de Sarmiento (2003, pp.70-78) “a constituição se transforma em estatuto fundamental do Estado e da sociedade”.

A partir dessa visão a forte crítica à racionalidade, principalmente ao modelo legiscêntrico faz emergir a Constituição com novo papel na sociedade diferenciada¹⁰. Barroso (2005, p. 12) destaca que se passa a reconhecer a força normativa da constituição, plasmando nela um caráter vinculativo de tal forma dotado de imperatividade cuja inobservância pode deflagrar mecanismos de coação.

Pelo neoconstitucionalismo a avulsão de pensamentos contextualizados tenta romper as metas narrativas universalizantes se opondo à visão estanque de predição do mundo encerrado em jaulas. O vínculo social inaugura novas conexões complexas com conflitos sociais de categorias de alta complexidade com elementos causadores multifatoriais. Diante dessa configuração dialética a lei mecanicista já não mais se adequa pois tem dificuldade de interpretar e de dar solução adequada ao caso.

Nesses tempos de incerteza no plano jurídico instaura-se novo modelo de constituição enquanto estatuto reflexivo, permitindo existência de pluralidades que por sua vez sejam

⁹ Barroso (2001, p. 6-10) ressalta que “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. [...] sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares”.

¹⁰ A idéia de novo movimento constitucional diferenciado implica que o pluralismo é conotação heterônima pois permeia a sociedade em campos múltiplos tais como: político, religioso, lingüístico, cultural, etc.. Assim as constituições já não mais tem papel passivo; ao contrário, se dinamiza na sociedade a tutela desses direitos díspares.

capazes de compatibilização com as recorrentes rupturas advindas do mundo atual. Para Guastini (2003, p. 49) “o neoconstitucionalismo engloba o denominado pós-positivismo, apresentando-se apto a promover a efetivação dos direitos fundamentais” nas novas articulações sociais.

Desta forma o neoconstitucionalismo representa importante aproximação entre direito e moral, significando também aderência entre direito e ética na perspectiva de rompimento com a legalismo escrito, demonstrando relevante sutileza com a leitura do direito, sem ser contudo, metafísico. Isto por que a garantia constitucional dos direitos individuais não se restringe somente à aplicação de direitos defensivos clássicos. A garantia constitucional engloba uma ordem complexa de direitos.

A aplicação do ordenamento jurídico, por sua vez, é inspirado na teoria da justiça trazendo à tona idéias de normatividade dos princípios, uma vez que a forma da nova hermenêutica também se reaproxima da filosofia enquanto desenvolvimento edificante da dignidade pautada na expansão da jurisdição constitucional. Bello (2007, p.13) ressalta que o direito constitucional tornou-se “[...] o epicentro do ordenamento jurídico hodierno [...] representa a matriz por intermédio da qual devem ser extraídos os elementos e técnicas necessárias para a deliberação do norte de cada ramo subsidiário do Direito.”

Logo, estão presentes no neoconstitucionalismo o afastamento da verticalização na interpretação do constitucionalismo clássico, uma vez que a abstratividade jurídica positivista celebra a técnica pura do direito. Pelo modelo puro, o ordenamento jurídico é vislumbrado de forma simplista qual um complexo de normas abstratas com forte ênfase no normativismo. Guastini (2003, p. 43) destaca que “o neoconstitucionalismo tem impacto principalmente na cultura legiscêntrica” desconstruindo o positivismo.

Para Cittadino (2004, p.34) pelo neoconstitucionalismo “existe uma transformação, um jogo mutável de forças plurais”¹¹ na sociedade que interagem entre si, em si, e com a Constituição. Essa interação impulsiona, dá vida ao ordenamento, transmutando a morfologia jurídica e por conseguinte a estrutura constitucional, transformando-a em tessitura aberta.

¹¹ Existe uma perspectiva interdisciplinar entre Filosofia do Direito e Direito Constitucional na perspectiva de atendimento dos direitos fundamentais uma vez que há polissemia entre os temas, daí a perspectiva plural do fenômeno de constitucionalização, inclusive buscando a viabilização de diálogo intercultural na sociedade globalizada.

Decerto que o neoconstitucionalismo é teoria antiformalista uma vez que demanda necessidade de se estabelecer limites legais ao poder político e agregar valores capazes de remodelar interpretações a partir da conjugação da constituição com a sociedade. Logo, o novo paradigma que envolve a constituição representa a tentativa de obscurecer os caracteres generalistas e de abstratividade do modelo racionalista, e se tenta abrir dialogicidade sobretudo através da interpretação e do reconhecimento dos princípios constitucionais.

O neoconstitucionalismo se espraia pela sociedade estabelecendo transformações em inúmeros campos do direito. Na esfera pública o direito administrativo que concede sustentáculo à atividade do Estado, também se vê pressionado pela inserção de novos conceitos e revisitação de práticas mais clássicas. Duarte (2004, p. 55) lembra que há um “[...] desafio de que as decisões constitucionais se produzam a partir de uma prática discursiva” e que envolvam outros ramos do direito.

O conjunto de alterações advindas do neoconstitucionalismo abraça a esfera pública e principalmente com ela necessita estar em sintonia como forma de gestão moderna. Profundas transformações no Estado brasileiro condicionaram novas posturas na administração pública e por conseguinte o exercício de novos conceitos também se tornam emergentes.

Barroso (2005, p. 23) ressalta que o Estado inicia seu exercício de transformação preconizando alterações na economia e na administração pública tais como a desestatização de alguns setores, a mudança na prestação de serviços e exploração de atividades econômicas por particulares, e principalmente a modernização da administração pública. Junte-se a isso a permissão de estabelecimento de parcerias com capitais estrangeiros conjugada com a diminuição expressiva da atuação do Estado em determinados setores.

Assim, nova dinâmica é efetivada na administração pública gerando Estado com valores constitucionais que se aplicam na sociedade estabelecendo conceitos de garantia jurisdicional na esfera pública. Barroso (2005, p. 4) explica que “no direito público, a onda é a governabilidade. Fala-se em [...], *delegisficação*, desregulamentação” com aplicação direta da Constituição.

Desta forma pelo pensamento neoconstitucional o Direito administrativo necessita revisitar seus conceitos clássicos uma vez que ainda guarda resquícios de outro momento político social, e como tal está em dissonância com a Constituição. Destaque-se nesse aspecto que alguns elementos são traduzidos para o Direito administrativo como forma de adequação aos tempos atuais, e dinamização do fenômeno neoconstitucional. Então elementos diferenciados avultam no cenário da administração pública na perspectiva de traçar com ela caminhos alternativos.

Como elemento de roupagem diferenciada vislumbra-se a estreita aderência da administração pública à Constituição pois há crença em sua força vinculante e normativa. Conjugado com isso há pressão pela redefinição do Direito Administrativo, a partir da Constituição, pois a força normativa da constituição é conjugada com a expansão da jurisdição constitucional. Então a hermenêutica constitucional é diferenciada e questiona o princípio da supremacia do interesse público, a partir da *neo* interpretação da Constituição. Esta utiliza para interpretar, dentre outros aspectos: as cláusulas gerais, os princípios, e a ponderação, elementos tratados no próximo tópico.

1.1 - A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade contemporânea revela-se como tessitura fluida que ora se mescla de determinadas conotações, ora as expurga, trazendo dilemas de tal complexidade com os quais o esquema racional dantes observado na doutrina positiva, já não mais consegue conviver e sequer solvê-los. Barroso (2006, p. 3) ao descrever a dinâmica transformadora da atualidade chama a atenção para a perplexidade, desatacando que [...] a paisagem é complexa e fragmentada [...] vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam [...]”.

Nesta nova configuração ocorreram transformações de magnitude tal, que os conceitos racionalistas tem dificuldade de acompanhamento da dinâmica. Daí ser possível dizer que há uma dicotomia entre sociedade e a ciência do direito positivista, sendo necessária implementação de mudanças na formas interpretativas do Direito.

Pelas singularidades do mundo atual destaca-se o sobressalto da deterioração rápida dos conceitos, conduzindo ao enfraquecimento da base de regulação positivista dada sua perenidade e fixidez. Desta forma, é possível ressaltar a dificuldade do positivismo em efetivar as leituras dos fenômenos multifatoriais da sociedade atual.

Na verdade as diretrizes do positivismo legal destacam regras enquanto prescrições à conduta humana com pouca conexão entre ética e moral. Implica dizer que o conceito legal tem valor em si mesmo e resta indiferente às análises históricas e sociológicas enraizadas nas trajetórias dos sujeitos. Destaque-se ainda que o sistema legal é hermético, e do qual a correta decisão pode ser deduzida com significado lógico sem referência aos objetivos sociais ou princípios morais.¹²

Se é verdade que se pode falar na limitada capacidade do positivismo em lidar com a fluidez da realidade moderna, também é válido destacar que essa limitação advém da própria operacionalização distanciada dos postulados clássicos, pois sua forma hermética de lidar com a realidade, na maioria das vezes nega as características valorativas do fenômeno jurídico.

Para ilustrar tal cenário Duarte (2004, p. 42) leciona que “o formalismo se explicita em uma concepção de teoria de Direito [...] construído sob o paradigma das ciências naturais” o que preconiza o não envolvimento da ciência com os fenômenos, significando portanto afastamento neutral na interpretação.

Barroso (2006, p. 8) entende neutralidade como “distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, [que] pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais”. Aqui instaura-se a aplicação da reprodução mecanicista da lei, elaborando-se interpretação objetiva culminando com o sentido da univocidade hermenêutica.

Mas nesse novo momento turbulento¹³ o direito como fenômeno social recebe pressões para expurgar teoremas racionalistas, para então ser envolvido pelo novo olhar de interpretação subjetiva da ciência. Nesse novo olhar a ação que se apresenta é mais dinâmica na

¹² As idéias como abstração, generalidade e razão impulsionaram o direito no século XX. O Direito minimizou ideais éticos e políticos para ajustar-se às necessidades regulatórias do Estado liberal.

¹³ A mudança no cenário se dá principalmente no contexto pós-guerra (segunda guerra mundial) com a percepção de que a neutralidade jurídica serviu como base racionalista para justificação do conflito.

interpretação dos fenômenos e dialoga com vários campos de produção do saber, daí a nova concepção da ciência do direito, pois ela supera as regras estáticas e se torna mais aderente aos fenômenos sócio-políticos.

O paradigma constitucional moderno reclama sensibilidade da ciência de forma a dialogar com a diversidade, de forma reflexiva, interpretando-se de forma dialética os elementos da ciência jurídica. O Direito Administrativo começa a sofrer pressões para se modificar e acompanhar as interpretações menos racionais do Estado democrático de Direito.

Bello (2007, p.17) sobre esse aspecto destaca as novas roupagens jurídicas afirmando que “há questões que o Direito isoladamente não consegue responder, [...] faz-se necessário, portanto, a abertura [do Direito] para interdisciplinaridade”, o que significa elevada transformação da ciência jurídica.

E embora essa transformação da ciência jurídica não implique total rompimento com concepções clássicas, observa-se que elas vêm revestidas de roupagens mais dialéticas, que na verdade significam corrosão da base de regulação distanciada. O sistema legal como abertura na nova hermenêutica mostra porosidade com elementos de outras ciências estabelecendo diálogo.

Na trilha deste raciocínio, Barroso (2006, p.7) destaca que “o neoconstitucionalismo é um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito Constitucional”. O autor destaca que no Brasil, é possível apontar marcos variados ao fenômeno: como marco histórico, tem-se a formação do Estado Constitucional de Direito; já como marco filosófico, ocorreu com a avulsão do pós-positivismo caracterizado pela reaproximação entre Direito e ética. Essa relação com a ética havia sido rompida desde o Liberalismo e permanecera fragmentada, especialmente no Direito Administrativo.

E por fim como marco teórico, destaca-se o conjunto de mudanças que incluindo dentre elas o reconhecimento da Constituição como elemento de articulação no ordenamento jurídico, tanto no interior dos países democráticos, quanto fora deles. Na sociedade global observa-se o fenômeno da Constituição supranacional à medida que a Constituição transforma-se em documento transnacional, incorporando em seu texto normas próprias de direito internacional.

Assim é possível falar da Constituição dialogando dentro e fora dos limites da soberania do Estado, em movimento dialogical que olha as diferenças com alteridade.

É neste quadro que segundo Binbenojm (2001, p.64) “pode-se falar numa supremacia não apenas formal mas também material da Constituição relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente acolhidos pela Lei Maior”.

Desse conjunto de fenômenos resultou um processo denominado de constitucionalização do Direito entendendo-se que a lei infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição, de forma que impõe ao jurista a revisitação de conceitos nas diversas disciplinas para submetê-las à releitura constitucional, já que esta se configura como núcleo do ordenamento devendo ser efetivamente cumprida.

A distinção qualitativa que ora se apresenta na interpretação é dentre outros aspectos, a importante aproximação entre Direito Constitucional e Ética. Barroso (2006, p. 28) ensina que o constitucionalismo moderno ilumina valores que “migrando da filosofia [...] materializam-se em princípios abrigados na Constituição” e trabalhados com a ética.

Então a interpretação vai além da legalidade escrita estabelecendo imbricações complexas com a leitura ética da Constituição. Por conseguinte Binbenojm (2001, p. 55) leciona que “a constituição e seus sistemas de direitos fundamentais incorporam princípios morais” que não podem ser desconsiderados pelo intérprete.

Neste aspecto o neoconstitucionalismo é um paradigma de rearticulação da ciência jurídica com a ética através do direito constitucional, na perspectiva de reconstrução do próprio fenômeno jurídico e sua interpretação. Pensar a ciência jurídica junto à nova hermenêutica ética significa compreender conjuntos de fatores que imulsionam os fenômenos e lhes injetam multicolorações, que exigem na interpretação interlocuções com outros elementos que se articulam à lei.

Diante disso é possível destacar com bastante ênfase a “dissolução da imagem homogênea do direito em conseqüência das tensões a que se vê submetido o ordenamento jurídico” (DUARTE, 2004, p.46). Essa mutação aduz que de certa forma os métodos tradicionais de integração e interpretação do direito mostram carência de elementos para impulsionar os

fenômenos jurídicos, dada a complexidade da sociedade que agora clama por soluções interpretativas dotadas de sincretismos. Com efeito, há demandas para se utilizar na interpretação uma de elementos transversais e conexos para entender a norma e dialogar com ela.

Transmuta-se desta forma, o papel dos operadores do direito, que segundo Barroso (2005, p. 18) “tornam-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” submetendo-as à semântica constitucional e à ética.

É relevante compreender sobretudo que a tarefa de interpretação para o neoconstitucionalismo significa considerar cenários que envolvem o fenômeno interpretado e com ele dialogam, estabelecendo assim uma ação interpretativa inspirada na teoria da justiça¹⁴. É na verdade dos cenários que contem o fenômeno que o intérprete pode extrair juízos valorativos éticos, expurgando desde logo critérios personalistas.

Junto aos cenários ou campos donde avultam os fenômenos, o aspecto temporalidade também é outro elemento que se liga à interpretação para fornecer ao intérprete seus significados, isto por que o ser humano como ser histórico recebe influências sócio-culturais do tempo e espaço que lhes acolhe.

Destaque-se que o homem possui dimensões sócio-políticas que se desdobram pela memória e desvelamento que ocorrem principalmente pelo sentido da linguagem. Para o neoconstitucionalismo interpretação tem caracteres de flexibilização pois o fenômeno social é poroso e recebe caracteres de cada sociedade onde floresce, logo há uma interpretação fluida, principalmente por que o sistema de interpretação que acompanha o intérprete é móvel.

Desta forma, a noção de neoconstitucionalismo reafirma a tese de que a comunicação remete à atribuição de sentido e entendimento dos fenômenos analisados, fazendo-se reaproximação entre Direito e Filosofia de maneira que por essa nova hermenêutica a dignidade humana seja alçada como valor elevado no manejo da Constituição. Daí a noção de percepção na

¹⁴ Binenbojm (2001, p. 51) ensina que as obras “*Teoria da justiça*” e “*Liberalismo político*” lançadas por John Rawls são consideradas marco inicial do debate pós-positivista no campo da filosofia, as obras destacam principalmente os princípios fundamentais que estruturam o Estado e os direitos e liberdades fundamentais e cidadania, revisitados.

interpretação, pois os juízos valorativos do intérprete estão carregados de práticas sociais que impulsionam sua própria história.

Sendo que pelo novo paradigma, o intérprete resgata a constituição da periferia do ordenamento normativo para ocupar espaço de núcleo donde emanam valores, e com eles estabelece um emergente de sintonia que também liga-se aos critérios de tempo e espaço social.

Barroso (2006, p. 332) para ilustrar essa gramatura destaca que “[...] a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela” envolvendo novas práticas, todavia não desprezando os critérios mais clássicos da subsunção. Daí ser possível falar na complementaridade da interpretação, uma vez que tradição e modernidade se mesclam, uma vez que na Constituição são incorporados valores e opções políticas que devem ser considerados na interpretação, segundo o tempo histórico-social.

Entende-se essa posição como verdadeira, uma vez que os valores mais elevados da sociedade são postos na Constituição, e uma vez nela corporificados transformam-se em balizamentos demarcadores da sociedade, que tem na constituição o pólo irradiador desses valores. Logo o intérprete há de fazer intelecções dialógicas entre elementos multifuncionais que se relacionam e dão tónus ao fenômeno. Neste aspecto a Constituição é filtro donde escoam elementos do ordenamento jurídico, traçando neste fluir conexões morais.

Isto por que sendo a Constituição novo artefato para amalgamar relações jurídicas, ela se reveste de elevada carga axiológica e passa a ser elemento de filtragem na sociedade, de tal maneira que ocorre verdadeiro fenômeno de constitucionalização do direito. Barroso (2006, p.338) entende que “a Constituição passa a ser encarada como sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores suprapositivos no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham papel central”.

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional quer se destacar que a singularidade da norma constitucional demandou nesses novos tempos um elenco próprio de elementos desenvolvidos para suprir a carência do método tradicional, sem contudo anular suas premissas, mas dialogar e dialogar com elas. Binbenojm (2001, p.53) assevera que “a

Constituição assume, como nos albores do liberalismo, a feição de uma constituição-garantia”.

O fenômeno da constituição alçada como elemento de valor mais elevado cria o fenômeno da constitucionalização do direito, uma vez que o efeito ampliativo da importância da Constituição consegue alcançar diversas esferas da sociedade, formando com elas a lógica dialética da comunhão de objetivos fincados na garantia dos fundamentos democráticos. Daí a importância da expansão da interpretação considerando-se a complexidade com que o fenômeno constitucionalização do direito dinamiza as relações sociais.

Assim é de se dizer que nos novos parâmetros de interpretação, além dos fenômenos da constitucionalização do direito e da força normativa da Constituição emergem elementos de flexibilidade e adequação da Constituição à sociedade. Considerando que neoconstitucionalismo é paradigma recente e como tal se reveste de multicausalizações, envolvendo complexas teias conceituais que se intreligam a outros fenômenos e outras ciências¹⁵, inclusive.

Desta forma, reconhecendo a profundidade do tema, e sem a pretensão de esgotá-lo, esta pesquisa selecionou algumas categorias de interpretação que adequam-se aos objetivos e problemas de pesquisa demonstrado, sem contudo deixar de considerar a importância das demais categorias.

Como a área de estudo deste trabalho interdisciplinar envolve dentre outros campos os direitos constitucional e o administrativo, especificamente o princípio da supremacia do interesse público, a análise foi delimitada nas categorias de interpretação da Constituição, jogando luzes nos princípios e sua nova hermenêutica.

Barroso (2005, p. 34-38) destaca que este novo olhar que remodela a interpretação passa a trabalhar com diferentes categorias, tais como: os conceitos indeterminados, a proporcionalidade, as cláusulas gerais, a ponderação, a colisão de normas constitucionais, e os

¹⁵ A constituição brasileira de 1988 traz conotações interdisciplinares, à medida que incorpora em seu texto temas relacionados às diferentes áreas da ciência jurídica tais como direito penal, administrativo, civil, internacional, dentre outros.

princípios. Para esta pesquisa foram selecionadas as categorias: cláusulas gerais, ponderação de normas constitucionais e princípios constitucionais.

1.1.1 – Cláusulas gerais

A Constituição como sistema aberto exposto ao diálogo constitui-se de um conjunto de regras e princípios com forte tendência integrativa, por assim dizer ativo, mas complementar ao ordenamento jurídico formando a idéia de totalidade integrativa que apresenta aspectos não simétricos, significando dizer dialéticos. Essa noção de dialeticidade implica reconhecimento de critérios mais generalistas evocando quase sempre a idéia de conjunto incompleto, que também remete ao conceito de incerteza.

Destaque-se que a Constituição nesse novo paradigma forma a idéia de conjunto de unidades reciprocamente consideradas, valendo dizer um sistema complexo¹⁶ interconectado às demais normas. Barroso (2006, p.339) ao destacar o papel da interpretação da Constituição leciona que “o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios” mas que denotam noções de incompletude, uma vez que se o fenômeno jurídico é inacabado, complexo.

Isto significa, portanto, que a estrutura e conformação constitucional repousam na idéia imperfeita da inexatidão racional, demonstrando multicausalizações de demandas - essa organicidade que envolve o sistema pode apresentar permanentes tensões, pois o convívio entre antagonismos é a tônica da sociedade, principalmente na era pós-moderna. Ressalte-se portanto, que a ciência jurídica constitucional como estudo dos fenômenos sociais também opera com panoramas de ambigüidades e conflitos, devendo apresentar-se aberta.

Por conseguinte enquanto conjunto teleológico a Constituição é fruto de momentos históricos que se apresentam enquanto rupturas e tensões de determinados fatos que lhes antecederam. Constituições são sínteses da pluralidade de forças culturais e sociais que deliberam a ordem em determinado momento histórico, implicando dizer a vontade do povo como elemento plúrimo que também se reveste de forças e tensões permanentes na sociedade.

¹⁶ Sobre o tema ver, Morin, Edgar. *O Pensar Complexo*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. O livro trata da forma como a ciência vem substituindo o pensar racional pelo orgânico.

Nesta seara, as Constituições são por excelência diálogos abertos que carecem de esforços intelectivos cuja interpretação possa aclarar as dialeticidades de seus objetivos que muitas vezes se mostram comandos de direções pluralizadas. Logo as cláusulas gerais são conceitos jurídicos porosos de alta flexibilidade que muitas vezes mostram-se indeterminados, já que possuem tessitura aberta necessitando portanto de impulsos hermenêuticos para que sejam interpretados de forma congruente à Constituição.

Por que são dotados de plasticidade, as cláusulas gerais fazem importantes intercâmbios como o meio social, apresentando-se como a síntese da dinâmica da incompletude tão presente na esfera da pós-modernidade. Neste aspecto a Constituição recebe empuxos sociais apresentando cláusulas gerais que exigem reflexivas ações, demandando também que o intérprete apresente conhecimentos ampliados para que sua leitura seja intelectual¹⁷, considerando as peculiaridades de cada caso concreto e a aderência à norma.

Cláusulas gerais Constitucionais são portanto, diretrizes alargadas que apresentam-se incompletas no texto constitucional. São na verdade normas em abstrato que no fluxo social podem sofrer diferenciações envolvendo múltiplas colorações pois são principiológicas, de forma que as receptividades que possuem com o meio social são na verdade galerias donde fluem elementos subjetivos.

Daí Barroso (2005, p. 23) com propriedade afirmar que “não há univocidade na interpretação [...] e que a norma em sua dicção abstrata já não mais desfruta da onipotência [positivista]”. É que no fluxo da sociedade atual os conflitos se mostram diferenciados e já não mais contemplam interpretações verticalizadas como se as esferas sociais replicassem as mesmas ações de forma estanque.

Por via contrária, a vida e seus imperativos demonstram caleidoscópicas colorações, exigindo ações interpretativas complexas, daí a própria Constituição não poder apresentar-se como pirâmide exata de exibição de normas. Logo, a Constituição é sistema aberto apresentando amplas conexões - tanto com os demais ramos do Direito, quanto com a sociedade que os impulsiona.

¹⁷ Sobre o tema v. PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS – TYTECA Lucie. Teoria da Argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Nessa dimensão plural a interpretação da Constituição pelas cláusulas gerais pode apresentar ambigüidades, pois elas são abertas. O Direito se torna fenômeno de diálogo entre si mesmo nas diversas áreas e entre outras ciências, logo esse diálogo pode suscitar conflitos de interpretação, colisão entre suas normas. Esses entrecosques são na verdade, a riqueza do fenômeno da interpretação, e necessitam portanto de ponderação subjetiva na aplicação.

1.1.2 - Ponderação

As normas são descrições de situações fáticas, que devem ser analisadas em confronto com a complexidade do todo para aplicação no caso concreto. Necessitam de sopesamento pois não se constituem mandamentos racionais exatos, prontos para concretização objetiva, podendo-se dizer que não possuem fundamentos de validade auto executável, necessitando do juízo de valor ou ponderação, quando interpretadas.

A Constituição sendo sistema orgânico é mutável aos imperativos e reclamos da sociedade, e uma vez que apresenta diferenciação, impulsiona uma multiplicidade de categorias e normas infraconstitucionais que podem apresentar tensões e conflitos internos, já que o Direito faz parte de ciência não exata.

Assim Barroso (2006, p.346) destaca que “ponderação é técnica jurídica aplicada a casos de difícil aplicação” explicando que casos difíceis¹⁸ são situações que permitem aplicação de diferentes normas de mesma hierarquia e que podem apresentar múltiplas soluções. Essa amplitude de respostas contidas em normas diversas, gerando por seu turno soluções diferenciadas desafia o intérprete a pensar outra solução que não seja somente a idéia subsuntiva.

Em situações de tal complexidade, quase sempre há tensões nos interior das normas, provocando entre elas o fenômeno da colisão. Nestes complexos casos a subsunção não é a melhor escolha, uma vez que sua adequação não corresponde ao caso, isto por que subsumir significa trabalhar com elemento verticalizado, e em muitos casos faz-se subsunção pela interpretação unívoca. Desta forma a ponderação se adequa “na colisão de normas

¹⁸ Dworkin (2002, p. 126) explica que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem o poder discricionário para decidir.”

constitucionais, especialmente de princípios – mas também, eventualmente, entre princípios e regras, e entre regras e regras (BARROSO, 2006, p. 362)”.

Diante de tal caracterização a técnica de sopesar elementos valorativos das normas significa análise criteriosa para através de concessões interpretativas recíprocas, valorar os elementos dos lados colidentes. A técnica interpretativa de ponderação faz exame minucioso das normas para então escolher aquela que melhor se adequa tanto ao caso concreto quanto à própria Constituição. Para Binenbojm (2001, p. 108) “a ponderação é forma de proporcionar acomodação otimizada” entre normas díspares.

Trata-se portanto de raciocínio complexo que analisa de forma sistêmica as normas envolvidas implicando balanceamento de valores, significando dizer que faz sopesamento analítico de pólos contrários, para a partir de valorações pessoais formar a síntese ou julgamento interpretativo.

Na ponderação se trabalha de forma multidirecional aplicando-se a adequada decisão. Binenbojm (2001, p.109) faz magistral conceito de ponderação ressaltando que “a ponderação pode ser compreendida como método destinado a estabelecer prevalência entre elementos que se entrelaçam”.

Desta forma a interpretação apresenta-se como processo de transformação dialética, elaborando-se estratégias de rupturas que saltam de um lado a outro para combinar e expurgar elementos antes de se formar o juízo de valor. É estratégia argumentativa dual e híbrida que se perfaz a partir de análises procurando minimizar riscos de não atendimento à Constituição. Barroso (2006, p. 346-347) descreve a ponderação em três etapas, aqui sucintamente descritas:

Na primeira cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso identificando conflito entre elas [...] na segunda cabe examinar os fatos e circunstâncias concretas do caso [...] e na terceira etapa a ponderação singulariza-se em oposição à subsunção, [sendo que] esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade.

Desta forma é possível destacar atividades cognitivas do intérprete, demandando inclusive formação ampliada que não se limite apenas ao direito¹⁹. Por abrigar conflito entre normas é necessário identificá-las o que demanda maior conhecimento e amplificação da esfera de entender o ordenamento jurídico, assim o fazer do intérprete se alarga demasiadamente. A seleção dos fatos relevantes que dialogam com as normas, bem como a atribuição de pesos para então produzir conclusões, implica comportamentos subjetivos de alta complexidade.

Além disso, Dworkin (2002, p. 128) destaca que “as leis e regras do direito costumeiro (*common Law*) são quase sempre vagas [e que na sociedade atual] surgem problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”. Em situações como essas a decisão adequada é recorrer aos princípios estabelecendo portanto, através da ponderação, os mais adequados ao caso concreto.

Binenbojm ao tratar da interpretação da Constituição (2001, p. 55) destaca que

[...] outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos direitos fundamentais e da democracia, também na linha pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético. Apostando embora na razão prática e no intersubjetivo e dialógico da racionalidade – esta linha de pensamento tem em Jürgen Habermas, seu mais eloquente e profícuo formulador.

Do que foi exposto sobre a ponderação cabe ressaltar ainda sua incompletude, aspecto que exige criterioso manejo. É técnica moderna que expurga os juízos simplistas do positivismo, todavia ainda carece de maior estudo para refinar sua aplicação, dado que subjacente à técnica há elementos de subjetividade destacada, principalmente quando se trabalha com Direito Administrativo e princípio da supremacia de interesse público que vão permear todo o Direito público, nas esferas dos três poderes, nos níveis federal, estadual e municipal.

Ocorre que essa ponderação na interpretação, deve ser pensada com cautela. Ao se interpretar Direito Administrativo e ponderar a aplicação da supremacia de interesse público os juízos subjetivos podem significar produção de resultados personalizados, conforme elementos

¹⁹ A teoria neoconstitucionalista efetiva inúmeras modificações levando em seu bojo inclusive a educação. Diante de novas demandas interpretativas, faz-se necessário que o intérprete mergulhe em outras ciências complementares ao Direito. Assim a interdisciplinaridade dá o tom de inteligência, uma vez que são criadas pontes entre Direito e dentre outras ciências, a filosofia, sociologia, psicologia etc...

contingenciais e conforme o próprio intérprete. Destaque-se aqui o caráter de variabilidade de interpretação que, no afã de produzir nova técnica dialogical, poderia colar na ciência jurídica ações disfuncionais das mais elevadas, se não for acompanhado do elemento ético.

Em países cuja história constitucional evoca favoritismo, a ponderação pode descambar ao lado de pessoalidade e interpretação personalista chancelada pela própria técnica e cientificismo que lhe dá abrigo. Assim em nome da ciência jurídica e da justiça procurada, poderiam ser perpetradas soluções distorcidas pondo em risco a segurança da própria interpretação. Logo ao se interpretar é necessária aproximação de princípios constitucionais e dos princípios gerais de direitos, e dos princípios éticos, que aproxime a Constituição dos demais ramos de Direito.

1.1.3 – Princípios

O Direito é composto por um conjunto de elementos normativos formando um complexo sistema interpretativo. De acordo com Barcellos (2002, p.31) “o elemento essencial do direito [...] e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade.” Normas enquanto comandos caracterizam-se por um conjunto donde se ramificam outros ordenamentos jurídicos²⁰.

Depreende-se que a categoria norma²¹ é gênero jurídico ou tronco donde emanam as duas espécies quais sejam: regras e princípios. Se as regras são relatos objetivos descrevendo determinadas condutas ou elementos fáticos que serão aplicadas à situação, é possível destacar a racionalidade contida no comando. Barroso (2006, p. 338) ensina que por serem relatos objetivos, “ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção” estabelecendo-se um liame entre fato e comando que se unem de forma inequívoca.

Isto por que regras representam adstrita observação ao princípio da legalidade, “a aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada” (BARROSO, 2006, p.338) sendo portanto

²⁰Barcellos (2002, p. 43) destaca que “a teoria geral do direito consolidou o entendimento hoje generalizadamente aceito, de que as normas jurídicas – e assim também as normas constitucionais – podem ser classificadas quanto à sua estrutura, em duas categorias: princípios e regras”.

²¹Diniz (2005, p. 353) destaca que “as norma jurídicas, cuja pluralidade constitui a ordem jurídica vigente para cada cultura, apresentam conteúdo que varia de acordo com as épocas, lugares, políticas dominantes, etc...”

critérios binários no substrato fático, isto porque regras são elementos formalizados funcionando como procedimentos padronizados, não admitindo gradações .

Enquanto elementos formais regras são escritos, emanados de um centro de poder legislativo e codificados representando a previsibilidade da conduta, e de fato, o que impulsiona a regra é a ação humana. Daí ser possível dizer que a subsunção é o enquadramento da ação na abstratividade da regra, concretizando-a. É possível destacar a ação mecanicista de interpretação na subsunção, fundindo o comando da regra na ação do sujeito de forma a condensar o conteúdo da regra, na ação.

Dworkin (2002, p. 40) ao estabelecer diferenciação entre regras e princípios ensina que “os dois conjuntos de padrões distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* [...]” significando dizer que vale para aquele caso e oferece resposta, ou nada contribui.

Já os princípios são normas consagradoras de valores, eis então sua característica orgânica, significando propriedades probabilísticas carregadas de roupagens valorativas que lhes concede conteúdos axiológicos aproximativos da moralidade, pois “formam uma exigência da justiça e da equidade” (BARCELLOS, 2002, p.47). Desta forma os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação a determinados fins, uma vez que possuem “a dimensão de importantes tipos particulares de padrões” (DWORKIN, 2002, p.46).

Neste entendimento há paridade entre regras e princípios, significando dizer que são categorias simétricas²², de forma que não se estabelece entre as duas normas o critério da hierarquia, embora se possa afirmar que os princípios sejam orientações diretivas de caráter mais genérico, que fundamenta o conjunto de regras de determinada sociedade. Dos princípios se pode deduzir conexões com outras normas, a ponto de lhes fornecer subsidiariedade, sem contudo sobrepujar-se a elas.

Logo, os princípios também são normas, mas envoltas em elevada carga teleológica não rompem com os próprios objetivos contidos na Constituição. Todavia princípios são

²² Este ponto não é pacífico entre os juristas e doutrinadores. Rothenburg (2003, p.16) comunga com a idéia de Lorenzetti (1998, p.313) destacando que os princípios são superiores às demais normas, considerando-os hierarquicamente mais elevados.

elementos mutáveis, identificando valores com aderência aos elementos contingenciais que os cercam, daí sua volatilidade, uma vez que suas demarcações são fluidas.

A origem dos princípios também é diferente das regras, enquanto aquelas são emanadas de um centro de poder decisório com competência para legislar; os princípios são heterônomos na sociedade. Dworkin (2002, p.64) a esse respeito aclara que “as origens dos princípios não se encontram na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão desenvolvida pela sociedade [...] ao longo do tempo.” Desta forma o que plasma um princípio como tal é a crença em suas características de adequação, tornando-o apropriado para determinada sociedade em determinado tempo.

A fluidez dos princípios não significa insegurança, embora imprecisos em seus contornos, princípios podem ser absolutos, significando que há objetivos universalmente aceitos consagrados nos princípios. Esta é a idéia de Mello (2005, p. 84) explicando que princípios são “mandamentos nucleares de um sistema, verdadeiros alicerces [significando] disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito”.

Pelo fato de se revestirem como normas explicadoras, princípios são categorias normativas heterônomas que seguem integrações complexas no ordenamento jurídico de forma a unificar através da dialética os elementos fragmentados. Barroso (2006, p.339) ensina que eles “contêm relatos com maior grau de abstratividade, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”.

Na perspectiva principiológica²³ é possível destacar o intercâmbio que exercem no ordenamento estabelecendo integração com as normas infraconstitucionais, destacando que enquanto consagradores de valores indicam fins a perseguir por elementos multifatoriais, e por assim dizer, diversos meios e resultados também diversos. Ressalte-se portanto que aplicam-se a situações indeterminadas já que a flexibilidade que conforma sua estrutura é característica peculiar contida no neoconstitucionalismo.

²³ Rothenburg (2003, p.15-16) ensina que os princípios tem suas propriedades diferenciando-se por sua natureza qualitativa dos demais preceitos jurídicos, a distinção está em que se constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas.

Princípios são portanto normas que flexíveis, podem apresentar permanente estado de tensão com outras normas devido a seu caráter dialético. Barcellos (2002, p. 47) destaca que eles requerem portanto “sopesamento e ponderação, motivando o intérprete a maior variabilidade de ação ao dialogar com o caso concreto”.

O diálogo se torna possível dado o caráter de vagueza contido nos princípios – aqui não se toma o termo como elemento pejorativo – por giro contrário, é a enunciação elástica que lhes permite irradiar-se sobre o ordenamento jurídico. Desta forma há vocação natural dos princípios para funcionar como suporte, daí ser considerado no vocábulo vagueza uma das características virtuosas que envolvem os princípios, já que “o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade não pode ser objetivamente determinado” (BARROSO, 2006, p. 340).

Na abertura principiológica cabe destacar seu caráter necessário de indeterminação pois eles são elementos informadores de sociedades pluralistas, daí sua carga de subjetividade. Rothenburg (2003, p. 18) lembra ainda que “os princípios são dotados de generalidade, não significando todavia imprecisão”, uma vez que seu significado pode ser colhido por intermédio da ação interpretativa holística.

Canotilho (1993, p. 191) sob esse aspecto destaca que “qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios, isso não significa que eles sejam imprevisíveis”. Isto por que os princípios são dotados de elevado grau de abstração, o que lhes confere elasticidade para ser aplicados de forma adaptativa aos casos concretos, significando plasticidade que implica alto grau de adequação à mobilidade dos adventos da sociedade. Desse caráter de polimorfia advém outra peculiaridade dos princípios implicando produção de múltiplos sentidos quando interpretados.

Isto porque na visão de Rothenburg (2003, p. 18) demonstram generalidade trazendo em seu conteúdo certo alargamento polissêmico traduzido em abertura e ampliação “não significando, todavia, impossibilidade de determinação – e conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa.

Destaque-se que a vivacidade aberta dos princípios pode ser complementada pela via dialogical de outras normas que lhes dão tônus jurídico. Todavia a plasticidade

principiológica não poderá romper o liame de significados traduzidos na constituição. Rothenburg (2003, p. 22) ressalta que “desconsiderar que os princípios já carregam um certo e suficiente significado e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestígio”.

Esse é um dos aspectos mais complexos da teoria neoconstitucionalista – um viés que, no afã de tornar a interpretação mais aberta não poderá alargá-la demasiadamente a ponto de escapar-lhe o sentido constitucional. Também não será razoável estabelecer balizamentos demarcatórios na interpretação, caindo na armadilha positivista. Essas caracterizações importam peculiaridades de uma nascente teoria ainda em curso de crescimento, e que apresenta tensões em seu desenvolver.

Cabe destacar ainda a riqueza do tema, pois junto aos princípios gerais de direito, são encontrados princípios administrativos e princípios constitucionais esparsos no ordenamento que deverão estar ligados aos princípios éticos, como forma de interpretar a Constituição e o princípio da supremacia de interesse público, objeto desta pesquisa.

1.2 – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Em razão da imprecisão dos princípios, bem como da ausência de sanção em seu conteúdo, durante certo período histórico foi negado a eles o caráter de norma, sendo qualificados como “meras exortações, preceitos de ordem moral e política, mas não verdadeiros comandos de Direito (ROTHENBURG, 2003, p. 13)”. A própria constituição era vislumbrada como coletânea de aspirações políticas donde se depositavam os princípios como elenco onírico de expectativas, sem sequer ter a pretensão de cumprimento.

Ao se fazer leituras mais críticas da história do Brasil a interpretação revela sucessivas rupturas políticas, mas o que permanece é o vácuo de desesperança nas Constituições, logo o fio condutor histórico brasileiro remete à trajetória de sucessivos documentos constitucionais com aspirações esculpidas em papel, sem contudo efetivar a maioria delas. Barroso (2006, p. 328) a esse respeito lembra que,

prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século [XIX] que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação [...]. Daí por que as Cartas Brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas

de atuação e pretensos direitos [...]. Uma história marcada pela insinceridade e frustração.

Ocorre que o neoconstitucionalismo vem na perspectiva de injetar no Direito Constitucional novas formas de vislumbrar a própria ciência do Direito através da interdisciplinaridade, jogando luzes na hermenêutica de modo a transformar o pensamento dos aplicadores do Direito. Do que se depreende a força normativa da Constituição e por conseguinte seu efeito vinculador, uma vez que se consubstancia como sistema jurídico aberto.

Assim a concepção da constituição como sistema²⁴ remete a idéia de conjunto integrado refletindo polissemia em seu desenvolvimento, principalmente por que além de ser concatenado em partes que se fundem, possui também outra característica de união. Esta é dada pelos princípios que exercem papel de amálgama no sistema, uma vez que representam a síntese impulsionadora da visão de conjunto.

A constituição pensada como conjunto de normas sistêmicas intercambiáveis possui determinadas propriedades que a torna peculiar significando desta forma categoria diferenciada. Barroso (2006, p.358) para aclarar tal entendimento ressalta que “as normas constitucionais possuem determinadas especificidades que as singularizam”.

A singularidade demonstrada pelo autor significa portanto elemento designativo próprio, como um sinal ou marca que se imprime na norma, que lhes dá identidade. Essa marca envolve as normas constitucionais e fornece a compreensão de tratamento pós-positivista uma vez que elas são sintetizadas como a diferenciação que se contrapõe à noção de padronização ou engessamento do sistema.

Pensar normas constitucionais significa portanto estabelecer propriedades que lhes são pessoais, desta forma é possível destacar a supremacia das normas constitucionais enquanto condensação de valores. Barroso (2006, p.359) ao defender essa posição ressalta que “a

²⁴ Para Chiavenato (2007, p. 96-102) a noção da Teoria dos Sistemas foi desenvolvida por Ludwig Von Bertalanffy, criticando a visão parcialista das ciências, notadamente o critério de fragmentação em áreas. O autor demonstra a necessidade de ações integrativas, ressaltando o conceito de sistema como um conjunto de partes interligadas com alta densidade fenomênica. O sistema exercita características de teleologia pois são direcionados a determinados fins e objetivos que interligam diferentes ciências em um complexo movimento circular. Este sentido, a metáfora da ciência como imagem piramidal cede espaço à visão de rede ou holos, avultando dessa forma o componente holístico nas ciências. Ressalte-se dentre outras propriedades do sistema desenvolvidas por Bertalanffy a capacidade de sinergia ou efeito sinérgico significando soma de elementos produtores de energia impulsionadora do sistema como um todo.

constituição é dotada de superlegalidade jurídica em relação às outras normas” implicando portanto parâmetro mais elevado do ordenamento social, sem contudo se estabelecer de forma isolado aos demais elementos jurídicos que o circundam.

Do exposto se pode inferir que a normas constitucionais são ligadas também ao elemento histórico que lhes impulsionou, repare-se que a presença de alguns valores revela conotações próprias tanto do momento de produção quanto de conotações próprias da sociedade na qual foi gerada.

Daí sua peculiaridade acentuada, seja pelo elemento sincrético com o qual se reveste, seja pela superioridade com que se alçam seus valores. Isto por que as normas constitucionais como produtos advindos do grupo social que lhes deu conformidade, significam comistão axiológica de posições divergentes.

O antagonismo presente nas normas constitucionais é fator de diálogo, pois o legislador ao gerar a norma transforma-se em sujeito cognoscente reconhecendo que as normas constitucionais são elementos valorativos plurais, com significados diferenciados cujo valor é ressaltado. Silva (1982, p.258) sobre o tema assevera que “[...] a orientação doutrinária moderna [aponta] no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, [...] as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos”.

Destaca-se aqui a roupagem dos princípios com sua linguagem própria e interpretação mais aberta, evocando inconclusas acepções que muitas vezes são corolárias de idealismos sociais, e devem ter essa configuração pois, a natureza da linguagem das normas constitucionais é outra característica própria que lhe dá destaque.

Se a Constituição se propõe porosa à sociedade, implica dizer que ela é elemento que abraça sua comunidade de forma heterônoma. E para envolver o meio social, busca diálogo com diversos campos da sociedade de forma a impulsionar a ciência do Direito a outros campos e com isso preconizar entendimento de seus complexos meandros, para dessa forma prover os direitos fundamentais da comunidade.

Portanto na estrutura das normas constitucionais são por suposto inadequadas linguagens herméticas, que não raro acabariam gerando dificuldade de entendimento, podendo causar afastamento da comunidade, e por conseguinte repulsão às normas constitucionais. Em giro contrário, a linguagem peculiar exercitada nas normas constitucionais é aberta, com menor densidade jurídica, no afã de ampliar seus impulsos e conferir largueza a sua intensidade de aplicação na própria comunidade.

Por fim, a de se destacar o critério político com que se mesclam as normas constitucionais. Esta roupagem política remete à idéia de constituição enquanto conexão entre o poder originário que lhe deu conformação e o momento sócio-histórico e político que lhe impulsiona.

Como amálgama entre esses dois elementos a Constituição deve ser sensível à sociedade, uma vez que pacifica conflitos protegendo valores e coibindo elementos contraditórios a eles. Valendo dizer que a Constituição dialoga com o momento histórico-social onde é aplicada, através da lente da interpretação, tomada como propulsora pelo intérprete que lhe dá vivacidade.

Todavia, há que se destacar também a conotação de Constituição como balizamento²⁵, principalmente entre os três poderes, daí seu papel dialogical: ao tempo que perfaz-se como ponte entre momentos históricos, é sensível às mudanças subjacentes à sociedade, estabelecendo limites a si próprio e ao próprio meio em que se desenvolveu.

Assim, é imperiosa a flexibilidade da constituição como forma de adaptação às transformações da sociedade, e neste aspecto para atender as peculiaridades das normas constitucionais na nova interpretação da Constituição se ampara nos princípios constitucionais, aqui destacados como “mandamento dirigido ao intérprete (BARROSO,

²⁵ Registro sobre o tema separação de poderes remontam ao combate da díade absolutismo teocentrismo, que de certa forma estabeleciam amálgama entre tradição moral e religião. Neste aspecto a separação dos poderes foi tema defendido pelo liberalismo como forma de se estabelecer o Estado enquanto forma organizadora soberana do poder, cujo documento norteador é a Constituição. Sobre o tema ver Piçarra, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo de suas origens e evolução*.

2006,p.359)” afastando-se desde logo a visão única de critério formal escrito²⁶ posto em artigos nas Constituições.

Princípios como normas heterônomas se distinguem da regra escrita uma vez que implícitos no ordenamento jurídico são cânones que orientam o sistema formando as bases orgânicas do Estado já que tem como pressuposto o próprio Estado. Desta forma são mandamentos gerais dos quais se inferem regras.

Mello (2005, p. 320) destaca o conceito de princípios ressaltando que se configura como “[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele”. Da elucidante definição se pode deduzir que princípios embora apresentem generalidade incomensurável são eles diretrizes norteadoras, uma vez que se apresentam como “[...] disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua compreensão” (MELLO, 2005, p. 326).

Daf a noção de princípio tanto positivados na Constituição - expressamente determinados por via formal - quanto aqueles implícitos no texto, abrigados em disposições, que com elas se entrelaçam, sem contudo necessitarem de expressa apresentação. Isto por que embora não escritos na Constituição, os princípios se perfazem como “premissas metodológicas [...] não escritas expressamente [no texto constitucional] mas pacificadamente reconhecidas pela doutrina e jurisprudência (BARROSO, p.360)”.

Desta forma, a consideração principiológica na interpretação da Constituição impacta outras áreas que com ela fazem fronteira, trazendo ao direito nova coloração mais interdisciplinar. Isto por que para o neoconstitucionalismo a teria dos princípios ilumina a positivação, sem contudo estabelecer com ela critério hierarquizado de valor. É neste sentido que se posiciona Binenbojm (2001, p.78) “os princípios enquanto normas, desempenham a função de fundamentar material e formalmente os [...] integrantes da sistemática normativa” .

Vale dizer portanto que o reconhecimento dos princípios implica alinhamento do Direito Constitucional ao novo paradigma das ciências humanas, destacando que a ciência jurídica

²⁶ Rothenburg (2003, p. 54) denomina os princípios não escritos de “princípios implícitos”. Barroso (2006, p.358) nesta mesma linha de argumentação denomina-os de princípios instrumentais de interpretação constitucional, destacando que “as categorias tem algo de subjetivo”, portanto não se espera delas padronização.

produz valores relativos. E que da própria leitura do texto constitucional se pode inferir juízos antagônicos já que a dialética se mostra como suporte da democracia.

Pensar critérios democráticos em Direito Constitucional significa dialogar com valores nem sempre convergentes, que por sua vez requerem flexibilidade, implicando diálogo, evocando por conseguinte, os princípios constitucionais. Estes são matrizes abertas, galerias que tornam temas convergentes, e no dizer de Binbenojm (2001, p.120) “podem ser fonte de direito subjetivo, ou seja, princípios invocáveis como supedâneo imediato de pretensões jurídicas”.

Quando se faz referência ao tema princípios constitucionais há de se destacar alta variabilidade doutrinária²⁷ existente, de forma que não se tem a pretensão de esgotá-los nesta pesquisa. Por conseguinte, a categorização adotada neste trabalho foi aquela produzida por Barroso (2006) e Humberto Ávila (2003), dentre outros. Logo, sem quaisquer menosprezo aos demais princípios constitucionais tratados na doutrina, para atender os objetivos deste trabalho foram delimitados alguns princípios constitucionais²⁸ que se relacionam com o tema.

1.2.1– A supremacia da constituição

Tomado como elemento sistêmico o ordenamento jurídico é conjunto de normas integradas que tem como núcleo a constituição. Aqui se afasta desde logo, a idéia de pirâmide verticalizada em escalonamentos hierárquicos; por giro contrário a Constituição enquanto suprema ordem, ocupa espaço policêntrico donde emana seus mandamentos de forma interfaceada com as demais regras. Daí a noção de supremacia envolvendo superioridade dialogical.

O pensamento principialista estruturante de Canotilho (2010, p. 46-49) aponta para esta tendência, como a Constituição concebida como sistema aberto, que capta o mundo de forma circundante, trazendo o estatuto jurídico personificado na Constituição. Esta passa a ser

²⁷ Barbosa (2002, p.3) destaca que os “princípios constitucionais cuja fluidez de significado vem se apresentando como problema a enfrentar ao Direito Constitucional”.

²⁸ Barroso (2006, p. 358-367) ao considerar o tema princípios constitucionais faz uma classificação dualista, destacando-os em dois grandes troncos: princípios instrumentais e princípios materiais. Para esta pesquisa será focalizado apenas a primeira sub-divisão, os princípios instrumentais e seus derivativos: supremacia da Constituição, presunção da constitucionalidade das leis e atos do poder legislativo, interpretação conforme a constituição, unidade da constituição, razoabilidade ou proporcionalidade, e efetividade.

vislumbrada como complexo conjunto de normas que embora de forma não hierárquica, dialogam de forma suprema com as demais formando uma constelação de forças que dialogam entre si, trocando energia²⁹.

É de se destacar portanto, que a Constituição além de organizar e separar os poderes delega a eles determinados atos, articulando-se portanto de forma orgânica, na medida em que soberana, destaca como fazer. Dialética, se agrega não se afastando deles, demonstrando uma dinâmica de ação que embora suprema, é lateralizada e se põe ao par dos demais poderes e suas normas.

Enquanto elemento dialogical que se apresenta, destaca-se aqui a integração que há de ser observada dos demais elementos jurídicos (normas, leis, atos normativos e atos jurídicos em geral) com a Constituição, pois ela se destaca como referência no sistema. E como tal, demanda compatibilidade entre seu conteúdo e as demais normas jurídicas.

Ressalte-se portanto que ao formar a dinâmica da intelegibilidade constitucional, o neoconstitucionalismo exige portanto elementos explicativos de alta complexidade. Neste sentido Canotilho (2010, p. 46) destaca que “na moderna constitucionalística a riqueza de formas da Constituição, corresponde à multifuncionalidade das normas constitucionais”.

É desta visão de supremacia enquanto núcleo referencial do ordenamento jurídico que a Constituição demarca alguns espaços tratando desde o modo de produção das normas (limites procedimentais ou formais), assim como das situações onde são gestadas (limites circunstanciais), e ainda do conteúdo das normas (limites materiais).

Neste sentido Barroso (2006, p. 360) destaca o papel de regulação efetivado pela constituição como forma seu traço distintivo, e assevera que “[...] é por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma inconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar”.

²⁹ Neste aspecto a visão da Constituição como sistema defendida por Canotilho (2010, p. 46-49) aproxima-se da teoria sistêmica de Luhmann. V. Luhmann, Niklas. Sistema Jurídico y dogmática jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983

A supremacia da Constituição no ordenamento jurídico é fenômeno de reconhecimento do valor mais elevado, e passa a se expandir na sociedade iluminando os demais elementos do ordenamento jurídico. Dessa expansão se depreende que o conteúdo da Constituição se irradia pelo sistema jurídico transformando-a em diretriz norteadora que deve estar implícita nas interpretações.

Neste novo cenário é de se destacar que se transmuta também a ação do operador do direito que submete suas ações à interpretação conforme a Constituição e conforme argumentações dialéticas³⁰ com outras normas infraconstitucionais, implicando dizer que a interpretação toma o fenômeno submetendo-o à análise que considere o sistema em sua totalidade.

Isto por que na visão de Barroso (2006, p.360) “as leis, atos normativos e atos jurídicos fazem parte do ordenamento como tal, não podem existir validamente se [com ele] incompatíveis”. Daí a supremacia da Constituição como princípio sistemático que concebe a sociedade como celeiro donde partem as normas e com ela dialoga, alçando a Constituição como núcleo irradiador dessas normas.

O princípio da supremacia da Constituição causa impacto no Direito Administrativo uma vez que desde o Liberalismo o Estado adotou postura neutral. Certos momentos o Direito Administrativo se fragmenta da própria Constituição, se torna disciplina autônoma, e se eleva como patamar de maior importância, pela discricionariedade. Agora o neoconstitucionalismo e suas interpretação impelem o Direito administrativo a repensar aspectos dicotomizados entre Direito Administrativo e Constituição, Estado e cidadão, interesse público e privado. A Constituição passa a ser suprema, ela transversaliza o Direito e provoca o princípio da supremacia do interesse público a sair do hermetismo e dialogar com outros elementos, dentre eles a ética.

³⁰ Barroso (2006, p. 338) destaca na mudança de paradigma constitucional as obras de Ronald Dworkin nos Estados Unidos e Robert Alexy na Alemanha. As concepções doutrinárias de ambos exercem importante papel no constitucionalismo moderno, principalmente quanto à interpretação. Sobre o tema ver: DWORKIN, Ronald. *Taking right seriously*. Cambridge: Harvard University, 1997. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid:Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Essa intervenção constitucional abala inclusive a discricionariedade do Direito Administrativo, uma vez que esse poder insular tem sua ação adstrita à vontade do administrador público. A discricionariedade adicionada ao princípio da supremacia do interesse público serviram de capa protetiva ao Estado para agir de forma unilateralizada nos três momentos históricos pesquisados neste trabalho.

A partir da interpretação neoconstitucional, a supremacia é dada à Constituição e como garantia de direitos fundamentais presumidamente se considera constitucional suas ações. Esse golpe no princípio da supremacia de interesse público na medida que o provoca ao diálogo, significa também necessidade da interpretação constitucional pelo princípio da unidade, se acompanhar da ética.

1.2.2– A presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público

Como a sociedade apresenta pluralidade no desenvolvimento de suas relações, o núcleo jurídico irradiador das condutas deve estar em sintonia com mudanças sociais circundantes. Assim a Constituição é sistema orgânico tomado como conjunto heterônomo de normas, e como tal funciona qual campo de forças polivalentes que atrai outras normas jurídicas traçando com elas fluidas tessituras que se estabelecem pela comunidade social.

Neste aspecto, a visão interativa do sistema jurídico que destaca a Constituição como referencial preconiza multiplicidade de forças convergentes que se estruturam e regulam a partir da Constituição, sem contudo, significar ações funcionalistas ou posturas verticalizadas.

Assim, acopla-se a visão de publicidade na sociedade, uma vez que a partir da visão orgânica, à Constituição deve ser dada a conhecer na sociedade dada sua elevada interdependência com os demais ramos do direito. Assim a expansão da constitucionalização nos demais campos significa que a sociedade realiza condutas à luz da Constituição que passa a ser figura focal na sociedade e no ordenamento jurídico. Nesse sentido Barroso (2006, p. 361) se mostra defensor da presunção constitucional lembrando que a,

[...] a Constituição contém o código de conduta dos três poderes do Estado, cabendo a cada um deles sua interpretação e aplicação no âmbito de sua competência. De fato, a

atividade legislativa destina-se, em última análise assegurar os valores e promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O poder judiciário, portanto, não é o único intérprete da Lei Maior.

Por conseguinte o princípio da presunção de constitucionalidade é tal qual influência difusa nos atos emanados dos três poderes, isto por que presume-se que este código de conduta irradiado a partir da Constituição seja potencializado nas ações de seus membros. Ressalte-se que tal influência da Constituição revela-se tanto como diretriz que aponta caminhos, como fator de limitação da atuação judicial.

Assim é possível depreender que implícito nos atos normativos esculpe-se também o princípio da boa fé traduzido no fervor que emana da constituição e que se espalha na sociedade. Por este fervor jurídico entenda-se a crença de que a sociedade, bem como os operadores do Direito reconheçam a importância da Constituição e emanem atos de acordo com ela e em perfeita sintonia com seus mandamentos.

Desta forma, são presumidamente constitucionais as leis e atos emanados pelo poder público. Destaque-se todavia que essa presunção é relativa, pois através da visão neoconstitucional como sistema dialético, há que ser ressaltada sua roupagem pluralista, daí se dizer que admite-se prova em contrário.

Para o neoconstitucionalismo a presunção de constitucionalidade significa que a Constituição enquanto nova interpretação canaliza o Direito Administrativo a dialogar com outras áreas do Direito, se deixando inclusive transparente ao Direito Constitucional. Assim o dogma da verticalidade arborescente que eleva o Estado ao poder supremo de ação é mitigado pela Constituição e pela ética, que se configuram como elementos a combater a imunização decisória do princípio da supremacia de interesse público.

Assim pela interpretação de presunção de constitucionalidade a importância antes focada na supremacia de interesse público é deslocada para a Constituição como forma de garantir direitos fundamentais do cidadão e não do Estado, vislumbrado como supremo nos três paradigmas: Liberalismo, Estado de Bem Estar Social e Estado Democrático de Direito.

A leitura constitucional e suas imbricações dominam o cenário, dantes depositado na supremacia de interesse público. Esse giro ocorre também pelo princípio da unidade da Constituição que interliga-se à ética como princípio da conexão, conforme será demonstrado no capítulo três, deste trabalho.

1.2.3 – A unidade da Constituição

Pensar o fenômeno neoconstitucionalismo implica conceber a constituição como sistema aberto apresentando flexibilidade pois como núcleo aderente ao social é pressionado por mudanças e a elas não pode negligenciar, por conseguinte a incerteza tão comum no cotidiano social gera demandas imprevisíveis com as quais a Constituição necessita lidar. Barroso (2006, p.362) ressalta que “a ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe equilíbrio e harmonia. Em um sistema, suas diversas partes devem conviver sem confrontos inarredáveis.”

Nesse aspecto registre-se o desafio da ciência jurídica Constitucional que, eclética - para absorver demandas peculiares - necessita também gerar segurança na sociedade, pois ela é um dos sustentáculos da sociedade democrática. Assim se as fronteiras da teoria constitucional se tornam mais permeáveis significa que são mais democráticas às outras áreas do Direito e outras ciências, essa abertura conquanto estabeleça importante intercâmbio também gera sérios paradoxos fazendo da Teoria Constitucional um emaranhado de teorias complexas que precisam dialogar entre si, com segurança, porém sem apresentar exatidão racionalista.

A unidade da Constituição portanto, é um princípio que estabelece ambivalência, pois se por um lado reconhece a Constituição como instrumento uno, isto pode resgatar a metáfora da pedra monolítica tão valorizada nas teorias racionalistas. Daí esse princípio ser mitigado pela nova interpretação constitucional pois será tomado como fator de leitura junto aos princípios da ponderação e razoabilidade.

Com efeito, a visão unívoca não é a mais adequada quando se tenta cobrir a Constituição com o novo paradigma de interpretação sistemática. Logo, pensar a Constituição como unidade não significa estabelecer relações causais verticalizadas, dando empuxo na Constituição como se fosse regra binária de formal-informal.

Por giro contrário, o princípio da unidade reconhece a Constituição como sistema aberto conjugado com os demais elementos que o circundam, no sentido de conjugação entre elementos ecléticos para produzir entre eles sintonia. Barroso (2006, p. 362) assim explica:

Por força do princípio da unidade, inexistente hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, in concreto, entre comandos que tutelam valores ou elementos que se contraponham. Conceitos como os de ponderação e concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade.

Daí a noção de sistema aberto que permeia a teoria neoconstitucional, informando a dinâmica da integração entre o ordenamento jurídico, apresentando portanto a Constituição como referência. Salta aos olhos a complexidade e largueza das questões relativas à problemática do novo paradigma constitucional que ao utilizar princípios também destaca a constituição como unidade integradora.

A teoria neoconstitucional é concepção se revela em teorias diversas que convergem às várias galerias de outras disciplinas, trazendo uma atitude nova ao Direito Administrativo. A constituição tem papel de condicionar o discurso filosófico-jurídico trazendo para a ciência do Direito, a ética como parametrização na interpretação.

A influência das Constituições no campo político através das argumentações e dos princípios representa o desafio posto ao princípio da supremacia de interesse público de dialogar com a ética e seus aspectos filosóficos. Esse giro interdisciplinar do Direito com a ética combate o golpe do legalismo na interpretação e desenvolve equilíbrio e razoabilidade na aplicação do princípio da supremacia de interesse público.

1.2.4– A razoabilidade ou proporcionalidade

Pelo neoconstitucionalismo os atos jurídicos devem apresentar justa medida, evitando-se assim tanto critérios excessivos, quanto constritivos na aplicação da norma. É que implicitamente informando esse balizamento está o princípio da razoabilidade³¹ ou

³¹ Barroso (2006, p. 362) destaca que “o princípio da razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, [...] em especial o direito norte-americano [...] próprio do sistema da *Common Law*. Já o princípio da proporcionalidade vem associado ao sistema jurídico alemão, mas nos Estados Unidos foi um instrumento de direito constitucional, funcionando como critério de aferição da constitucionalidade das leis.”

proporcionalidade³², que junto à ponderação subscreve-se como forma de interpretação mais aberta no novo paradigma constitucional.

Neste sopesamento, implica aferir elementos a partir de critérios morais, daí se dizer que o princípio da razoabilidade irmana a ciência do Direito aos elementos éticos, pois a interpretação discricionária encontra-se ligada aos valores humanos daquele que maneja o ato jurídico. Sendo a interpretação conforme argumentos constitucionais o intérprete certamente se encontra balizado aos critérios éticos, agindo de forma adequada em sintonia com mandamentos morais da sociedade, imprimindo razoabilidade aos atos.

Razoabilidade é qualidade que se “situa dentro de limites aceitáveis (FILHO, 2006, p. 28)” atrelando a “congruência lógica entre as situações postas e os atos administrativos (FIGUEIREDO, 1995, p. 46)”. Desta forma se mostra adequado aquilo que está dentro de princípios éticos, significando justa medida, aquela que não padece de ações exorbitantes, tampouco está maculado por ações insuficientes que decerto fulminariam inadequações à administração pública.

Neste patamar significa que o princípio da razoabilidade indica a proibição do excesso se contrapondo ao verticalismo do princípio da supremacia de interesse público. Isto por que razoabilidade, representa compatibilidade entre fins e meios. Então o princípio se transforma em elemento protetivo aos direitos fundamentais, tornando-se ainda poderoso defensor do estado democrático de direito. Barroso (2006, p.363) ressalta que “trata-se de um valioso instrumento de proteção aos direitos fundamentais e do interesse público” por funcionar como controle dos atos, evitando assim distúrbios na segurança jurídica.

Como forma de controle da discricionariedade, é elemento para mensurar aplicação de normas no caso concreto. É fator de equilíbrio entre excesso e restrição. Mello (2005, p. 99) lembra que “o princípio da proporcionalidade [...] é faceta do princípio da razoabilidade”, daí sua roupagem de controle aos atos, significando elemento verificador de adequação dos meios aos fins, uma vez que ato razoável é ato proporcional, que abarca a justa medida.³³

³² A maioria dos autores administrativistas estabelecem uma separação entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Para este trabalho, foi utilizada a teoria de Barroso (2006, p. 362) que toma os dois princípios como sinônimos.

³³ Meirelles (2005, p. 92) lembra que a Lei 9,784/99 prevê os princípios da razoabilidade e proporcionalidade nos processos administrativos.

Destaca a razoabilidade, a proporcionalidade na norma com a finalidade de evitar alargamentos desproporcionais transbordando direitos, ou de outro lado, se evita diminuição tanto na interpretação quanto em sua própria aplicação, privando os sujeitos em suas demandas. Meirelles (2005, p. 93) destaca que “a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice-versa. [...] sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de limite.”

Portanto, os princípios da supremacia, unidade da constituição e da razoabilidade³⁴ são critérios norteadores do Estado Democrático de Direito, e do neoconstitucionalismo. Eles causarão impactos no Direito Administrativo, funcionando como provocação à mudança no princípio da supremacia de interesse público.

A razoabilidade ataca a verticalização, causando extensão proporcional na interpretação de forma a apresentar-se como medida adequada não pendendo nem ao excesso, tampouco à falta. Esses princípios constitucionais consistem na exigência equilibrada de interpretar o Direito Administrativo.

Mas a interpretação não pode vir desacompanhada do elemento ético. A ética ligada à Constituição questionará de forma contundente, o princípio da supremacia de interesse público, abalando os limites verticalizados do Direito Administrativo, trazendo profundas transformações na forma de se concretizar os direitos fundamentais.

³⁴ Mello (2005, p.98) ressalta que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da finalidade e da legalidade.

2- AS TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Foram destacadas no primeiro capítulo as alterações provenientes dos momentos políticos denominados Estado liberal, Estado democrático e Estado democrático de Direito explicando que essas mudanças se refletiram na forma de pensar o Estado e o Direito transformando-os de racional mecânico em democrático orgânico. O neoconstitucionalismo orgânico apresenta transformações na ciência jurídica e no Estado, e como tal remodelagem não se dá isoladamente, reflete nos diversos campos, dentre eles o Direito Administrativo concedendo a ele nova roupagem.

Desta forma o Direito Administrativo recebe impactos da mudança pela qual atravessa a ciência jurídica, se transformando em significações diferenciadas que por certo o torna divergente do paradigma mecânico anterior.

Certamente que no Estado liberal mecânico, os campos de atuação dos direitos administrativo e constitucional foram vislumbrados como produtos do liberalismo europeu, e se perfizeram como áreas de domínio organizadas isoladamente para fortalecer o Estado evitando assim o recrudescimento da monarquia³⁵.

Destaque-se que o nascimento tanto do direito administrativo quanto do direito constitucional implicaram a noção garantística, significando subordinação do poder à lei, e por conseguinte do Estado à lei, racionalmente.

Essa submissão racional fora intencionalmente pensada como forma protetiva à medida que subordina o poder à lei, tentando assim vincular a administração pública aos interesses

³⁵Binenbojm (2006, p. 9-17) discorda dessa visão nascedoura do Direito Administrativo, ressaltando que a idéia garantística que dá como certidão de nascimento do Direito Administrativo a Lei pluviose do ano VII de 1800 não é a mais adequada. O autor destaca que essa descrição é um erro histórico, ou reprodução acrítica de um discurso embotado pela visão garantística. E que na verdade a separação dos poderes com a perspectiva do executivo cumprir o princípio da legalidade é um golpe visando alargar a liberdade decisória do executivo, tornando-o independente do controle judicial. Nesse aspecto, para o autor o direito administrativo é uma forma de reprodução do antigo regime, pois é tão autocrático quanto ele. E ainda, o direito administrativo foi a desconfiança dos franceses aos tribunais judiciais, para afastar o judiciário de seus atos e diminuir a esfera de controle. Para o autor o modelo de administração implantado pelos portugueses no Brasil, encontrou farto material para se legitimar.

indiretos da comunidade por via da lei, justificando que o poder não se recusa a submeter-se aos direitos, valendo dizer colocar-se sob a flexão dos cidadãos.

Destaque-se que o nascimento do direito administrativo representa um giro paradigmático tautológico: no afã de romper, acaba reproduzindo aquilo que se pretendeu expurgar. Isto por que no alvorecer do estado moderno há um primado do legislativo sobre os demais poderes, uma vez que a burguesia temerosa da volta dos privilégios nobiliárquicos desenvolveu o princípio da legalidade como controle.

Assim a administração como exercício da lei, desde o início, teve a perspectiva de subordinar as ações dos gestores à vontade heterônoma do próprio Estado (lei) que lhes é mantenedor. Neste aspecto, “vale lembrar que o direito administrativo se desenvolveu em um período marcado pela crença na completude das grandes codificações” (BINENBOJM, 2006, p. 12).

Na origem o direito administrativo se pretendeu garantístico, desenvolvendo idéias de normatividade, como forma de atender ao momento de convulsão social, todavia o que se verificou foi rigidez de formas, que culminada com hermetismo, acabou por produzir verticalidade e um giro aproximativo da autocracia, se nutrindo de seus velhos ideais. Assim é possível dizer que o direito administrativo desde o início, trouxe consigo elementos contraditórios que se agravaram com sua trajetória, culminando na atualidade em descompasso com a Constituição³⁶.

Neste aspecto, o direito administrativo ao nascer preconizando segurança na sociedade, já mostrou-se contrário ao propósito garantístico. Isto porque desde o início, excluiu certos atos de reexame pelos outros poderes, e deu legitimidade ao executivo, privilegiando a administração. Binenbojm (2006, p. 23) denomina essa contradição de “vício de origem” do direito administrativo. Com o Direito Constitucional não foi diferente à medida que o Estado enquanto criador de leis escritas a elas também não se submeteu durante certa fase.

³⁶ Sobre este descompasso, Lênio Streck destaca um fosso entre a modernidade tardia nos países periféricos e as Constituições, propondo a “teoria da constituição dirigente para países periféricos. Neste sentido ver STRECK, Luiz Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Para ilustrar essa fala, destaque-se que nos séculos XX e XIX observou-se certo esvaziamento da importância do Direito Constitucional, passando a figurar como mera carta de intenções, significando até certo ponto aspirações sem compromissos de implementação eficiente. É que associado às categorias de intencionalidades políticas, o Direito Constitucional fora revestido de boa retórica desacompanhada do exercício de viabilização ou concretização.

Já o Direito Administrativo ganha corporificação de elemento estruturante da gestão pública, obtendo status de ciência autônoma que sustenta a administração pública e com ela tenta desenhar feições de Estado não monárquico. Assim os encargos do Direito Administrativo abrindo-se qual leque diversificado de atribuições que se espraiam pelos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), é a metáfora da administração ampliada e racionalmente organizada, com certo grau de supremacia.

De certo que, pensar o conceito de Estado remete à metáfora de estrutura complexa, na qual floresce também o conceito formal de administração pública enquanto estruturas compostas por órgãos legalmente instituídos para consecução de objetivos governamentais. Há nesse conceito vertentes dogmáticas que infirmam a atividade administrativa do Estado.

Já o conceito material de administração pública apresenta a base principiológica significando maior amplitude e flexibilidade. Isto por que o conceito material destaca atividades estatais como serviços públicos, implicando desempenho perene de ações do Estado visando atingir interesses da coletividade.

Isto pode ser exemplificado quando a doutrina administrativista exercita as funções de explicar leis e princípios que informem a administração pública, balizando a conduta dos gestores. Essa função administrativa se estende aos três poderes, mas a contrapartida da administração que deveria se curvar a eles (aos poderes) parece não ocorrer. Tampouco o direito administrativo curva-se à Constituição, permanecendo isolado e supremo.

Sobre esse aspecto Binenbojm (2006, p. 18) destaca com propriedade que no curso histórico o direito administrativo percorreu caminhos contraditórios, chegando a separar-se do Direito Constitucional, fenômeno o que o autor chama de “deslocamento”, explicando que, se de um lado as constituições brasileiras mudaram, o direito administrativo permaneceu isolado, imune

a elas, se nutrindo de axiomas próprios, “mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais” (BINENBOJM, 2006, p.20).

Isto por que o direito administrativo no Brasil enquanto conjunto de regras e princípios informadores da conduta dos gestores públicos revestiu-se na verdade do dogma da sistematização do fazer cotidiano da administração pública, se consubstanciando como elemento disciplinador das ações do Estado, para consigo e para com a sociedade. Desta forma o hermetismo do direito administrativo tanto à constituição quanto à sociedade, advém do caráter pré-constitucional que se mostra estruturante, e por assim dizer, autônomo.

Sobre este aspecto Mello (2005, p. 33) assevera o caráter estruturante do Direito Administrativo destacando seu papel, enquanto “[...] ramo do Direito público que disciplina a função administrativa e [também] os órgãos que a exercem.” Meirelles (2005, p. 40) ao conceituar Direito Administrativo comunga com a visão estruturante ressaltando que se trata de “um conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas [...]”, e por isso conforma a ação do Estado enquanto gestor do patrimônio público, de forma suprema. Eis seu isolamento já demonstrado desde o início, pela conceituação clássica.

Destaque-se que o modo de gerir deve estar de acordo com os fins desejados pelo Estado, e neste aspecto se vislumbra o próprio objeto do Direito Administrativo significando manejo de patrimônio público em sintonia com as perspectivas do Estado onde floresce. Em muitos países, e o Brasil se inclui nesse rol, não é isso que se vê.

Não raras vezes a autonomia do direito administrativo serviu como escudo para imunizar os administradores públicos “da normatividade constitucional” (BINENBOJM, 2006, p. 19) aplicando-se assim conduta divergente com o momento sócio-político, e com as perspectivas do próprio Estado.

Neste sentido o direito administrativo se revestiu de elevado grau de importância e autonomia, perfazendo-se como ciência isolada informadora das ações do Estado enquanto gestor. Meirelles (2005, p. 41) explica que isso acontece pela alta relevância do direito administrativo, e lembra a estreita aderência entre Estado e gestão, destacando que o “[...] o Estado para atender seus fins, atua em três sentidos - administração, legislação e jurisdição – e

em todos eles pede orientação ao Direito Administrativo”. Daí a noção de imprescindibilidade e alto valor agregado concedido à área, o que o torna suprema em sua importância.

Então a administração enquanto arcabouço instrumental de que dispõe o Estado, para por em prática políticas governamentais, se viu relevante e se auto exilou do momento político utilizando principalmente a discricionariedade como roupagem. Destaque-se neste aspecto, que a natureza da administração pública na visão de Meirelles (2005, p.85) é a de um “*múnus* público para quem a exerce”, sendo que seus fins deveriam ser traduzidos na persecução do bem comum, ou no interesse da sociedade em determinado momento histórico constitucional. Por assim dizer aderente à constituição.

Mas não foi o que ocorreu. Na verdade a organização e exercício de atividades estatais se personificaram na administração pública discricionária³⁷ sem “quaisquer alusão aos princípios e regras constitucionais” (BINENBOJM, 2006, p. 19). Isto tudo protegido pela retórica de satisfazer o bem comum, concretizado através de atos administrativos que não poderiam se afastar dos componentes legais. O discurso de autonomia do direito administrativo, conjugado com a possibilidade de ação discricionária serviu como anteparo aos administradores para se afastar da Constituição.

Isto por que subjacente à visão conceitual clássica de Administração pública encontrava-se o direito administrativo enquanto leque de leis e doutrinas conformando o agir do Estado. Ainda segundo princípios clássicos ao manejar a própria administração pública os agentes deveriam fazê-lo de forma racional, afastando desde logo condutas contraditórias ao interesse público. Não foi o que se viu, no entanto; os atos discricionários representam a maioria das ações dos administradores públicos, abrigados por interesses nem sempre coletivos.

Ressalte-se ainda o elemento vertical que permaneceu desde o nascimento do direito administrativo criando linearidade entre administração pública e coletividade, com a justificativa de cumprimento da lei, sem se deixar controlar pelo poder judiciário. É de se destacar portanto que o direito administrativo já apresentava contradições desde o início, e perpetrou-as em sua trajetória uma vez que se isola utilizando em sua práxis categorias

³⁷ Na verdade Binenbojm (2006, p. 19-23) destaca que a controvérsia do direito administrativo, explicando que se a separação de poderes foi efetivada para imunizar o executivo do controle dos atos pelo judiciário, a discricionariedade foi um princípio contrário à legalidade, sendo visto como insubmissão, ou pelo menos não-submissão à lei.

anacrônicas retiradas do modelo weberiano. Sendo que as necessidades da sociedade atual sofreram profundas transformações que o paradigma anterior já não mais consegue resolver.

Assim Binenbojm (2006, p. 38-42) destaca que essas contradições de nascedouro do direito administrativo estão postas principalmente em sua feição parcial – há parca neutralidade nas ações, embora se proclame a matriz weberiana³⁸. Por giro contrário há elemento de parcialidade em proveito do poder estatal, uma vez que ao criar o direito que lhe é mais conveniente, o Estado aplica-o em situações de assimetria à coletividade.

Dito isso, observa-se um elemento de imunização decisória protegida pelo princípio da legalidade e sobretudo, vê-se resquícios da tradição monárquica de ação absolutista. Ademais disto o aparato legal que conforma o direito administrativo tem fundamentos nas concepções militares, apresentando rígida hierarquia e escalonamento nos moldes de estruturas napoleônicas. Binenbojm (2006, p. 47) sobre este aspecto destaca o anacronismo do direito administrativo, assegurando que “o instrumental do direito administrativo refere-se a uma realidade de um século atrás” e sua interpretação é verticalizada.

Então o direito administrativo tem suas bases fundantes profundamente arraigadas no viés autoritário, e assim permaneceu sob o véu da autonomia durante muito tempo, deslocado das Constituições sem acompanhar as mutações sócio-políticas. No momento atual, o direito administrativo continua sem sintonia com a Constituição, e sofre profundas reflexões que poderão transformá-lo.

Assim a partir da segunda metade da década de 90, eclodiram profundas transformações que refletiram na mudança do marco teórico da administração pública, forçando-a a desenvolver outra perspectiva que fosse capaz de ocupar o espaço da matriz weberiana. Esse fenômeno fora justificado entendendo-se que as democracias contemporâneas conduzem em seu bojo maiores fatores de risco, fato com o qual o modelo weberiano linear é alheio. Na verdade o modelo weberiano deveria ceder espaço ao valor justo e ético da nova hermenêutica, aproximando o direito administrativo do direito constitucional.³⁹

³⁸ Tragtenberg, Maurício (1992, p. 89-104) explica que a matriz weberiana é uma corrente de pensamento que influenciou as ciências humanas, e tem como seu principal expoente o sociólogo Max Weber. As premissas do pensamento weberiano trazem os conceitos de previsibilidade e racionalidade como elementos marcantes.

³⁹ Sobre o tema ver SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

Portanto esta nova conformação do direito administrativo no cenário constitucional trouxe elementos transformadores ao direito administrativo, requereu estratégias políticas capacitadas a dialogar com pluralismos sociais e seus valores dialéticos. Dentre outras transformações observa-se o intercâmbio do direito administrativo com outras áreas, notadamente o direito econômico, inaugurando assim diferente interface com o setor privado.

Binenbojm (2006, p.20-27) chama a atenção, para “a fuga ao direito privado”, como um paradoxo do direito administrativo. Ele fora constituído com conotações de ramo público, mas inicia desde a falência do Estado de bem-estar, um tortuoso caminho suscitando críticas, desde sua inadequação com as Constituições, até sua camuflagem de interesses.

É que este caminho há complexas conotações uma vez que sua direção deságua em interesses pessoais, sancionados pelo próprio Estado, e que se constituem como a falência dos paradigmas do direito administrativo. A fuga para o direito privado significa que o Estado se transmuta em Estado regulatório, através de parcerias com o setor privado na perspectiva de dinamização da gestão pública.

A privatização das atividades administrativas tem dado empuxos na administração pública que demonstram paradoxos nem sempre adequados à Constituição. Assim o gerencialismo⁴⁰ ao aproximar-se da administração pública e imputar-lhe modelos de organizações privadas subverte o direito administrativo. Binenbojm (2006, p. 20) sobre este aspecto destaca que à gestão pública tem aderido o fenômeno de parcerias com a iniciativa privada, e com isso,

[...] assiste-se a emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre gestão pública e privada: a atividade da gestão privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade da gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado).

Decerto que por representar o Estado, na administração pública repousa a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos, então se perfaz o direito

⁴⁰ Os modelos “administração pública gerencial (APG)” e “governo empreendedor” são protótipos de iniciativa privada inseridos na administração pública, trazendo dentre outros aspectos objetivos tais como: produtividade e mensuração, descentralização na gestão, desagregação do serviço público em órgãos independentes e especializados, policentrismo. Os dois modelos foram denominados genericamente de gerencialismo. V. Bresser-Pereira, Luiz Carlos. *Da administração burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, 1996. OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

administrativo como diretriz desta concepção nova de Estado, utilizando-se de modelos de organização administrativa importados⁴¹ do constitucionalismo europeu e norte americano.

O direito administrativo embora ramo autônomo da ciência jurídica recebe dela seus matizes sócio-políticos, sendo destacada a importância que a Constituição alcança na sociedade. Este reconhecimento das Constituição não significa retrocesso ao clássico jusnaturalismo do século XIX, na verdade implica reconhecimento de valores na ciência jurídica. Dessa forma o direito Administrativo foi alterado pelo fenômeno constitucionalização e essa aproximação axiológica altera as feições dos princípios do direito administrativo.

Observa-se que as normas Constitucionais dialogam com o Direito Administrativo contemplando ações e descrevendo condutas da administração pública. As transformações constitucionais e as novas leis infraconstitucionais tem se aproximado do Direito Administrativo na perspectiva de diálogo, para efetivar os direitos fundamentais, de tal forma que é possível destacar – assim como ocorreu à constitucionalização do Direito - a constitucionalização do Direito Administrativo é premente, perfazendo-se as duas áreas como sistemas intercambiáveis.

Essa aproximação entre direito administrativo e direito constitucional resgata e sana um déficit histórico, à medida que impulsiona o sistema democrático efetivando direitos fundamentais. A constitucionalização⁴² é diretriz através da qual se deve guiar o direito administrativo perfazendo-se como sistema sinérgico cuja força faz convergir outros valores também democráticos.

Isto por que os direitos fundamentais e os princípios da Constituição além de ocuparem elevado patamar na sociedade democrática são vetores lateralizados à lei, com ela dialogando e balizando o exercício da discricionariedade dos administradores públicos. No entendimento de Binenbojm (2006, p. 53) o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo dá a

⁴¹ Como modelo desse transplante europeu trazido ao Brasil, as agências reguladoras receberam a responsabilidade empreendedora do Estado, configurando-se assim, a função regulatória. E por sua vez, descentraliza-se com propriedade a gestão pública, tornando-a mais célere, uma vez que tem a perspectiva de atuar conforme a Constituição.

⁴² Binenbojm (2006, p. 55) destaca que a aproximação do direito administrativo com a Constituição gera um conjunto de idéias que faz a Constituição incorporar princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem compatibilizar-se.

constituição “[...] a feição de uma constituição garantia, que especifica um procedimento político e justo”.

Desta forma a Constituição é amálgama interagente entre direito administrativo e a própria juridicidade, afastando julgamentos arbitrários e dialogando com princípios constitucionais. Assim a tessitura constitucional possibilita articulação com o direito administrativo em um papel dúplice que impulsiona outros papéis – é condutor dialogical da ação dos gestores públicos; e funciona como sistema que faz ruir o arcabouço dogmático do direito administrativo mais clássico (BINENBOJM, 2006, p. 46).

Neste sentido, Barroso (2005, p. 47-48) destaca que o perfil do Estado brasileiro foi alterado por reformas na administração pública, iniciando-se assim novo modelo que tenta operar de forma mais aderente ao Estado democrático. A participação ampla do Estado nos processos econômicos globalizantes são corolários da redução do papel do Estado enquanto agente de empreendimento, focando a prestação de serviços em parcerias com o setor privado. Essa desestatização conduz o mercado ao papel de protagonista neste cenário denominado de modelo neoliberal.

Essas alterações citadas pelo autor põe em relevo o Direito Administrativo e a própria gestão pública⁴³, forçando-os a adotar práticas mais adequadas ao momento democrático posterior à Constituição de 1988. O autor cita dentre outros aspectos da constitucionalização administrativa, a permissão da entrada do capital estrangeiro no Brasil, junto à desestatização e a retração do Estado empreendedor⁴⁴, estabelecendo com o setor privado uma relação denominada de parceria.

Assim essas transformações fazem ruir o arcabouço positivista do direito administrativo, emergindo em seu vácuo, novas idéias. “A constituição é erigida como vinculação da

⁴³ O modelo anterior de gestão trazia fortes conotações da teoria Weberiana, apresentando um paradigma demarcado pela racionalidade e precisão, que se aproxima da teoria positivista do direito. Mantidos como categorias racionais, tanto a teoria da burocracia, quanto o modelo positivista traçam a metáfora da pirâmide enquanto um conjunto de leis e regras estanques, escalonadas que de maneira vertical se debruçam sobre a comunidade. Sobre esse tema ver Weber, Max. *The Protestant ethic and the spirit of capitalism*. London: G. Allen & Unwin, 1930.

⁴⁴ Junte-se a essas transformações a implementação das agências reguladoras independentes, como órgãos de posicionamento externo à responsabilidade política do governo. Caracterizadas como órgãos autônomos, rompem o princípio da unidade da Administração como metáfora piramidal e inauguram “novo paradigma de ação em rede que lembra a configuração policentrista (BINENBOJM, 2006, p. 22).”

juridicidade à administração; a discricionariedade⁴⁵ deixa de ser espaço de livre escolha do administrador para se convolar em resíduo de legitimidade a ser preenchido pela Constituição (BINENBOJM, 2006, p.25)” que passa a ser a força motriz do direito administrativo na atualidade.

Para o autor “a supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas do direito administrativo” (BINENBOJM, 2006, p. 69) a partir da ótica do direito constitucional.

Essas modificações na interpretação doutrinária do Direito Administrativo é segundo Barroso (2005, p. 50-52) a aproximação do Direito Administrativo aos princípios constitucionais no novo momento político, e significa democratização do direito administrativo mitigando seu caráter de verticalidade⁴⁶ adicionando-se a isso os próprios princípios da administração pública, que agora recebem outra roupagem. Esse revestimento significa aproximação com a Constituição no sentido de fazer fluir o Estado democrático de direito.

Para concretização dos princípios constitucionais no bojo do direito administrativo⁴⁷, o intérprete segue o critério diferenciado, podendo dizer que sua ação é mais aberta para atender a dinamicidade do momento atual, a nova interpretação produz uma redefinição tanto dos princípios quanto da noção tradicional do poder discricionário.

A ação discricionária enquanto soberania decisória tem origem no Estado europeu dos séculos XVI e XVIII quando expressava a vontade absoluta do monarca. O poder discricionário teve seu apogeu no chamado “Estado de polícia” (BINENBOJM, 2006, p.193) no qual o governo enquanto Estado neutral se encontrava completamente afastado da comunidade e da própria Constituição.

⁴⁵ Poder discricionário difere de poder vinculado. Enquanto este significa cumprir a lei e aplicá-la no caso concreto, aquele implica prerrogativa concedida aos gestores, para escolher dentre várias condutas aquela que mais se adequa ao caso concreto.

⁴⁶ No estado democrático de direito, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático tal como delineados na Constituição também passa a exercer papel preponderante no direito administrativo .

⁴⁷ Sobre a aproximação do direito constitucional com o direito administrativo Binenbojm (2006, p. 63- 65) destaca que neste “novo cenário valoriza-se o papel dos princípios constitucionais [...] e que a doutrina pós-positivista tem enfatizado a força vinculante da principiologia constitucional que não depende da mediação do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos.

A supremacia do Estado de polícia era em si mesmo um paradoxo pois se a vontade da lei era soberana na perspectiva de neutralizar quaisquer resquícios da volta da monarquia, o Estado de polícia repetia as ações verticalizadas do velho regime. Com efeito se a vontade da lei era suprema, pela vinculação da legalidade e também pela discricionariedade foram cometidas arbitrariedades protegidas pela supremacia do interesse público e totalmente infenso ao poder judiciário.

Agora pelo novo paradigma, a discricionariedade deixa de ser um espaço de larga “liberdade decisória, para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais entre os diferentes bens e interesses jurídicos (BINENBOJM, 2006, p.71)”. Neste aspecto tanto o direito administrativo quanto o constitucional acatam a complexidade dos fenômenos jurídicos, que se tornam aos olhos da Constituição, mais subjetivos, a juridicidade ou juridicização da discricionariedade administrativa.

Desta forma, pela juridicidade administrativa o poder judiciário passa a dialogar com o princípio da supremacia de interesse público, através do exame dos atos administrativos, passando a examinar alguns elementos do ato tais como a competência, forma, finalidade, motivo e objeto do ato. Assim o controle dos atos discricionários passa a ser da esfera do judiciário junto à Constituição, efetivando parâmetros jurídicos em consonância com os administrativos.

Trazendo esses conceitos para o Brasil, além dos princípios administrativos expressos no artigo 37 da Constituição, outros princípios contidos na doutrina (finalidade, legalidade, razoabilidade, dentre outros) também sofrem alterações tanto na interpretação quanto na aplicação. Então a constituição começa a influenciar o direito administrativo tanto no texto legal, quanto nas interpretações da doutrina, exigindo dos administrativistas, novo posicionamento.

Pelo novo dimensionamento, o direito administrativo volta novamente a olhar a constituição e estabelecer com ela diálogos frutíferos. Para ilustrar essa transformação foram pesquisados neste trabalho os princípios da supremacia do interesse público e o princípio da legalidade, que passam a ser vislumbrados com olhares interpretativos mais dialéticos recebendo roupagem diferenciada do modelo liberal que lhes fora anterior.

2.1– O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DE INTERESSE PÚBLICO: DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado e seu poder soberano são categorias centrais na modernidade política⁴⁸. Enquanto forma histórica de organização jurídica de poder, o Estado é protagonista no sentido de traduzir-se no plano interno com o monopólio de edição do direito positivo e no plano internacional enquanto soberania.

Mas o Estado não se encontra em redoma hermético imune às transformações sociais como fora preconizado no paradigma racionalista e que informou a ciência jurídica, bem como a Teoria do Estado que lhe conformou as bases teóricas. Mesmo soberano o Estado recebe influências dos momentos histórico e político que o circundam, demonstrando em cada um deles⁴⁹, características próprias. Diante disso, ao longo do século XX o Estado como protagonista,

[...] percorreu uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas [...] tornou-se social após o primeiro quarto [...] na virada do século estava neoliberal concentrando-se nas atividades de regulação abdicando de intervenção econômica direta, em um movimento de desjurisdicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio”. (BARROSO, 2005, ix)

Com resquício do Estado liberal supremo aponta-se a formação do regime jurídico administrativo⁵⁰ enquanto sistema de normas e princípios que conforma a administração

⁴⁸ O estado de direito (*rechtstaat*) inicia-se na Alemanha, na segunda metade do século XIX apresentando a idéia tríplice de formalismo, hierarquização, e jurisdicização. Essa fórmula foi a modelagem do Estado liberal francês.

⁴⁹ Como já destacado no capítulo I deste trabalho, denomina-se liberalismo ou Estado liberal a corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções do século XVIII caracterizando-se assim um movimento no qual florescem ideais de liberdade como direito individual, sendo asseguradas por uma nova ordem jurídica com regras e estruturas institucionais neutras. Neste cenário os direitos do homem eram meramente negativos e restringiam-se às abstenções estatais ou obrigações de não fazer. No liberalismo os direitos individuais oponíveis em relação ao Estado circunscreviam-se aos ideais de liberdade e propriedade privada, caracterizados como direitos de primeira geração. Já o Estado Social caracterizou-se pelas conquistas da década de 40 (pós-guerra) impulsionando as prestações positivas em prol da sociedade. Neste modelo a idéia de propriedade é redimensionada, a noção de liberdade ganha novos contornos, e o Estado se agiganta pela perspectiva de buscar reconhecimento de diferenças materiais entre as pessoas, caracterizando-se assim os direitos de segunda geração de direitos. Já o Estado democrático ou neoliberal traz como característica marcante a refração do Estado, a idéia de mercado econômico, a liberalização do comércio exterior. Sobre o tema ver BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Social ao Estado Liberal*. São Paulo: Malheiros, 1996.

⁵⁰ O regime jurídico público é um conjunto de princípios informadores do direito administrativo. Tem como pano de fundo a supremacia do interesse público diante do particular. A supremacia do Estado no campo material implica presunção de legitimidade de seus atos, imperatividade e autoexecutoriedade. Todas essas características advêm do poder de império do Estado. A presunção de legitimidade significa dedução de que o ato emanado proveio de alguém que tenha legitimidade para tal. Assim como a presunção de veracidade refere-se à dedução de que o ato é verdadeiro e válido. Os atos administrativos do Estado, portanto, são imperativos, significando a priori, ação verticalizada, independente do consentimento de terceiros.

pública sendo reconhecido como unidade ou lógica de coerência unificadora das diretrizes da gestão pública. Mello (2005, p. 43) descreve-o como “conjunto sistematizado de princípios que lhes dá identidade” e informa a atividade do administrador público traçando suas principais diretrizes.

Os princípios do direito administrativo são idéias gerais que informam a conduta dos gestores e dão diretrizes aos atos administrativos. Destaque-se que como sistema, não se faz aplicação isolada dos princípios, pois são interconexos e complementares uns aos outros. Ademais a característica da abstratividade faz com que se expandam no ordenamento “daí por que todas as normas que compõem o direito administrativo devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios (BASTOS, 1994, p. 23).”

Dentre outros princípios, sobressai-se no modelo liberal ou Estado de Direito⁵¹ a supremacia do interesse público sobre o privado, significando que a noção de interesse público tem prevalência sobre os particulares na perspectiva de exercício do bem comum. Isto por que o direito administrativo enfeixa um direito finalístico voltado à consecução dos atos administrativos, e implícito neles a consagração do interesse coletivo aderente à supremacia do interesse público.

“Na verdade esse princípio apresenta-se como princípio do direito público em geral. A expressão interesse público pode ser associada ao bem de toda coletividade (MEDAUAR, 2006, p.145)”. Isso significa que o interesse público⁵² tem preponderância sobre os interesses dos particulares.

Todavia no Estado Liberal a supremacia do interesse público foi o manto com o qual se revestiu o Estado para inserir ações em nome da liberdade. De cunho controverso, a liberdade efetivada significou naquele lapso histórico a imposição da vontade de uma classe concretizada pela mão do Estado. Bonavides (1996, p. 27) explica “que na doutrina do liberalismo o Estado sempre foi o fantasma que aterrorizou o indivíduo. O poder, de que não

⁵¹ O Estado de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito público, o isomorfismo entre transformações políticas, jurídicas e epistemológicas é acentuado pelo positivismo e seus ideais de racionalização.

⁵² Barroso (2005, xiii) ao trabalhar o sentido do interesse público destaca uma distinção entre interesse público primário e secundário: “[...] o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público [...] e em ampla medida pode ser identificado como o direito do erário, que é o de maximizar despesas e receitas.”

poderia prescindir o ordenamento estatal, aparece na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”.

Os princípios da supremacia do interesse público e legalidade surgem naquele momento como delimitadores da atividade administrativa, na tentativa de vincular a atuação do administrador público pela via unitária da lei⁵³. Essa narrativa controversa do momento liberal argumenta que a lei é forma de rompimento ao absolutismo e protege o Estado; mas o Estado ambivalente concedia liberdade através de ações restritivas, de acordo com sua própria vontade. Daí a prevalência da lei e do Estado e da supremacia de interesse que implicavam na “antítese, na antinomia do interesse público” (BONAVIDES, 1996, p. 27-30).

Percebe-se que essa visão prevalente da administração pública enquanto aparelhamento do Estado para atender a coletividade trabalha com os cidadãos usando o princípio da supremacia como elemento justificador da atuação do próprio Estado. Assim é a própria negação da liberdade disfarçada pela doutrina apologética do poder já que este é um instrumental de que dispõe o Estado para consecução da finalidade pública.

A doutrina apologética do poder é justificada no Estado liberal pela avulsão da nova classe burguesa, que rapidamente se torna abastada, mas sem título. Daí a emergência dessa nova classe na repartição de poder, que usa a supremacia do Estado no modelo liberal como “pedra de toque” (MEIRELLES, 2005, p. 23).

Destaque-se que até hoje essa verticalidade proclamando a superioridade do interesse público ao atendimento de interesses gerais é destacada como elemento mais elevado do regime jurídico do direito administrativo e com ele se espraia através dos atos de execução dos gestores para os demais poderes. Portanto,

[...] trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo de sobrevivência e asseguração deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2005, p. 58)

⁵³ Decorrencia desta afirmação é a visão de que todo o Direito é exclusivamente estatal. “Sendo titular do monopólio, o Estado - soberano e dotado de personalidade jurídica – deve estar autolimitado pelo direito administrativo (ARAGÃO, 2005, p. 2)

Logo, no estado liberal a noção de axioma como autoevidente interliga-se ao conceito dogmático de fórmulas exatas, realçando a superioridade do interesse público como posição altaneira em relação aos particulares. A proposição dogmática estabelece irrefutavelmente a supremacia pública como princípio e proclama satisfazer anseios da coletividade firmando a prevalência do público diante do particular.

Desta forma, até hoje o paradigma liberal ainda influencia os administrativistas, ressaltando que ao manejar a gestão pública os interesses pessoais devem curvar-se sob o influxo do interesse público, submetendo-se à superioridade do órgão. Isto por que “no conflito entre o coletivo e o individual reconhece-se a predominância do primeiro (BASTOS, 1994, p. 28)” uma vez que o direito administrativo é a instrumentação jurídica de interesses considerados superiores relacionados à gestão pública.

E ainda, essa relação é adstrita à lei, vinculada somente à lei, uma vez nem o administrador podia dispor do interesse público, nem o particular deveria ignorá-lo enquanto axioma proclamado na sociedade. Em verdade “a burguesia precisava da liberdade e o Estado democrático assentado nesse formalismo jurídico destituído de conteúdo, neutralizava atos de intervenções que embaraçassem a livre iniciativa” (BONAVIDES, 1996, p.57).

Assim na indisponibilidade do interesse público significando que “é vedado à autoridade administrativa deixar de providenciar ou retardar providências relevantes ao interesse público (MEDAUAR, 2006, p.145)” está implícito o eixo de gravitação de outro sistema não menos fundamental – o econômico. Isto por que a administração pública atuando em nome de terceiros – da burguesia - tem à sua disposição os bens forjados pelo interesse público, e os manejam como se privados fossem. Bonavides (1996, p. 58-63) destaca que sobre esse aspecto no liberalismo triunfara indiscutivelmente a tirania sob a capa de democracia.

A noção de interesse público somada ao conceito de supremacia é evidenciada por Mello (2005, p. 94-100) como a somatória das aspirações individuais de cada cidadão, transformando-se em conjunto de vontades, traduzida em finalidade pública. Todavia, nesta visão organicista destacando que o indivíduo é parte do tecido social está implícito o “utilitarismo moral benthaniano de que o Estado seria uma consequência política das interfaces relacionais do indivíduo” (KROHLING, 2011, p.52) e que a somatória das aspirações de cada cidadão é o interesse público.

Vê-se que o princípio da supremacia de interesse público no liberalismo teve (e conserva até hoje) posição privilegiada no direito administrativo, pois ele estava implícito no manejo dos órgãos públicos, elementos encarregados de zelar pelos interesses da coletividade. Ocorre que o interesse público no liberalismo se reveste de abstencionismo estatal ou “o Estado-guarda noturno que Lassale tanto ridicularizava, demissionário de quaisquer responsabilidades na promoção do bem comum” (BONAVIDES, 1996, p.28).

Logo o princípio da supremacia do interesse público e a afirmação de que a administração exerce função, e como tal investe-se no dever de satisfazer as finalidades em prol de interesses sociais na verdade consagra “o Estado manipulador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada” (BONAVIDES, 1996, p. 28) aquele que maneja poderes requeridos para suprir a finalidade pública, por via de alheamento e ausência da vida social.

Os poderes, por sua vez, que seriam instrumentais disponibilizados ao gestor público para o bom cumprimento da função adstrita a satisfazer os interesses da coletividade, se transformam em coação. Daí o antagonismo liberal expresso na supremacia, pois quando os gestores públicos agem em vista de algum interesse estatal imediato “o fim último de sua atuação deve ser voltado ao interesse público. E se como visto não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2006, p. 24).”

Ocorre que a finalidade pública representou no liberalismo a vontade do Estado burguês, “a burguesia revolucionária utilizou-a “para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade, e desse prélio saiu vitoriosa (BONAVIDES, 1996, p.29). Basta lembrar os desidérios do Estado quando destaca que à administração pública cabe a tutela da coletividade, e por conseguinte deve haver a supremacia do interesse público enquanto elemento garantidor do sistema e de sua própria estabilidade social tendo como marco relevante a própria segurança jurídica como mecanismo de manutenção do Estado.

Destaque-se que a democracia moderna surgiu como movimento limitador geral do poder dos governantes. O espírito original da democracia liberal focou a defesa dos proprietários contra os privilégios estamentais. As luzes do iluminismo não focaram as franjas da sociedade, desta forma o movimento foi efetivado sem quaisquer preocupações em defesa da maioria

empobrecida. Assim, as noções abstratas de liberdade e igualdade não tocaram categorias tais como escravos, mulheres, e trabalhadores, dentre outros.

Em verdade o modelo liberal possibilitou exploração do homem pelo homem de forma assimétrica. O sistema capitalista de produção propiciou acumulação de renda a uma classe, e o resultado dessa atomização social fora a pauperização, suscitando indignação na sociedade – portanto, não tardaram a eclodir tensões e focos tendentes a por em xeque a ordem liberal.

Bonavides (1996, p.157-158) ressalta que as reações ao liberalismo embora tenham apresentado o mais variado sabor crítico-ideológico, apresentam um traço comum, qual seja, a vinculação da liberdade ao poder econômico. È desta vigorosa censura o embrião do Estado Social de Bem Estar Social⁵⁴, forte oposição ao liberalismo.

O pensamento político do século XIX pode ser entendido como o nascimento do raciocínio científico e a difusão das teorias sociais, mas é também conhecido como a concentração de riquezas em proveito da burguesia e o surgimento do movimento operário. Nay (2007, p.365) destaca que o movimento de industrialização que atingiu a Europa no século XIX “é também acompanhado de transformações sociais principalmente o fortalecimento da burguesia e sobretudo o aparecimento de um vasto proletariado submetido a condições de vida particularmente penosas”.

Isto porque a implantação do modelo industrial rompeu com o modo de produção artesanal anterior, inaugurando o processo fabril. Esse implicou transformação da face urbana à medida que se configurou em fator de atração da população rural às cidades. Ocorre que essa dispersão campo-cidade fora desordenada, soerguendo as áreas periféricas das cidades e o entorno das fábricas com bairros sem condições dignas de moradia.

Essa ocupação urbana foi seguida também pela atração aos postos de trabalho nas fábricas suscitando jornadas de trabalho extensas, acidentes com perdas humanas, frutos do modo como se tratava o homem e a nascente tecnologia do início do século passado. Diante desse cenário vê-se que “a passagem do modelo manufatureiro para o artesanal alterou tanto o modo

⁵⁴ Alguns autores como Antonio Carlos Wolkmer (1990) e Norberto Bobbio (1995) consideram os conceitos de Estado de Bem Estar Social e Estado Social sinônimos, os tratando indistintamente. Cruz (2011) todavia, considera algumas digressões entre os dois modelos, destacando que no Estado Social a ação interventora e reguladora do Estado é maior.

de produção quanto a estrutura do trabalho, gerando nova relação de forças entre operário e burguesia dirigente” (NAY, 2007, p.367).

O abstencionismo liberal somado à liberdade na propriedade não tardaram a revelar uma crise do sistema capitalista⁵⁵ exigindo novas posições, já que a neutralidade estatal evidenciou desproteção aos trabalhadores à medida que há atendimento somente dos direitos de primeira geração.

Neste sentido o Estado de bem estar social⁵⁶ é uma resposta governamental aos flagelos sociais provocados pelo capitalismo, mas também se configura uma estrutura complexa, já que [...] “é produto da reforma do modelo clássico do Estado liberal” (CRUZ, 2011, p. 162) pois conserva sua adesão ao capitalismo, não renunciando aos postulados econômicos do liberalismo, mas elabora transformações à medida que faz intervenções nos domínios econômicos e sociais.

Assim “um sistema político-econômico que mantém um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de tarefas sociais” (CRUZ, 2011, p.167); nessa relação antagônica o conceito de interesse público é mais uma vez a intervenção verticalizada do Estado, uma vez que ele “é a adaptação do Estado burguês capitalista [e funciona] com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático: acumulação capitalista e garantia de direitos sociais” (CRUZ, 2011, p.165).

A grande variedade de sua trajetória e formas diversas em cada país, aponta para colorações diversas, mas que em comum apresentam o interesse público sendo manejado como forma paliativa do enfrentamento da crise dos anos 80 e 90 com a convicção socialmente orientada como produto da reforma do Estado liberal para suprir desigualdades sociais.

Bobbio (1995, p.187) destaca que as desigualdades no Estado Social - quando se compara povo e dirigentes – residem na “ideologia que [...] sempre hostilizou as massas e encareceu o

⁵⁵ Rousseau e Marx, cada um a seu tempo fazem exames críticos e negativos da sociedade capitalista desejando reformular suas bases. A frase de Rousseau “o homem nasce livre e por toda parte acha-se escravizado” é uma afirmação aflitiva sobre o capitalismo. Bobbio (1995, p. 165) destaca que o Contrato Social de Rousseau sacode o homem do século XVIII com a mesma intensidade com que o manifesto comunista abala o século XX.

⁵⁶ Cruz (2011, p.171) considera o início do Estado de bem estar social a implantação na Inglaterra do Beveridge Information que reorganizou a seguridade social, nos anos posteriores à primeira guerra mundial. É possível reconhecer também o Estado de Bem Estar na legislação social da Alemanha de Bismarck, assim como Leis da Prússia entre 1883 e 1889.

papel essencial das elites dirigentes [...]”. O autor conclui que “é raríssima uma obra de simpatia ou uma página que não fosse de exaltação demagógica, delouvaminhas tão condenáveis quanto às diatribes mais reacionárias”. Assim o interesse público ganha contornos de politização da função social, assim como meio de agravar a dependência do cidadão e consolidar em alguns países o totalitarismo.⁵⁷

O exercício público da proteção social foi efetivado por políticas públicas visando ordem e disciplinando as relações sociais com uma roupagem assistencialista já que não representavam medidas estáveis, tampouco formas permanentes de proteção às populações. Cruz (2011, p. 166) destaca que “essa tendência foi acompanhada de um aumento de carga tributária”, pois as elites diante da ameaça real do comunismo instalado na extinta União soviética, resolveram transferir a conta à população. O autor destaca ainda que “valeu a pena em todos os casos, para estas elites”.

O paradigma conservador do Estado social também foi uma resposta vertical que não reconheceu os direitos sociais elementares da cidadania política, e ao invés disso tratou de gerar um quadro bipolar ideológico no qual duas respostas excludentes tentam conviver: a organização econômica voltada ao mercado e o bem estar social paliativo do trabalhador. Bobbio (1995, p. 196) ressalta que o Estado Social intervencionista consegue tecer uma rede na qual “cresce a dependência do indivíduo pela impossibilidade em que se acha esse de prover certas necessidades existenciais mínimas”.

Assim o espaço existencial de autonomia do indivíduo se comprime diante do espaço social que se enriqueceu e se alargou. A expansão do poder estatal se deu pelo plano de regulamentação da economia e se manteve reafirmando a lógica de mercado mas o faz pela generalização do fordismo tentando manter o ritmo acelerado do crescimento, pleno emprego e ganhos fiscais crescentes. O Estado social seria proteção aos cidadãos se não fosse um alívio de carga da burguesia. Bonavides (1996, p. 182) destaca que,

quando o Estado, coagido pelas pressões das massas [...] confere ao Estado constitucional ou fora dele os direitos do trabalho, previdência, educação, intervem na economia como distribuidor, dita salário, manipula moeda, regula preço [...] em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual.

⁵⁷ Assim o fizeram Lênin e Sorel no socialismo; Pareto e Mussolini no fascismo; Gobineau, Rosenberg e Hitler, no racismo (BOBBIO, 1995, p. 188)

O modelo interventor do Estado de bem estar foi novamente um ganho da burguesia, à medida que a infraestrutura para desenvolvimento do capital foi promovida com verba pública decorrente de poupança e taxaço generalizada. Então o Estado Social pode ser considerado uma maquiagem do Estado Liberal burguês.

Desta forma a burguesia se beneficiou duplamente no modelo de bem estar social, à medida que flexibilizou o modelo liberal por se imaginar ameaçada por ele, e financiou os gastos sociais pelas vias do Estado. O princípio da supremacia de interesse público foi novamente utilizado imediatamente pelo Estado, e mediatamente por uma classe gestora que dele se beneficia, à medida que as atividades Estatais se mesclam com o papel do mercado. Bobbio (1995, p. 196-197) lembra que,

[...] o Estado, que já é uma organização de domínio, pode sob o leme de governos ambiciosos e de vocação autocrática, destituídos de escrúpulos, se converter em aparelho de abusos e atentados à liberdade humana, o qual o exploraria, no interesse de sua força e predomínio, aquela dependência básica do indivíduo, transformando-o então em mero instrumento dos fins estatais.

No Estado social essa forma de intervenção do Estado para minorar as crises do capitalismo, “expunha a vida aos riscos de uma imolação idealista” (BOBBIO, 1995, p. 198). Essa medida foi uma resposta do próprio Estado que assumiu a incumbência de materializar obrigações estatais de um eleitorado despolitizado – a exemplo de países como do Brasil. Com tal política o princípio da supremacia de interesse público também foi a patrimonialismo beneficiário conferido pelo Estado agindo sob as vestes paternalistas.

O Estado de bem estar social ocasionou inflação de direitos, ocorrendo por sua vez o agigantamento do Estado, pois sua supremacia de interesses absorveu a promoção e concretização de necessidades. Esse alargamento de direito foi uma pauta não cumprida com a qual o Estado não conseguiu lidar. A cidadania preconizada foi transfigurada em clientelismo que minaram o modelo, revigorando a mentalidade conservadora americana das décadas de 60 e 70.

Verificada a queda do muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, instalou-se a crise do socialismo e uma suposta neutralidade no campo ideológico que vem sendo demonstrada como triunfo do capitalismo. Novamente o Estado se insurge recriando nova carta de reformas agora com feições constitucionais – O Estado democrático de direito. Neste novo paradigma emerge outra forma de manipulação do princípio da supremacia de interesse público, que agora é revestido pela pauta de reformas neoliberais.

Essas reformas alteraram substancialmente o quadro de relações de poder e “acabaram por instituir a hegemonia de uma única superpotência, determinando com a globalização, o ocaso político e econômico dos países do terceiro mundo” (BONAVIDES, 1996, p. 19). Esses estados passam por um eclipse de soberania, sua ordem constitucional se esfacela, e o princípio da supremacia do interesse público se submete à servidão da *pax* americana: o direito do mais forte.

Bonavides (1996, p. 20) leciona que esta “será a mais funesta e inaceitável globalização de todos os tempos”. Na pauta do paradoxal Estado democrático de direito a economia de cassino desidrata os direitos de terceira geração por obra de um grupo que vê o lucro e não o homem, o capital e não a nação, como elementos mais relevantes.

Em prol da globalização se assenta um sistema capitalista de última geração que ao mesmo tempo desfere em silêncio o que Bonavides (1999, p.23) denomina de “golpe de Estado institucional”. Aqui não há remoção de governos, tampouco guerras ou derramamento de sangue, mas o golpe se irrompe coativo e não vê pessoas, vê valores; não prevê direitos mas privilégios; e age em nome do princípio da supremacia do interesse público. No neoliberalismo a mercantilização da força de trabalho e a contenção dos sindicatos é outra forma do Estado agir nos seus próprios interesses, difusamente através da supremacia pública.

A desregulamentação e privatização de alguns serviços sociais sob a alegação de sobrecarga do Estado e esgotamento da capacidade de manutenção fragiliza as forças políticas de esquerda, enquanto fortalece a auto-regulamentação do mercado. Neste cenário o Estado encampa idéias neoliberais que se mostram contrárias ao pleno emprego e esvazia a política keynesiana, enquanto a polarização do mercado se dá pela forma de inclusão-exclusão entre países cerebrais e musculares.

O Estado democrático de direito apresenta uma ambigüidade, à medida que contendo o neoliberalismo transforma a pauta social, em pauta econômica negando a Constituição. E o faz através do golpe institucional “em discreto silêncio, na clandestinidade, e não ousa vir a público declarar suas intenções, que vão fluindo em medidas provisórias, privatizações, variações da política cambial [...] até a perda da identidade nacional” (BONAVIDES, 1999, p. 23) e redução dos países em desenvolvimento ao status de neocolônias.

Trazendo a discussão ao cenário brasileiro, é bastante controverso o Estado democrático de Direito uma vez que desde a terceira década do século XX a pauta constitucional tem tentado construir a democracia no afã de soerguer uma sociedade mais justa e corrigir históricas desigualdades que obstaculizam o Estado.

Mas foi no Estado democrático de Direito que mais se negou a Constituição e a ética; sua recusa desestruturante faz do golpe institucional “o dono do regime, o dono da Constituição, o dono da soberania do Estado e do governo [...] com o golpe de Estado as instituições não mudam de nome, mudam sim, de teor e essência” (BONAVIDES, 1999, p. 24). Todas essas diretrizes utilizam em sua pauta o princípio da supremacia de interesse público, que na verdade é incompatível com a Constituição, e com o Estado Democrático de Direito.

2.1.1 – As divergências entre o princípio da supremacia de interesse público e o Estado democrático de direito

Quando se relaciona Estado e políticas públicas, adjacente está o direito administrativo, pois enquanto consectário do direito constitucional, o direito administrativo forma com ele a díade do Estado moderno. E de fato, em um Estado Democrático de Direito, a base do direito administrativo deve estar alinhada ao direito constitucional.

Geralmente nas transições democráticas se busca adaptação e reestruturação do aparato estatal aos limites do novo texto constitucional. Mas nos diversos países tanto europeus quanto norte-americanos o direito administrativo desde seu nascimento⁵⁸ sobreviveu incólume às mudanças constitucionais que o circundaram, de forma a se tornar disciplina afastada das Constituições.

⁵⁸ Ao realizar um recuo histórico ao nascedouro do direito administrativo chega-se ao período da formação do estado de direito, nos modelos alemão e francês, sendo que a escola alemã tem matriz com feições racionalizadoras, apresentando o modelo de pirâmide conformadora de sua estrutura, com perfeição formal; neste modelo a supremacia do interesse público é fator preponderante. Já a escola francesa, de matriz garantidora

Logo, as especificidades administrativas conformadoras do modelo de administração pública parecem permanecer imunes às mudanças ocorridas nos últimos séculos, a ponto de se vislumbrar o direito administrativo divorciado das Constituições, criando dessa forma dicotomias muito sérias e inadequações entre os princípios constitucionais e os princípios administrativos.

No Brasil, quando se evoca políticas públicas - dado o caráter de pouca proteção aos seus nacionais - o Estado e seu princípio de supremacia do interesse público podem cometer atos desprovidos de ilegalidade e ética. Isto por que ao alçar o Estado qual patamar mais elevado da sociedade brasileira, pode gerar relações equivocadas entre administração e cidadãos, invocando a proteção neutral da supremacia, esmagando o próprio cidadão.

Eis a razão que subverte a um golpe o caráter democrático que o direito administrativo deveria ter. Eis a complexidade com que se vislumbra o Estado e suas ações contraditórias já que ao gerir a administração pública de forma verticalizada, o princípio da supremacia de interesse público fere os direitos fundamentais pelos quais nasceu e lutou. Daí a importância da ética nesse agir complexo.

Isto por que os princípios constitucionais e administrativos enquanto ético-filosóficos deveriam ser exercidos por vias democráticas e impessoais, em sintonia uns com os outros. Assim, o princípio da supremacia de interesse público, está divorciado do modelo constitucional mais moderno, sendo anacrônico ao Estado Democrático de Direito.

Isso acontece com o princípio da supremacia do interesse público a partir do nascedouro, se nutre de neutralidade para justificar ações personalistas, que parecem desidratadas de ética, e carentes da visão republicana enquanto noção de “*res publica*”.

Então, se a formação do Estado se revestiu da mesclagem entre público e privado no manejar de interesses nem sempre razoáveis, hoje o princípio da supremacia do interesse público começa a receber críticas, pois há corrosão, à medida que esvaziado do componente ético colide com outros princípios administrativos e constitucionais.

tem caráter prestacional. Aragão (2005, p.1) destaca que “essa visão racional, se opôs à teoria de Duguit”, que na França deu origem à Escola do Serviço Público.

No Brasil⁵⁹ se tem pressionado de certa forma o direito administrativo a adotar posturas mais aderentes ao momento constitucional atual, tomando a cautela de flexibilizar-se sem contudo agudizar a opacidade de ética com bens públicos que paira heterônoma sobre a nação brasileira, desde o momento colonial da formação do próprio direito administrativo pátrio.

Logo, o direito administrativo e seu princípio da soberania de interesse público tem causado frutíferas reflexões na sociedade, sobretudo quando atacados pelo novo paradigma constitucional democrático. Esta nova visão está exercendo pressões sobre o direito administrativo para que sejam adotadas novas configurações.

O novo paradigma destaca que, a supremacia de interesse público acopla-se à coercitividade, pois continua afastado e que esta poderia violar direitos fundamentais. Já o direito administrativo defende-se respondendo que os atos são impessoais e que o Estado supremo é supremo. Desta forma, embates sobre essas questões tem sido trazidos à tona no novo paradigma constitucional que destaca fragilidade teórica e inadequação do princípio da supremacia do interesse público nos tempos atuais, pois o princípio se mostra inadequado e sem ética conforme demonstrado nos itens seguintes.

2.1.1.1 – A dicotomia público-privado

Os conceitos de supremacia de interesse público⁶⁰ dantes expostos demonstram um permanente binômio Estado-particular caracterizado por esferas público-privadas como elementos dicotômicos. Essa equidistância entre as esferas pública e privada é resquício histórico ou ainda, “conseqüência da organização da polis que determinava o lócus de fixação de cada pessoa a partir de sua condição na cidade (ARENDETT, 2008, p.33)”.

Esse pensamento binário liga-se também ao direito natural racionalista dos séculos XIX com cunho racionalista cuja intenção consistia sobretudo em separar elementos por ordem de grandeza para classificá-los a partir de categorias ordenadas.

⁵⁹ Principalmente por que a constituição brasileira de 1988 destaca como princípio fundamental a cidadania; não o Estado. E a herança histórico-cultural da supremacia manejada de forma distorcida ataca conceitos de cidadania e participação na esfera pública. E ainda, reflexões sobre cidadania remetem ao conceito de povo e identidade constitucional enquanto matéria fluida capaz de sofrer modificações dado seu caráter de ação complexa, fragmentada.

⁶⁰ Destaque-se também o conceito de interesse público como algo de textura ampliada, com dimensão muito extensa, podendo ser transformado em nomenclatura indeterminada com o qual é complexo trabalhar.

O público e o privado são exemplos dessa vertente, esculpida na supremacia do interesse público, Bastos (1994, p. 29) sobre esse aspecto leciona que “[...] de fato seria inconcebível que à luz da defesa dos interesses individuais se pudesse prejudicar a realização dos fins coletivos, tendo em vista a satisfação de interesses meramente isolados (BASTOS, 1994, p. 29)”.

O Estado naquele momento tentou fundar a boa ordem através do exercício da razão e observação, de maneira que fora transformado em artifício mecânico - com força interna para editar leis - e plasticidade para exercer um discurso que a elas se submeteria. Contudo não foi o que aconteceu – por via contrária; o Estado se revestiu do princípio de supremacia de interesse público para efetivar ações de império, com as colorações que desejava manejar.

A supremacia justificada como condição de racionalidade que deveria servir para afastar decisões mescladas por interesses pessoais dos administrados, agora se reveste do gosto e expectativa peculiar do próprio Estado, transmutando-se assim a essência do princípio que deveria ser um elemento para resguardar o interesse público, protegendo-o. Ao invés disso fragmentou os interesses e sobrepujou-se ao privado.

Mas essa fragmentação e afastamento é débil pois interesses público e privado se articulam de forma permanente, pois estão postos na sociedade de forma tão conexos que não se pode estabelecer contradições entre eles, uma vez que são complementares, e algumas vezes convergentes. Interesses privados e públicos são indissociáveis e pautados na garantia de direitos individuais tutelados pelo Estado democrático de direito. Binenbojm (2006, p.97) sobre o tema ressalta que,

[...] tal indissociabilidade decorre não apenas da existência de um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção; a assertiva vai além, traduzindo a idéia de que a realização de interesses privados quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público.

Portanto interesses públicos e particulares, ao invés de se separarem, convergem. Registre-se ainda, que essa convergência também não é mecânica do tipo causal – por via contrária, faz-se

conhecer como elemento complexo, típico da sociedade pluralista que a Constituição tenta dialogar⁶¹.

É sobre essa tessitura antagônica da sociedade que se posiciona Aragão (2005, p. 6-7) destacando que “[...] em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos (preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, garantia dos melhores meios possíveis de sustentação de imprensa, facilitação de fluxos comerciais, combate ao déficit público, melhoria e ampliação dos serviços públicos, etc..).”

Desta forma se questiona com veemência a univocidade de interpretações de fenômenos, uma vez que os fenômenos são pluralizados, daí ser possível destacar que os interesses públicos não são unitários, mas diversificados formando uma pauta complexa que se torna difusa na sociedade. Além do mais, deve-se refutar a noção dicotomizada de interesses públicos e privados, e acatar a concepção unitária sem prevalência de um sobre o outro, já que são elementos interligados.

Isto por que público e privado são forças relacionais dialéticas,⁶² em que uma esfera de interesse é a dimensão convergencial da outra. Desta forma, há concepção unitária de interesses como premissa, o que representa para a Constituição uma junção ou sinergia de interesses. Sarmento (2005, p.45) lembra que na atualidade há “[...] necessidade impostergável de visitação de vetustas categorias [...] que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista”.

É neste aspecto que se manifesta Ávila (2007, p.26), ressaltando que “[...] o interesse privado e o público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e seus fins”. Inadequada portanto é a visão de disparidade entre público e privado, pois eles são elementos heterogêneos tomados como conjunto de elementos complexos.

⁶¹ Tomemos a palavra diálogo neste trabalho como sinônimo de dialética. Krohling (2009, p.30) ensina que é “necessário resgatar o sentido dinâmico da dialética heraclitiana dentro do vir-a-ser-contínuo, e não no sentido estático e silogístico da lógica formal.

⁶² Krohling (2009, p. 31) leciona que a palavra dialética na visão de Heráclito advém do entendimento entre “que a harmonia é sempre produto dos opostos, assim o normal no mundo é a luta desses opostos; tudo se acha em contínuo movimento e mudança. O mundo é um fogo vivente e eterno”

Assim, da concepção de homogeneidade do interesse público – típico do Estado de direito liberal, migrou-se para a heterogeneização de interesses públicos, uma vez que eles são multifacetados e encaram desafios e litígios de interesses públicos também multicaudados, daí a impropriedade da dicotomia Estado-particular ou público-privado.

Aragão (2005, p. 7) ao aduzir as razões da impropriedade dicotômica do princípio de supremacia de interesse público, destaca também a inadequação mecanicista de tal princípio com a própria noção de interesse público lembrando que,

A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição de interesse público, e a sua difícil e incerta avaliação, [...] o que gera crise.

Logo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado permanece com resquícios do Liberalismo, expurgando ações éticas, è media que se faz como o mais elevado dos princípios da administração pública. Ele serve como capa protetiva ao Estado para ações peculiares se utilizando da dicotomia público-privado como justificativa. E ainda, cria um fosso assimétrico entre Estado e cidadão, a medida que evidencia o Estado em detrimento da pessoa física.

2.1.1.2 – Assimetria entre Estado e particulares

Na esfera relacional com a comunidade (interesse privado) o princípio da supremacia de interesse público, em nome do bem comum e dos fins da coletividade já se antepõe com prevalência diante dos particulares. Esse princípio decorre do poder de império do Estado em adotar como vetor principal o próprio Estado.

Tanto quanto a característica de dicotomia público-privado tomada como díade, a assimetria entre Estado e particulares também fragmenta a relação. Essa fragmentação é mais severa, uma vez que à cisão é somada a onipotência do Estado diante dos particulares. O Estado se torna tirano, a partir de ações que o fazem merecedor de maior atenção que o próprio cidadão, tomado como pessoa física na sociedade. É a teoria da dimensão menor da pessoa, que refaz o perfil do Estado arbitrário, diametralmente maior. E mais grave ainda, nessa cisão é que a

separação é enganosa, pois na prática ela não se mantém pois Estado e indivíduo são partícipes do mesmo conjunto social. Binbenbojm (2001, p. 100) sobre o tema, destaca que,

[...] a relação bipolar estado/cidadão enquanto objeto central do direito administrativo, apresenta-se em tom necessário e inexorável. Na prática, contudo, constata-se o caráter multipolar das relações administrativas permeadas que são por vínculos nos quais inexistem necessária contraposição [e superioridade] entre público e privado.

A proclamação da superioridade se justifica no entender de Mello (2005, p.35-40) como patamar mais elevado na sociedade democrática como pressuposto de ordem social estável. Faz-se assim na tentativa de afastar critérios de decisões não institucionais ou decisões pessoais de cunho privado que por certo desgastariam a função estatal. Pela supremacia, diz Meirelles (2005, p. 40-45) que a vontade da coletividade comunga-se aos atos de execução na gestão pública, de maneira que se possa antever garantias constitucionais cumpridas.

Ocorre que as Constituições destacam como prevalente a pessoa humana. Logo, a realização de interesse privado sob o abrigo da Constituição não é desvio de finalidade, pois a promoção do interesse privado também é perspectiva de atendimento da coletividade, uma vez que aquele cidadão protegido também é parte dela. Os cidadãos representam o fim para o qual se volta o próprio Estado, aqui tomado como instrumento para consecução dos direitos fundamentais dessas pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana destaca com propriedade que o cerne de suas ações repousa na pessoa física – ela, é alvo para atuação das Constituições que por sua vez, devem garantir a satisfação dos direitos subjetivos. Logo, não há que se falar em interesse do Estado prevalecente ao da pessoa física, tampouco interesse público abstratamente considerado sobrepujando-se ao interesse privado.

Neste sentido a assimetria entre Estado e particulares vem sendo mitigada no Estado democrático de direito, pois “a supremacia de interesse público não existe somente para esmagar o indivíduo sob uma jurisdição consagradora de privilégios injustificáveis (BASTOS, 1994, p.30)”. Ela existe para que o Estado em consonância com a Constituição consiga efetivar os direitos fundamentais da pessoa, e não do Estado.

É também nessa linha de entendimento que se posiciona a moderna doutrina ressaltando que no sentido de minorar a verticalidade o princípio da supremacia do interesse público,

[...] vem sendo matizado pela idéia de que à administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação de interesses (MEDAUAR, 2006, p.145).

Depreende-se que o princípio da supremacia de interesse público se encontra inadequado ao neoconstitucionalismo, uma vez que as Constituições receberam transformações e o direito administrativo permaneceu com a mesma roupagem Liberal. Neste aspecto o princípio sofre profundas pressões, a mais severa delas é o anacronismo que desemboca em sua inadequação enquanto princípio.

2.1.1.3 – A inadequação da supremacia do interesse público como princípio

Desta forma, a partir da crise atual do direito administrativo o princípio da supremacia de interesse público recebe críticas exigindo que seja redefinido, uma vez que ele se incompatibiliza com a Constituição já que esta protege como interesses maiores, os interesses dos indivíduos, e aquele protege *prima facie*, o Estado. A mais contundente crítica tenta desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, atacando sua estrutura, negando-o como categoria de princípio.

Para Ávila (2007, p. 30) por razões diversas não há que se denominar a supremacia como princípio⁶³, uma vez que o conceito de princípios é incompatível com a atuação de supremacia, ademais assevera o autor, o referido princípio da supremacia de interesse público não está implícito no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito.

Dele não influi supremacia do Estado, logo a prevalência do interesse público não decorre de análise sistemática do ordenamento. Para ser princípio se necessita dialético, prerrogativa ausente na supremacia de interesse público, que não dialoga, tampouco admite associação com o interesse privado.

⁶³ Ávila (2007, p. 24-27) ao discorrer sobre a inadequação do princípio da supremacia descreve os conceitos de princípios como axioma, como postulados e princípios como norma, demonstrando que o princípio da supremacia de interesse público não se encaixa em nenhum dos conceitos, daí sua impropriedade.

Todavia a Constituição resgatando ética e moral trata os interesses privado e público como complementares – e já que para o princípio da supremacia as esferas privada e pública são disjuntivas, tal princípio não encontra abrigo na Constituição, daí sua inadequada denominação como princípio constitucional.

Assim como inadequado também o é, o uso da supremacia de interesse público, de maneira pretensiosa a iluminar todo o ordenamento jurídico como farol no alto da torre, sem fazer referência aos outros princípios. Essa noção de insularidade não se sustenta, uma vez que a noção de princípio remete às inferências com outros princípios. E sendo incompatível com os preceitos normativos da ordem Constitucional, há que ser desconstruído pela nova hermenêutica.

Adicione-se a isso, a característica de que o princípio da supremacia de interesse público também padece do vício da rigidez, isto por que ao tratar de supremacia é culminado alto valor que não se flexiona, prevalece de plano imediato a supremacia. Implica dizer que ao não se deixar abrandar pelos demais princípios e normas, não admite efetivação mitigada ou gradual de sua aplicação, mantendo-se portanto absoluto.

Essa característica monolítica impede que o princípio da supremacia possa ser efetivado em gradações diferenciadas, de acordo com o caso concreto. Desta forma não admite ponderação, dificultando a compatibilidade com os postulados da proporcionalidade ou razoabilidade, negando assim a característica da auto referência que os princípios fazem uns aos outros, através de diálogo.

Na verdade desde o nascimento do direito administrativo, há no regime jurídico conflitos insanáveis, incompatíveis com a noção de sistema que preconiza integração de elementos . O princípio da supremacia do interesse público como soberano é inflexível, portanto hermético, e por assim dizer inacessível a diálogos com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; exigência muito demandada no momento atual do Estado democrático de direito.

Isto por que a proporcionalidade orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de imprimir equilíbrio ao julgamento dos bens jurídicos demandados, de modo a efetivar prestação jurisdicional adequada a cada caso concreto tomando como julgamento o prisma da

igualdade entre partes. Este é o dever da ponderação, já que o direito é um meio pelo qual são estabelecidos sopesamentos entre demandas, de forma equânime.

Logo, a relação bipolar público-privada antinômica, típica de momentos menos singelos do espaço jurídico foi substituída por relações multipolares envolvendo diferenciadas situações que não mais se restringem ao binário esquema Estado-cidadão. Ávila (2007, p. 26) destaca neste aspecto,

[...] as novas figuras e as novas relações jurídicas que não envolvem estritamente uma contraposição entre público e privado, [e cita como exemplo:] a decorrência da privatização de serviços públicos, a necessidade de fiscalização e cooperação nas áreas como telefonia e mídia eletrônica [e ressalta que estes serviços] são prestados indiretamente pelo Estado atuando através de outros agentes.

Desta forma, diante do influxo Estado-cidadão, seria interessante que a análise do direito administrativo primasse pela interpretação dialogicizada às relações multipolares envolvidas na sociedade. Neste novo cenário a relação público-privado parece ter se evanescido, cedendo espaço para relações poligonais de alta complexidade. Essas novas configurações parecem incongruentes com a unidirecionalidade do princípio de supremacia pública sobre interesses privados.

Pela visão unilateral suprema do Estado se inobserva as especificidades de cada caso, impondo ao invés invariável relação de preponderância cujo ápice é ocupado pelo próprio Estado com a visão de alta relevância, corporificada no princípio da supremacia de interesse público.

Ocorre que como princípio⁶⁴ tem em seu cerne visões contraditórias, carregando como princípio que é, a característica de diálogo; mas essa comunicação é efetivado através de roupagem verticalizada, incompatível com o conceito moderno de princípio, portanto.

⁶⁴ Ávila (2007, p. 28-30) destaca que, se analisado sob a ótica da Constituição brasileira de 1988, o princípio da supremacia de interesse público lá não encontra abrigo. Isso por que ao proteger valores como cidadania, igualdade, segurança e propriedade privada, a Constituição dá amparo de imediato ao cidadão, e não ao Estado. Ademais a Constituição institui normas fundamentais tutelando a dignidade humana, assegurando ao indivíduo e seus interesses privados a prevalência, já que a Constituição de 1988 é cidadã. Logo, faltam na Constituição brasileira de 1988 fundamentos jurídicos de validade ao princípio de supremacia de interesses públicos que possam fazê-los prevalente ao privado.

2.2 – A CRISE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O direito administrativo nasceu com o Estado de direito e com ele forma intrincada tessitura bireferencial. Isto por que com as idéias de abstração, generalidade e razão relativas ao direito, foi impulsionada a criação de um ordenamento jurídico imposto a todos por um aparato de organização política laicizado: o Estado de direito - logo, “o direito administrativo é consequência dele (MELLO, 2005, p. 89)” e dele exige flexão à lei.

Como fruto da submissão do Estado à lei, o princípio da legalidade⁶⁵ é específico do Estado de direito e propõe balizamento dos atos do administrador público ao texto da lei. Daí a tessitura bireferencial, pois o Estado que cria a lei, a ela se curva. Logo, o princípio da legalidade dá conformidade à sociedade organizada, significando submissão à lei, por todos aqueles que formam a sociedade, inclusive o Estado.

Neste aspecto pela visão liberal o direito administrativo bem como a sociedade e os gestores públicos estão adstritos à lei. A administração é a execução dos mandamentos da lei, sendo considerada uma extensão dela, de forma que a própria administração se torna flexionada aos seus comandos. Mello (2005, p.89) destaca que a tradução jurídica do princípio da legalidade “é um propósito político – o de submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”.

A função do ato administrativo só pode ser a de agregar à lei concreção, jamais podendo cercear ou expandir direito de terceiros⁶⁶. Meirelles (2005, p. 87) sob esse aspecto ressalta que “[...] o administrador público está em toda a sua extensão funcional sujeito aos mandamentos da lei e do bem comum, deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”.

A administração subjugase ao dever de cumprir a lei, se submetendo a ela. E ao assim fazê-lo impulsiona o princípio da finalidade da administração pública (persecução do interesse público) que também se liga à estrita observância da Lei. Meirelles (2005, p. 88) para aclarar

⁶⁵ Como lei formal Binenbojm (2001, p. 126) conceitua “os atos emanados das entidades as quais a Constituição atribua função legislativa”. Deve-se esclarecer que a referência à lei neste capítulo abrange, no Brasil, as espécies normativas previstas nos incisos II a V do artigo 59 da Constituição de 1988, quais sejam: leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, ou medidas provisórias.

⁶⁶ Sobre essa tema ver FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro:Forense, 2005.

o alcance de significado do princípio da legalidade explica que “[...] na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza”.

O princípio da legalidade tenta fazer oposição às ações personalistas dos governantes, sobretudo às ações autoritárias contra as quais se insurgiu. Mello (2005, p.89) nessa linha de raciocínio explica que legalidade⁶⁷ significa contraposição “[...] às formas autoritárias” e convergência com a vontade popular, isto por que a legalidade tem raízes na vontade popular e também está ligada à exaltação de cidadania implícita nas democracias. Para o autor esta configuração tem como sustentáculo, as leis.

Mello (2005, p.90) conclui seu raciocínio destacando que “a atividade de todos os seus agentes [da administração pública] só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo poder legislativo” uma vez que essas disposições são comandos da sociedade democrática de direito. As leis administrativas também são cogentes, seus preceitos devem ser observados uma vez que seus conteúdos são dispositivos verticalizados, contendo “poderes-deveres⁶⁸ irrelegáveis pelos administradores públicos (MEIRELLES, 2005, p.88)”.

Essa visão liberal do princípio da legalidade, conquanto ainda seja defendida no direito administrativo, começa a sofrer críticas por sua imutabilidade e inadequação. Já na segunda metade do século XX se assistiu a uma série de transformações, dentre elas a utilização da lei a propósitos bem diferenciados daqueles que a preconização da justiça apregoara.

O Estado sofreu transformações e o direito se inseriu nelas de forma duvidosa de maneira que minimizou ideais éticos para ajustar-se às necessidades regulatórias da sociedade e

⁶⁷ Nos termos do artigo 5º, II da Constituição Federal de 1988 “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.” E ainda, o artigo 37 da Constituição “A administração pública direta e indireta dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios, obedecerá os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência [...]”

⁶⁸ Poderes-deveres é expressão de significado ampliativo que significa competência ou prerrogativas concedidas aos agentes para que o desempenho de suas atividades consiga atender o interesse público de forma satisfatória. O poder dever é encargo daqueles que gerem bens e interesses da coletividade. O poder dever é dúplice: é um poder acompanhado com o dever de agir (exclui a faculdade de ação), significando obrigação de alcançar o interesse público.

principalmente do capital, utilizando-se para isso os ideais de previsibilidade do positivismo, através da chancela das leis.

O positivismo⁶⁹ enquanto consciência filosófica do conhecimento regulatório, implicou àquela ocasião ordem sobre o caos utilizando-se sobretudo da dominação jurídica para justificação das idéias liberais. Assim, como instrumento de pacificação social, o direito serviu ao Estado fascista, dando legitimidade às suas ações.

Utilizou para isso a visão utilitária⁷⁰ de que se a lei será revestida de validade se emanada de um centro legítimo para tal, for dotada de generalidade e abstração e representar a vontade do povo. Foram os mesmos critérios formais de validade da lei, criados para combater a barbárie, que acabaram por legitimar injustiças. A história demonstrou que a lei quando mal utilizada pode ser instrumento provocador de injustiças e iniquidades, e que ao invés de promover liberdades, acorrenta a dignidade da pessoa humana, e faz isso de forma legalizada.

Então as leis foram utilizadas com a chancela do formalismo para justificar estados de exceção, Binjenbojm (2001, p. 82) sobre esse aspecto ressalta que “o organicismo hegeliano representou a matriz teórica dos grandes sistemas políticos totalitários que varreram o mundo no século XX: o nazi-fascismo e o comunismo”. Essa é a mais grave crítica aos sistemas legais regulatórios, sendo criada desde então e por motivos plurais, a denominada crise da lei.

Adicionado ao mau uso da lei no modelo liberal, também as leis do Estado de bem estar foram distorcidas por ações inadequadas, que tinham por base políticas clientelistas. Binjenbojm (2001, p.35) lembra que a erosão da lei formal também foi causada pelo desprestígio e descrédito de sua não efetivação, no Estado de bem estar social.

O Estado se agigantou de tal forma criando excessivo número de leis e direitos gerando assim a proliferação legislativa notadamente nos países de tradição romano-germânica. Banalizou-se a lei pelo mito de que ela estaria capacitada a verter seu texto sobre quaisquer temas.

⁶⁹ Na Europa desenvolveu-se um positivismo de vertente legalista clássica que conduziu à idéia quase sacralizada da lei como instrumento dogmático. A atuação do legislador foi bastante ampliada, limitando-se o poder judiciário e executivo a meros repetidores do texto da lei.

⁷⁰ Visão rousseuniana que destaca a validade da lei desde que cumpra os requisitos de elaboração formal e material.

Esse excesso culminou com a impossibilidade de cumprimento já que as promessas de justa distribuição de benefícios sociais preconizadas pela lei não foram capazes de ser concretizadas. A promessa de racionalização foi frustrada, gerando descrédito da lei formal. Essas configurações acabaram por atacar a lei formal, mirando sua efetividade “como protagonista da criação de Direito (BINENBOJM, 2001, p.126)”.

Ao lado do descumprimento das leis, o próprio Estado cria uma série de novas atribuições⁷¹ para a administração pública, que não estavam postas na lei administrativa, desidratando sobremaneira as funções da própria lei administrativa, o que acabou por questionar suas utilidades.

Além do mais, destaca Binenbojm (2001, p. 35) que “[...] o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal.”

Essa transformação ataca também o princípio da legalidade do direito administrativo, principalmente por que a administração não se resume somente à aplicação verticalizada de leis, sacralizando-as, assim como se preconizava também a “onipotência do legislador (BOBBIO, 1995, p. 73)”. Ocorre que as atuações tanto do legislador quanto do aplicador de leis não se resumem em ações estanques - ao revés, são atividades discricionárias aderentes à sociedade pluralizada. Isto por que tanto a sociedade quanto a administração pública lidam com demandas e conflitos diferenciados, muitas vezes não alcançados pela lei.

Criticando a função reprodutivista da administração Binenbojm (2001, p.35) destaca que “[...] a noção da administração pública como meramente aplicadora de leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador”. Assim embora se reconheça a imprescindível função das leis para a ação do administrador, é necessário destacar que elas são diretrizes informadoras, e não se encerram em si próprias, devendo fazer conexões com outras normas para que o administrador tenha um dilatado campo interpretativo.

⁷¹ A proliferação de agências reguladoras e a produção normativa do controle dos mais diversos campos, é exemplo do declínio da lei administrativa.

Cada vez mais a administração não se apresenta como apêndice replicador de normas do Estado, afastando-se dessa forma a visão funcionalista da administração como instância repetitiva de ações irrefletidas do Estado. Assim junto à lei, também são criadas outras normas ⁷² ampliativas das decisões do administrador público.

Logo, nesta sociedade complexa a conjugação de leis com outras figuras normativas impulsiona a administração pública retraindo os efeitos das leis e por conseguinte do princípio da legalidade, enfraquecendo sobremaneira sua atuação. Ocorre que essa avulsão de normas deve ser vista com cautela ⁷³ pois este interagir da lei com outras figuras normativas, sendo negado pelo princípio da legalidade, é um paradoxo no direito administrativo.

Além do mais, há outro paradoxo interno do direito administrativo que põe em conflito dois poderes da administração (vinculado e discricionário), o que de certa forma reverbera no princípio da legalidade. É que o poder vinculado junto ao princípio da legalidade tenta criar amarras legais às decisões dos administradores, no sentido de evitar personalismos.

Ocorre que o poder discricionário desfaz essas amarras ao delegar margens de atuação mais ampla ao administrador para que sejam tomadas decisões que a lei não subsidia. Essas decisões para preencher os espaços livres da lei, no sentido de dar concretude à ela, acabam preconizando com que sua ação seja pessoal.

Decorre daí a autonomia ampliada de ação, que não raras vezes é utilizada com fins menos nobres, fora dos limites da lei, e fora do controle jurisdicional. Some-se a isso que o ato discricionário é protegido pelo próprio direito administrativo, sendo tutelado também por outros princípios do direito administrativo tais como autoexecutoriedade.

Assim o princípio da legalidade parece não dialogar com o poder discricionário, e quando se soma aos dois o princípio da supremacia de interesse público, a ação do poder executivo se alarga sobremaneira, causando uma esfera de ação muito ampliada que pode trazer insegurança jurídica ao direito administrativo.

⁷² Binenbojm (2001, p.36) denomina de “deslegalização ou delegificação” o fenômeno importado da Espanha e da Itália. Consiste em através das agências regulamentadoras, serem criadas normas para regular os diversos campos econômicos e sociais sobre os quais elas atuam.

⁷³ Otero (2003, p.162) ao discorrer sobre a produção de normas pelas agências regulamentadoras denomina a ação de “neofeudalização normativa” ou “colonização do espaço público” pelo tecnicismo burocrático.

Binenbojm (2001, p. 139) vislumbra nessa ação um viés proposital e um resgate “do princípio monárquico, [...] uma original liberdade de determinação [do chefe do executivo] para organizar e conformar o funcionamento da administração pública, independente de qualquer disposição legal”. Assim se apresenta com ações verticalizadas.

O elemento vertical do princípio da legalidade advém do positivismo, “o dogma da onipotência do legislador, as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado (BOBBIO, 1995, p.38)”.

Com efeito, a dogmática positivista⁷⁴ ressaltava hierarquia e isolamento do direito, tanto no interior do ordenamento jurídico – falta de diálogo entre as áreas internas; quanto do direito com as outras ciências. Para exemplificar Bobbio (1995, p.37) resalta que “o direito é comando imperativo [...]”. Daí o resquício da verticalização do princípio da legalidade, uma vez que o direito é posto pelo Estado (monismo jurídico estatal) e impulsionado através de um escalonamento hierarquizado.

Pela ciência pura, depurada dos juízos de valor contaminados pelas outras ciências, o direito se afastava se tornando racional, já que o direito como sistema de normas é estático. Bobbio (1995, p.79) resalta o “princípio da certeza, segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta [...] com exatidão”. O autor conclui que “[...] a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis.

Com essas características o ordenamento jurídico positivista se apresenta como uma pirâmide escalonada de normas estáticas cujo movimento só opera quando impulsionada pela subsunção, essa força significa movimentar a esfera monolítica usando o princípio da estrita legalidade.

⁷⁴ Bobbio (1995, p. 26-36) explica que para entender as origens do positivismo é interessante ver também o desenvolvimento do direito na Inglaterra. Este país sofreu pouca influência do direito comum romano; porém mesmo nele encontramos (como no mundo romano e na Europa continental medieval) o contraste entre um *jus commune* e um *jus particulare*. [...] A origem do positivismo é ligada à formação do Estado moderno, monista, concentrador de poderes: o de criar o direito. Assiste-se assim, àquilo que chamamos de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Bobbio (1995, p. 80) sobre o tema revela que “[...] a exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei limitando-se simplesmente a torná-la explícita através do procedimento lógico (silogismo). Logo, a dinâmica do princípio da legalidade está subordinada à estática por uma relação de validade formal.

A crise do princípio da legalidade se justifica também pela inadequada interpretação com que a atividade solitária do intérprete se estabelece no interior do ordenamento jurídico. A teoria pura tem a função prescritiva de dizer o quadro das possíveis leituras das normas a ser aplicadas no caso concreto, implicando desconsiderar aspectos exteriores à moldura. E ainda, pelo critério positivista a interpretação verga-se adstrita à lei.

Isto por que em direito administrativo o princípio da legalidade exclui a categoria norma, limitando-se a interpretação de leis. Daí sua inconveniência mais aguda, já que a ação formalista do direito administrativo que tem por base o ideário racional-técnico acaba por tornar a ação simplista, pois exclui a possibilidade de dialogar com outros elementos do ordenamento jurídico.

Desta forma a atividade interpretativa do princípio da legalidade é mera subsunção do fato à norma, buscando dizer a intenção do legislador, estabelecendo-se assim a aderência do fato ao comando legal, através da objetividade legalista, expelindo-se quaisquer interpretações subjetivas situadas fora da moldura legal. Bosi (2004, p.17) explica que

[...] há pelo menos três gerações o termo positivismo vem conhecendo baixa conotação entre os estudiosos das ciências humanas [que o vêem] como regressão ao determinismo do século XIX. O alvo comum a ser combatido seria seu vezo factualista (contra fatos não há argumentos); vezo que ignoraria o drama das relações intersubjetivas, e em escala maior o movimento contraditório da história.

Assim pela tese de autonomia, se concebe o direito administrativo como um sistema fechado de regras cuja aplicação é previamente especificada, através da visão unidirecional que mira somente leis, e que com elas deve dialogar. Esse arraçoado de autonomia na verdade torna-se fator limitador de interpretações, pois é unívoco, divorciado dos demais aspectos.

O critério unitário estabelecido pelo princípio da legalidade se transforma em viseira, pois lança como critério único de interpretação a lei⁷⁵, gerando resultados simplistas pouco consoantes com a sociedade mutável. Logo, já que a sociedade é mais aberta que a moldura legal, a previsibilidade e sua exatidão são incompatíveis com ela.

O caráter de previsibilidade do positivismo pode ser encarado como escassez, pois é difícil descrever todas as possíveis situações na lei, já que a dinâmica social é móvel na história, apresentando-se multifatorial. Para aclarar, Bosi (2004, p. 17) revela que “[...] o positivismo seria a hegemonia da coisa especializada, mensurável, impenetrável, portanto opaca e inerte”.

Assim o princípio da legalidade pode ser visto também como reducionista à medida que se reporta a um texto desconectado da realidade, acabando por suscitar inviabilizações de uso. Isto por que como critério único pode apresentar dificuldades até de se unir às leis. Some-se a isso também a dificuldade de adequá-las à mobilidade e indeterminação da vida plural. Assim a realidade fluida “é visualizada como um texto incompleto a ser decifrado pelo engajamento metódico” (LIPOVETSKY, 2005, p. 204) do intérprete por uma lei que com ela não se coaduna.

O princípio da legalidade pode se apresentar esvaziado na interpretação, uma vez que pode paralisar o intérprete ao desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, pela aridez semântica com que apresenta seu instrumental e pela perspectiva de tratar o direito de forma monolítica padronizando suas acepções.

Bobbio (1995, p.237) explica que “[...] um ordenamento jurídico não é necessariamente coerente, por que pode existir em seu âmbito, duas normas incompatíveis e serem ambas válidas”, mas o princípio da legalidade desconsidera essa possibilidade. Essa visão ortodoxa do princípio da legalidade no afã de transformar o direito administrativo em instrumento supremo do Estado acabou por revesti-lo de ambigüidades. Esses paradoxos se mostram mais severos nos dias atuais se transformando em desafios à ciência jurídica.

⁷⁵ Para Norberto Bobbio (1995, p. 234-237) o positivismo jurídico considera o direito como teoria coativa, legislativa e imperativa. Ademais toma o direito como teoria da coerência do ordenamento jurídico, efetivando completude do ordenamento, tendo como suporte a interpretação lógica ou mecanicista do direito.

O maior deles é o rompimento com a atividade solipsista do princípio da legalidade⁷⁶, pois a lei não mais condiciona solitariamente à atuação do administrador. Sua ação exige maior complexidade para responder aos imperativos da sociedade. O aprimoramento da atividade administrativa também requer abandono do critério único da lei como ligação do ordenamento jurídico à administração pública.

Esse vínculo único parece esgarçado e necessita ser repensado, já que as relações da administração com a sociedade não podem ser reduzidas à visão unívoca do Estado liberal. Pelo Estado democrático de direitos a visão uníssona foi substituída pela ligação plúrima que liga administração pública ao ordenamento através de um complexo de normas, incluindo não somente as leis, mas também os princípios, as regras gerais, e as regras setoriais. Esse olhar enfraquece mais o princípio da legalidade, tomado como critério único.

Diante do colapso do princípio da legalidade, a comunidade passa a vislumbrar a Constituição como instrumento capaz de viabilizar os direitos fundamentais. A constituição passa a ser protagonista por sua “[...] ascendência axiológica sobre o ordenamento jurídico [...] mundo afora, inclusive na França, berço do legalismo (BINENBOJM, 2001, p. 130)”.

A neoconstitucionalização e o ataque à legalidade vêm sanar alguns paradoxos do próprio direito administrativo. Isto por que a neutralidade liberal como aplicação vinculada à lei evoca tanto a paralisia da própria lei quanto sua incapacidade de discutir todas as situações possíveis no mundo fático.

Esse afastamento gerou críticas pela ineficácia da lei, que negligenciou outras categorias do povo, tais como negros, mulheres e pessoas menos abastadas financeiramente. Por seu distanciamento da realidade isso gerou lacunas privando o administrador de decidir a favor dessas categorias, pois a lei foi direcionada para aqueles setores que a criaram. Hoje não mais se pode aceitar tal modelo. Logo a Constituição no Estado Democrático de Direito deve funcionar como amálgama entre lei e sociedade.

⁷⁶ Na visão de Binenbojm (2001, p. 148) “a legalidade administrativa pode manifestar-se através de duas formas: como princípio da preferência da lei (também chamado de precedência, compatibilidade ou proeminência); ou como princípio da reserva da lei (também chamado de conformidade)”. O autor explica que pelo princípio da preferência da lei, o administrador público não pode contrariar o que prescreve o texto da lei, sob pena de ter seu ato invalidado. Pelo princípio da reserva da lei, há matérias que só poderão ser tratadas por lei em sentido formal ou material, a depender da Constituição.

A constitucionalização do direito e a superação do princípio da legalidade evidenciam a superação do positivismo tomado como fator único de interpretação. A constitucionalização abre caminhos a um modelo jurídico cuja ação envolve princípios e regras entrelaçados, tendo a Constituição como núcleo donde emanam caminhos a trilhar.

É de se destacar que o paradigma da legalidade foi substituído pela Constitucionalização do direito administrativo, já que se preconiza seu aprimoramento para maximizar tutelas e prestar os direitos fundamentais tão violados pelos modelos anteriores. Neste paradigma não há mais que se falar em dicotomia, tampouco assimetria entre Estado e particular, pois as decisões administrativas devem atender demandas democráticas da sociedade, de forma que as ações devem estar comprometidas com ideais de justiça e segurança jurídica.

Assim o princípio da legalidade se divorcia da interpretação binária clássica e atua junto à Constituição de forma plural, se aproximando dos princípios. Binenbojm (2001, p. 143) destaca que “[...] a nova principiologia constitucional que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com as realizações do direito do homem”.

O direito administrativo agindo assim começa a dialogar com o Estado democrático de Direito e se legitima pela via participativa e pelas vias éticas. Essa transformação representa a busca de sensibilidade para se adequar às demandas da sociedade diversificada, uma vez que a realização da justiça perpassa pela análise do núcleo essencial da Constituição, qual seja os direitos fundamentais, ligados à ética. Esta na verdade, fora negligenciada ao longo da história tanto no Liberalismo, quanto no Estado de Bem Estar Social, e precisa ser resgatada no Estado democrático de Direito. Neste trabalho sugerimos o rizoma como aporte que será demonstrado no capítulo seguinte.

3 – DO RACIONALISMO AO RIZOMA: OS CAMINHOS DO ESTADO E A ÉTICA NA SUPREMACIA DE INTERESSE PÚBLICO

Desde a Antiguidade até o presente, “os termos moralidade e eticidade fazem parte das culturas de todos os povos (KROHLING, 2010, p. 17)”. Moralidade e eticidade se equivalem como exercício da autonomia do homem, de forma que ética corresponde à filosofia da moral, e se perfaz como seu fundamento preliminar.

Neste sentido, segundo Krohling, (2011) a ética é a filosofia primeira, ela vem antes de todas as correntes filosóficas, é o fundamento (princípio original = apeíron) de todos os direitos humanos que como princípios rizomáticos são anteriores ao Direito. A ética como matriz rizomática é o eixo axial filosófico e fundamento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais como princípios rizomáticos do Direito.

Já a palavra moral pode ser definida como sistema de condutas que regulamenta as relações entre indivíduos e sua comunidade, de tal forma que há reconhecimento desse sistema, o que o torna válido por suas caracterizações históricas, culturais e sociais. Assim, moral pode ser descrita como o conjunto de práticas reafirmadas na sociedade, enquanto a ética pode ser definida como sustentáculo que lhe serve de lastro.

A introdução do estudo da ética na sociedade ocidental se deve ao filósofo Aristóteles⁷⁷ que, rejeitando o monismo idealista de Parmênides, centra suas idéias na unicidade, ressaltando a sistematização da lógica, conferindo à ética uma dimensão elevada. Sua maior contribuição ao estudo da ética consiste em descrevê-la como pluridimensional, a reconhecendo como elo de integração com alguns outros conceitos de outras ciências; articulada à ética Aristóteles também destaca a importância da virtude.

A virtude enquanto valor relacional à ética implica hábito adquirido por bom juízo e sensatez nas decisões. Assim a conduta ética é descrita como ações humanas que afluem nas relações do tecido social, tendo como fim o bem comum. Por esse motivo a ética teleológica busca o exercício de práticas virtuosas através de prudência e sabedoria que culminariam com ações

⁷⁷ O livro *Ética à Nicômano*, escrito por Aristóteles foi o primeiro tratado de ética da tradição filosófica ocidental e também a obra pioneira a tratar de ética como estudo sistemático sobre normas e princípios que rege a ação humana (MARCONDES, 2007, p. 40).

justas. Krohling (2010, p.21) ao analisar a obra de Aristóteles ressalta que “a ética teleológica não é a busca da felicidade pela felicidade [...] mas sim, o bem estar coletivo da *pólis*.”

A ética está ligada à ação humana principalmente quando esta ação diz respeito ao poder de deliberação e decisão. Ações éticas também tem sua conduta dirigida pela convicção pessoal, pois o auto-convencimento é o exercício que transforma idéias, ideologias e raciocínio em princípios de ação, sob a propulsão dos interesses de quem emanou o ato. E por fim, a conduta ética é suscetível de coerção, mas diferente das normas jurídicas que contém sanção, a atitude ética é efetivada por livre convencimento do agente, dentro de regras e costumes sociais.

A ética deve ser incluída entre as práticas da ação humana como um dos temas mais valorativos, seja para entender o homem em si mesmo, seja para entender os fenômenos da sociedade e da atuação integrativas desses dois elementos. Assim a ética é a prática das virtudes em Aristóteles que vê na ética uma atitude valorativa acerca de hábitos e ações humanas.

A vista disso, a ética não se submete ao caráter purista das ciências exatas e biológicas, mas essa folga em suas amarras e a permeabilidade em seus conceitos são na verdade pontos positivos e negativos sobre o tema. Positivos por que não se pode conceber ética de forma impermeável aos valores da sociedade, e negativos por que é essa mesma flexibilidade tão importante que pode transformar a ética em tema manipulável.

Assim aconteceu na passagem da sociedade tradicional para a moderna quando se operou uma cisão dicotômica entre o modelo helênico, (e por conseguinte as idéias de Aristóteles) e o atual, esse fato histórico tem como marco o renascimento. Krohling (2010, p.21) ao comentar esse transcurso após Descartes, destaca que “evidenciamos o corte dicotômico entre a *Res extensa* e a *res cogitans* ou subjetividade e objetividade”.

Para o autor a obra de René Descartes foi o expoente desse movimento, sendo seguido posteriormente pelos empiristas Francis Bacon e Thomas Hobbes. Com esses filósofos “[...] nascem os dois grandes paradigmas da modernidade: o racionalismo matemático dedutivo e o empirismo científico-natural indutivo [...] que será a popularização da matematização e da naturalização científico-racional (KROHLING, 2010, p.47).”

Pensar o desenvolvimento da ciência a partir do paradigma racional irrompido pelas luzes da revolução francesa significa traçar um caminho lógico⁷⁸ refletido pela combinação da tríade ordem, separação e razão, e sobretudo a criação do culto à nação, avultando naquele momento o embrião do princípio da supremacia do interesse público, no Estado.

Jouvenel (1976, p. 117) ao discorrer sobre o nascimento do Estado, destaca o movimento revolucionário da França e exemplifica que “o culto à nação traz consigo uma inovação fundamental na política. A pessoa nação vai ocupar toda a extensão, todo o espaço necessário para preencher o vazio”. Para o autor as noções abstratas dos conceitos “pátria, Estado, nação” (JOUVENEL, 1976, p.120) ganham corporificações como seres reais, como se vivos fossem e participassem ativamente da vida social.

O marco político delimitador desse momento histórico assim procedeu com a chancela da própria sociedade burguesa da época, na tentativa de expurgar nuances do velho regime e florescer o novo momento político-social. Nessa perspectiva Jouvenel (1976, p.118) destaca que “a nação passou a ocupar o lugar de um ser imanente - o Rei - com todas as legitimidades”. Daí o surgimento do Estado e a supremacia do interesse público para o Estado, já se apresentarem oferecendo autoproteção, e rompendo com a ética.

Desse fenômeno de transformação social – a revolução francesa - irrompem ondas protetivas do próprio fenômeno como forma de obstrução demarcatória de dois momentos políticos. Essa obstrução funciona de duas formas - tanto como elemento construtivo de autoproteção, como elemento impeditivo de possíveis retroações ao momento político que lhes antecederam.

Essa obstrução ergue a idéia de individualismo como forma de racionalizar a própria autoproteção. Novaes (1992, p. 149-150) destaca que “o homem era visto como um átomo, um mônada. Esse individualismo gerou duas conseqüências: [...] a ética comunitária foi relegada ao segundo plano, e o indivíduo autônomo, entronizado” com liberdade junto ao Estado assume uma relação de exterioridade com relação às normas sociais. Logo, na noção racional não era a comunidade que detinha os critérios para julgar o bem e o mal, era o indivíduo enquanto ser universal⁷⁹, partícipe da nação.

⁷⁸ O liberalismo econômico e o utilitarismo moral são nutridos pelas idéias de Jeremy Bentham que relata na obra *Introdução aos princípios da moral e legislação os fundamentos matemáticos do bem estar da coletividade*.

⁷⁹ O eudamonismo ou direito à felicidade e à auto-realização e o descentramento ou direito à crítica e a universalidade foram características marcantes da ética racional que floresceu na modernidade.

Nesse aspecto a idéia de nação como forma de proteção se mostra universal pois o pensamento ético racional da modernidade foi também o universalismo. “Ele se manifesta na concepção da natureza universal, de princípios universais de validação de conceitos e de um certo número de normas materiais universais” (NOVAES, 1992, p. 152), esta característica exercerá influências consideráveis sobre a organização administrativa do Estado, como forma de se proteger da volta da monarquia.

O autor explica ainda que, o pensamento superficial da ética desenvolveu a idéia de que a moral poderia ter fundamento secular, o indivíduo considerado como célula tinha direito à realização e felicidade podendo se descentrar da vida comunitária. E conclui que esta “é uma simplificação bastante cirúrgica de um movimento muito mais complexo” (NOVAES, 1992, p. 152-154) e que teve por finalidade o descentramento do indivíduo se sua comunidade, como forma de fortalecer o Estado. Mais uma vez se desloca a ética a papel irrelevante.

Com efeito, o século XX é anticognitivista, isto é, nega a possibilidade de fundamento para o comportamento ético cinde o Estado. É desta cisão os embriões racionais que irrompem no Estado, ramificando-se na sociedade e fazendo dela serva, isto por que a doutrina de onipotência gerada pelo racionalismo⁸⁰ evidencia incontestáveis movimentos de serviência útil da própria sociedade, como forma garantidora de execução do papel do Estado. Krohling (2011, p. 52) aclara esses elementos ao discorrer sobre a ação do Estado, explicando que,

[...] o Estado seria uma consequência política das interfaces relacionais entre indivíduos. [...] assim sua função seria oportunizar programas políticos para facilitar a maioria da população a fazer escolhas úteis às suas vidas no dia a dia, e ao bem estar da coletividade.

O bem estar coletivo almejado pelo Estado é um cômputo que considera as parcelas individuais e o conjunto de cidadãos. Krohling (2011, p. 52) vê nessa assertiva a enumeração matemática, pois “a felicidade defendida pelos utilitaristas é a soma dos interesses da coletividade, [...] no fundo, é usado o critério quantitativo” para guiar a ciência jurídica e o próprio Estado.

⁸⁰ Os espíritos do século XVIII ansiavam por conceder ao indivíduo a idéia de liberdade assentada nos conceitos de direitos do homem. Todavia esses direitos eram de cunho meramente negativos ou abstenções estatais, na medida em que preconizavam igualdade formal, na perspectiva de proteção da liberdade na propriedade.

Sobre o critério quantitativo Marcondes (2007, p.71-74) destaca que René Descartes é considerado um dos fundadores da filosofia moderna, e do novo método científico que lhe serviu de base⁸¹, desta forma pelas vias da razão Descartes encontra nas formulações matemáticas esse suporte considerado critério de exatidão.

É através da dúvida metódica racionalizante que Descartes realiza uma ruptura com o princípio da autoridade característico da era medieval, e é através do desenvolvimento do *cogito* que o filósofo apresenta o primado do sujeito. Para o método cartesiano era necessário encontrar a certeza, dentro desse contexto o filósofo sente necessidade de pensar um método que unificasse as ciências, logo as raízes de seu trabalho são a física e a matemática.

Nesta linha de raciocínio Descartes trabalhou sobre a ética tendo como base a geometria para validar suas concepções. Assim, as regras que compõem o método cartesiano com base nos princípios da dúvida, análise, síntese e enumeração trazem à ética características racionais como forma de ceticismo e rompimento com as idéias teocêntricas. O Estado liberal floresce.

Daí dizer-se que se abstrai o elemento teocêntrico subjetivo para, em seu lugar alocar noções antropocêntricas jungidas aos conceitos de utilidade⁸² na perspectiva de trabalhar exatidão como alicerce. Morin (1999, p. 22) vê nessas práticas outra expulsão da ética e destaca que “no domínio da ciência [...] havia três idéias poderosas que davam certeza de um conhecimento verdadeiramente pertinente: [...] a ordem, a separação e a razão” do Estado com seus cidadãos.

Assim avultaram na Europa antropocêntrica conceitos determinísticos que irão profundamente influenciar tanto a idéia de Estado soberano, quanto o conceito de ética que lhes é subjacente. Como exemplo desse modelo lógico, a supremacia do Estado – cujo afastamento neutral gera desigualdade – é uma forma previsível de demonstração do poder estatal. Jovenel (1976, p. 172-173) destaca as desigualdades entre indivíduos e Estado personificadas na subordinação

⁸¹ René Descartes é considerado um dos fundadores da filosofia moderna, sobretudo por que defende a ciência como novo ponto de partida para o desenvolvimento das idéias da humanidade. Seu trabalho foi influenciado por pensadores matemáticos como Kepler e Galileu.

⁸² O utilitarismo como corrente de pensamento da filosofia e influenciador da ética tem suas origens nas obras de Claude-Adrien Helvétius, Jeremy Bentham e John Stuart Mill. V. Marcondes, Danilo. *Textos básicos de ética: de Platão a Foucault*.

da pessoa ao Estado, que por sua vez teve como conseqüências as desigualdades de renda e de aquisições de patrimônio padronizadas pela própria nação⁸³.

Naquele momento padronizar significou gerar noções de certeza ao Estado, na perspectiva de replicar seu modelo com previsibilidade tal que conseguisse repelir fórmulas anteriores. Desta maneira a reiteração do modelo confirmaria seus postulados e o tornaria soberano universal. Chatelet (1990, p. 85) ao destacar a doutrina política hegeliana do Estado-Nação explica que “a idéia do Estado como potência soberana encontra sua origem na Europa medieval e se alimenta em particular da experiência histórica fornecida pela Revolução Francesa e pelo império napoleônico que dela derivou”.

Com efeito, as lições abstraídas do nascimento do Estado-nação demonstram a razão desempenhando papel preponderante. As fontes céticas nutrem os racionalistas uma vez que no século anterior o pensamento estava impregnado das correntes escolásticas. Assim o modelo determinístico calcado em códigos binários instaurou-se no Estado como forma de ação, influenciando desde logo, a ética. O isomorfismo impresso na ciência se combinou com o Estado para cumprir determinações como forma de extrair elementos desiguais e transformou a ética em tecnicismo.

No Estado a receita tecnicista aliada ao direito fez triunfar a individualidade paralelamente ao fortalecimento do Estado. A autoridade estatal exercida sem reserva tem na supremacia do interesse público “o mais terrível auxiliar do despotismo (CHATELET, 1990, p.90)”. Assim a jurisdição da soberania embora não negue a existência individual dos cidadãos, com eles não dialoga.

O princípio da supremacia do interesse público tem raízes racionalistas principalmente em função do trabalho de Francis Bacon, que ao lado do método cartesiano, inaugura o método indutivo. Para o autor pela observação da regularidade dos fenômenos⁸⁴ o homem poderia interferir na natureza utilizando-a racionalmente em seu benefício. E dá exemplo da feitura de

⁸³ No sonho social rousseauiano embora haja diferenças na sociedade, elas são moderadas. Assim todos pertencerão ao mesmo Estado e não haverá lugar para desigualdades de consideração segundo o próprio Estado, apenas o que é justo segundo méritos e virtudes de cada um.

⁸⁴ Bacon pertence à corrente empirista inglesa, que trabalhou o método científico indutivo, utilizando a experimentação. Seus trabalhos estabelecem importante estudo sobre a percepção e sua relação de causa e efeito. Muito embora Bacon discorde do grupo denominado racionalista, seu trabalho está citado neste capítulo como uma vez que Bacon também utiliza o método quantitativo. O método experimental de Bacon trata da observação; colocação de hipóteses por indução; e verificação experimental da hipótese através do maior número possível de experimentações. Para ele pelo conhecimento abstraído através do método experimental, se retira as idéias enganosas (ídolos) depurando-se o fenômeno que passa a representar cópia fiel da natureza.

leis científicas gerada pelo controle dos fenômenos; pelo critério da razão, segundo ele, é possível prever, controlar e formular corretamente os postulados científicos.

Bacon ressalta que ao contrário da tradição monárquica cujo poder se concretizava pela transmissão geracional ligada a critérios nobiliárquicos, agora o poder é depositado na ciência. E deduz que o conhecimento é valiosa arma utilizada em oposição aos dogmas medievais, ressaltando que “saber é poder (MARCONDES, 2007, p. 45).”

Fez-se assim na expectativa de extrair elementos nobiliárquicos considerados ultrapassados e injetar noções de progresso sendo essas práticas defendidas pela classe opositora à monarquia; neste ponto essas práticas são uma burla à ética, por que “o liberalismo em seu conjunto conserva-se estreitamente ligado à defesa de interesses particulares (TOUCHARD, 1991, p. 82)” da burguesia defendidos pelas vias do racionalismo.

Pela ótica racional⁸⁵ se concebia na ciência posturas verticalizadas, que também foram adotadas no Estado na tentativa de preservação da ordem científica e geração de axiomas políticos duradouros. Morin (1999, p. 22) nesta linha de entendimento destaca que na visão racionalista “o universo é ordenado. O universo obedece a um determinismo universal”.

Assim a ciência racional retira da cena elementos empíricos, e deles toma distanciamento⁸⁶, se elevando à hierarquia de ação com fundamento incontestável. É esse o modelo de Estado supremo, distanciado da vida, focado em um ponto direcional à medida que “assegura apenas a liberdade da burguesia” (TOUCHARD, 1991, p.83).

Esses procedimentos racionais implicam na verdade, condutas para gerar ações de segurança jurídica no Estado, e são verdades indiscutíveis acerca dos fenômenos geridos pela nação, e sem dúvida através deles “a unidade do liberalismo se impõe como dogma incontestável (TOUCHARD, 1991, p.83)”. Morin (1999, p.23) com propriedade destaca que, o cerne dessa lógica é “[...] uma coerência autenticada especialmente pela obediência aos princípios clássicos, não apenas de dedução, ou indução, mas também [...] obediência à razão”.

⁸⁵ Para Tragtemberg (1992, p. 89-102) Max Weber descreveu o Estado racional com as características de formalização, especialização, previsibilidade e univocidade. A crença nas virtudes da ciência como fator idealizador de progresso e bem estar inaugura o culto à razão como modelo de referência.

⁸⁶ São do paradigma racional a testagem fenomênica pela experimentação e observação como procedimentos racionais, sendo que essas ações subtraem o próprio fenômeno do meio social para análise separada. A extração contextual implica desidratação de elementos, para purificar o fenômeno e aplicar-lhe o método científico pela neutralidade, sob o controle cerrado do cientista enquanto detentor de saber.

Na verdade, embora tenha contribuído sobremaneira para desenvolver o Estado, o liberalismo implementa nele esferas conceituais mecanicistas, uma vez que opera pela lógica cartesiana da ordem exata, e como tal se fraciona em várias partes. Nesse aspecto Touchard (1991, p. 84) ressalta as fatias em que fora dividido o Estado e a própria filosofia liberal:

[...] o liberalismo econômico se assenta sobre a riqueza e a propriedade acomodando-se aos favores do Estado e ao fundamento doutrinal do capitalismo. Já o liberalismo político se opõe ao despotismo, representando a democracia. Por fim, o liberalismo intelectual caracteriza-se pelo espírito da tolerância e conciliação [com os interesses de seu grupo].

Logo, é mito a unidade do liberalismo como exatidão preconizada pela ciência que lhe deu forma. Assim como é mítica a neutralidade do Estado liberal perseguida pela perspectiva da análise afastada dos fenômenos. Na verdade o liberalismo se afasta dos conflitos que a ele não dizem respeito, e protege os interesses da burguesia, defendidos pelas vias do Estado mediamente e imediatamente pelas vias do princípio da supremacia de interesses públicos. E assim justifica sua pouca interlocução com a sociedade pelas vias da separação, tanto de poderes do Estado, quanto do próprio Estado com a sociedade.

Além de pouco considerar as interlocuções do fenômeno com seu meio social, o pragmatismo do liberalismo racional fez análise segmentada dos elementos do Estado entrecortando suas partes em outras partes, fragmentando cada uma delas tomando-as como elementos isolados de si mesmo e de seu contexto.

Foi instituída a prática do hermetismo no Estado e ele se fecha ao meio social. São corolárias desse isolamento o poder de império do Estado, assim como sua fragmentação racional. Destaque-se ainda como cisão oclusa no liberalismo a separação entre interesse público e privado, assim como a assimetria entre Estado e seus cidadãos.

Estado e ciência jurídica são portanto, inseparáveis. Então a idéia de Estado liberal segmentado deriva da visão de ciência disjuntiva que floresceu no Direito na tentativa de se transformar em ciência. Profundamente marcado pelas idéias do positivismo, a ciência jurídica também se fraciona e impele o Estado a fazê-lo. Para Morin (1999, p.22) “o conhecimento era também baseado no princípio da separação”. Na verdade o olhar isolado está próximo à outra característica racional: o atomicismo, implicando considerar cada parte isolada de seu meio, negligenciando as conexões internas e externas que o fenômeno gera quando se movimenta, na sociedade.

Assim, na ciência jurídica cada parte olhada *de per se* constituía peça não comunicante com as demais. Tomada como exemplo desse divórcio a cisão entre Estado e cidadão impressa no princípio da supremacia do interesse público, ganha tónus. Morin (1999, p. 22-25) ao analisar esse aspecto insular ressalta que o conhecimento também recebeu fortes influências dos princípios cartesianos da análise e síntese, conjugando segmentação e análise isoladas do contexto. A ciência se separa do objeto, assim como o Estado se distancia dos cidadãos.

Segundo Boff (2003, p. 40-45) esse paradigma utilitarista, “[...] atende a quatro princípios de moral capitalista: o princípio da consequência, o princípio da utilidade, o princípio da satisfação ou prazer, e o princípio social.” Eles devem atingir a felicidade da maioria das pessoas o que significa uma média possível entre atores e utilidade máxima alcançada na sociedade.

As idéias liberais representam a preponderância cultural eurocêntrica personificada pelos anseios da burguesia, assim o critério eurocentrista exportado a outros países é padrão edificador do Estado. E ainda, a lógica que o reveste representa os anseios de uma pequena parte daquela comunidade preconizando ideais próprios e bem diferenciados que ambicionaram influenciar a democracia no ocidente. Sobre essas incongruências Krohling (2011, p. 51) descreve a revolução francesa como força paradoxal, pois “trata-se de um movimento contraditório: emancipador [...] mas massificador e objetivador da consciência”. E argumenta que,

[...] é dentro destes parâmetros epistemológicos e metodológicos: empirismo inglês, racionalismo francês, utilitarismo humiano e benthamiano, e idealismo transcendental voluntarista kantiano alemão, que através do iluminismo vulgarizador surgirão as diversas vertentes neoracionalistas, positivistas, funcionalistas, pragmatistas e funcional-sistêmicas do liberalismo [...]. Embutida nessas teorias se encontra a moral utilitarista como reflexo da modernidade.

Como influenciador da ética, Kant⁸⁷ tem como tema central a razão tanto em sentido teórico quanto prático, e “analisa as condições segundo as quais a razão funciona, a maneira como opera e também seu objetivo” (MARCONDES, 2007, p. 93). Para ele a razão segmenta e

⁸⁷ Nesse ponto Kant foi abalado pelo empirismo de Hume e seu ceticismo diante da racionalidade e da metafísica clássica a ponto de ser bruscamente acordado de seu sono dogmático (DUFOR, 2005, p. 16) e ser obrigado a fundar uma nova metafísica estabelecida nos limites da simples razão, liberada do dogmatismo e da dependência. Para Krohling (2011, p. 59-60) Kant “salvou a modernidade” pois segundo o autor ele teve o mérito de criar e dar sustentação teórica à moral deontológica formulando a defesa da ética dos princípios com o seu imperativo categórico”.

ordena matematicamente as partes dos problemas. Daí advém no Estado as partições ou divisões em áreas, poderes. A partir do método cartesiano se criam divisões por critérios que dividem o conjunto em multipartições, nas quais cada parte representa circunscrição de domínio ou área de atuação profissional. O Estado supremo afastado da sociedade é a tônica.

Essa concepção de Estado tem raízes tanto no método cartesiano quanto no positivismo da regulação e ordem. Para ordenar é necessário separar as partes e analisar (princípio da análise) de forma separada e depois formar uma idéia sobre o fenômeno (princípio da síntese). O Estado com base na ciência jurídica e como elemento soberano⁸⁸ e receptor das influências da ciência, também adota o modelo fragmentado em áreas vedadas umas às outras, e principalmente preconiza o modelo de fracionamento entre Estado e cidadãos.

Ocorre que essa visão microscópica do paradigma racional traduz-se em visão parcialista dos fenômenos uma vez que negligencia sua capacidade de interlocução com ações éticas. O Estado dá voz à teoria utilitarista de Bentham⁸⁹ e Stuart Mill abraçando a moral pragmática do capitalismo, fazendo da ética utilitarista sua diretriz.

Por fim, a visão racional implica abordagem incompleta de análise uma vez que se perfaz por conceitos de dispersão e redução. Morin (1999, p. 22) destaca que, “de resto, a própria idéia de experimentação significa quantificar e separar”. Não há como deixar de perceber formas reducionistas neste modelo, juntando-o ao simplismo que apregoa decomposição de elementos, retirando-os do meio e depositando-os em “jaulas mentais (CHIAVENATO, 2007 p. 410)” a ser quantificadas⁹⁰.

Essa forma de ética preconizando neutralidade continuará suas influências tanto nos período denominado modernidade quanto pós-modernidade, que segundo Santos (2001, p. 45) foram posterior ao liberalismo.

⁸⁸ A teoria de Bentham destaca que a suprema legislatura é onipotente. Ao cuidar do tema Estado soberano, destaca que não pode haver limitação jurídica ao seu poder.

⁸⁹ Sobre o utilitarismo de Bentham sua maior ênfase recai no direito positivo enquanto produto da vontade do legislador. Para ele, a lei poderia ser definida como um conjunto de signos enunciadores da vontade soberana de um Estado que se dá a conhecer verticalmente a seus cidadãos

⁹⁰ Spinoza (1632-77) descreve a ética como o método geométrico. Começa com definições axiomas e examina as conseqüências em seus corolários e escólios.

3.1. – O ESTADO PÓS-MODERNO E O ESGARÇAMENTO DA ÉTICA

A filosofia contemporânea pode ser vista como desfecho da crise do pensamento racionalista do século XIX. O conceito de pós-moderno⁹¹ embora não seja consensual se define em parte pela busca da fundamentação da possibilidade do conhecimento e das teorias científicas com base na subjetividade do indivíduo, dotado de estrutura reflexiva.

Neste contexto pós-moderno se experimenta a perplexidade pela implementação da tecnociência, e a ruína do programa racional. Assim idéias de liberdade como fundamento de igualdade nos moldes da visão liberalista estão sofrendo erosão diante da discursividade do pensamento. Se assiste ao declínio das narrativas da razão acompanhada de uma crise de valores que tem como semelhante um vazio ético perpetrado pela incerteza dos novos tempos.

Desde o final do século XIX a sociedade mundial experimentou fenomenal processo de complexas mudanças. Krohling (2011, p.75) destaca que “na despedida do século XIX, pronunciava-se [...] o fim das monarquias hereditárias, e o início da democracia social e política”, em alguns países o desenvolvimento científico preconizou queda vertiginosa de taxas de mortalidade e elevou longevidade da população. Neste patamar de desenvolvimento, Santos (2001, p.2) ensina que,

as interações transnacionais conheceram uma intensificação dramática, desde a globalização dos sistemas de produção e das transferências financeiras, à disseminação - a uma escala mundial - de informação e imagens através dos meios de comunicação social ou às deslocções em massa de pessoas, quer como turistas, quer como trabalhadores migrantes ou refugiados.

Em diversos campos a descoberta de inovações científicas elevou a qualidade de vida das pessoas semeando esperança no futuro, isto sinalizava bem estar à população. Hobsbawm (1994, p.15) ao discorrer sobre a pujança do século XX assevera a crença na esperança, destacando que “durante décadas, em meados do século, chegou a parecer que se havia descoberto maneiras de distribuir pelo menos parte da enorme riqueza com certo grau de justiça entre os trabalhadores dos países mais ricos”.

⁹¹ Uma das principais correntes que influenciou o pensamento pós-moderno foi o estruturalismo que tem como grande representante o lingüista Ferdinand de Saussure, influenciador da obra de Levi-Strauss. Essa corrente desenvolve a noção de estrutura como um conjunto, um todo organizado por princípios básicos, que se integram.

Desta forma, tomados como medidas comparativas ao século anterior, os séculos XIX e XX representam lapsos temporais marcados por grandes revoluções. No século XX novas descobertas científicas igualmente revolucionárias provocaram profundas rupturas na forma de conceber o homem e o conhecimento.

Quanto à teoria das comunicações, a base técnico-científica alargada transformou o mundo das comunicações e transportes, ofertando exponenciais informações em tempo real, fator que expressa sensação de tempo comprimido e encurtamento de distâncias.

Quanto à velocidade de informações do século XX Duarte (2006, p.11) destaca que “vivemos em um mundo globalizado, em que quase todos são partidários da máxima liberdade, autonomia e criatividade” comungando a sensação de esperança e bem estar que povoa as liberdades políticas das sociedades democráticas, em parte do mundo ocidental.

Quanto ao Estado, este fator político (a democratização) foi alcançado na maioria dos países do ocidente, mitigando a sensação de não liberdade e inserindo populações à participação na vida pública, iniciando-se assim a democracia social e política na perspectiva das pessoas conduzirem seu tempo e destino com liberdade de expressão.

Para Duarte (2006, p.11) “coube a nós [do nosso tempo] a descoberta da fórmula definitiva para o melhor regime político, a democracia representativa [...]”, ela procurou reedificar nova ordem, alçando a participação como valor estruturante da sociedade, desejando satisfazer os anseios das lutas sociais.

Mas a pós-modernidade cindiu o social e negou as raízes helênicas. Na modernidade as lutas sociais se referiram à esfera de interesse, e na pós-modernidade se transmuta em leitura econômica da vida, tendo sido implementada pela supremacia de alguns Estados. Lechte (2002, p.275) escrevendo sobre as dúvidas da pós-modernidade ressalta que “a incerteza aumenta [...] com o surgimento do novo paradigma pós-moderno, pois ele enfatiza imprevisibilidade, catástrofe e caos”.

Logo, a sensação de bem estar gerada pelo discurso edificante da sociedade moderna, embora repetida exaustivamente pela mídia, traz também subrepticamente sensações de que esses

ganhos advindos podem ter sido ou são esvoaçante cortina de fumaça encobrendo outras realidades⁹².

Tão fluidas quanto a própria pós-modernidade e tão contraditórias quanto à própria roupagem que a cobre, essas mudanças na verdade, são mera carta de intenções. E sobretudo podem desvelar a supremacia do interesse público do Estado como uma bula de absoluto escárnio e violência ao homem, e sobretudo à ética.

Assim o Estado imerso na pós-modernidade se apresenta complexo à medida que traz em si mesmo a própria ambivalência, o entrelaçamento de obscuridades com luzes que ao mesmo tempo criam novos conceitos, mas cultivam destruição justificada pela lógica falaciosa da proteção e segurança, abrigadas pela supremacia do interesse público.

Por conseguinte em nome da pós-modernidade, (ela mesma que gerou tanta esperança) e sob a tutela da supremacia pública foram perpetradas pelo Estado decisões desrespeitosas ao cidadão – desde pequenas ações administrativas até grandes catástrofes ambientais, conflitos étnicos e proliferação de guerras civis no século XX.

Duarte (2006, p. 13) demarca com precisão que os séculos XIX e XX se mesclam, e que “a eclosão da primeira guerra mundial [...] constitui a própria inauguração de nossa época”: a modernidade virulenta dos conflitos bélicos e étnicos, seguida pelo niilismo que tenta destruir o progresso moral da humanidade, utilizando o Estado e sua supremacia como agente que serve a determinados desígnios, de determinados países.

Na primeira e segunda guerras o Estado supremo empregou avançada tecnologia para exterminar vidas humanas, utilizando-se do falacioso argumento de proteger o mundo (interesse público). Hobsbawm (1994, p.9) ao discorrer sobre acontecimentos históricos da modernidade e da pós-modernidade, nomeia aquele momento como “um século de guerras religiosas [e ideológicas], que têm na intolerância sua principal característica”.

Essas transformações contraditórias irradiam suas influências na filosofia e sobretudo no construto ético, deixando marcas profundas nos rumos que a ética deve seguir. Marcondes (2007, p.89) ressalta uma cisão no pensamento filosófico em dois grandes grupos: os que

⁹² Krohling (2011, p.75-80) destaca que o início do século XX ficou marcado pelas guerras e o surgimento de regimes totalitários na Itália e Alemanha. Com altas taxas de inflação e instabilidade política, não tardou a emergir o Estado supremo como salvação nacional.

crêem ser possível dar continuidade às tradições da modernidade envolvendo-as com outras características (os herdeiros da modernidade); e os que desejam romper com a tradição de maneira decisiva inaugurando nova reflexão, contendo a complexidade das contradições em seu conteúdo.

Isto por que pela ductibilidade das contradições é que se desenvolveram tanto a paradoxal modernidade quanto a pós-modernidade, tornando maleável a dignidade dos cidadãos, e negligenciando os princípios éticos. Sendo que, essa conduta fora sancionada tanto pela supremacia de interesse público do Estado quanto pela ciência jurídica por seu “paradigma unificador de neutralidade e objetividade” (KROHLING, 2011, p. 51).

Assim se observa uma era de antagonismos: se de um lado amplia velocidade⁹³ das comunicações, estabelecendo longo progresso intelectual e tecnológico - de outro é relatado por Hobsbawm (1994, p.16) como “o século mais assassino de que temos registro, tanto na escala, frequência e extensão da guerra que o preencheu [...] como também pelo volume único de catástrofes humanas que produziu, desde as maiores fomes até o genocídio sistemático”, cindindo a humanidade.

A emergência da “fratura” (MORIN, 2005, p.86) corresponde à uma época caracterizada pelo esgotamento das grandes narrativas éticas, e do silenciamento. Lechte (2002, p. 270-272) chama de “silenciamento” a indiferença que se dá a um jogador em um jogo de linguagem, e em sua extensão podem ser perpetradas um novo foco de ética destorcida, agora pelo ideal do êxito financeiro. A *business ethics* se assenta na moral do interesse empresarial que deve ser encampado pelo Estado.

Por essa ética de mercado acrescentaram-se “a desaparecimento das vanguardas, os progressos da democracia, o desenvolvimento do individualismo e a diminuição do papel do Estado [...] logo, “o advento da pós-modernidade não deixa de ter relação com o advento do que hoje evocamos com o nome de neoliberalismo (DUFOUR, 2005, p. 24)”. O neoliberalismo é um movimento político e social, que considera as condicionantes econômicas junto ao Estado mínimo, determinem as diretrizes da sociedade.

⁹³ Dufour (2005, p. 72) destaca na pós-modernidade o desabamento civilizacional. Isto por que os Estados-nações em conflito permanente “edificaram seu próprio antagonismo”, um conjunto globalmente homogêneo e fraturado da mesma forma.

3.1.1 – A consolidação do Estado banalizado: a não-ética no neoliberalismo

No final do século XX as transformações políticas do leste europeu naturalizam o capitalismo em detrimento de versões sociais democráticas. Com a deterioração do fordismo e a crise do Estado providência, o capitalismo dominou os aspectos da vida social neutralizando as promessas de justa distribuição.

O Estado contemporânea capitalista contempla dois valores complementares: o capital e a incerteza. O capital flui como a narrativa da mercadoria volátil sem pátria, sem fronteira; a incerteza erodiu os muros do racionalismo e da sociedade weberiana. Desta forma a sociedade atual destacada com frequência por Chevallier (2009, p. 17) é caracterizada pela “complexidade, desordem e incerteza [...] abandonando os caminhos bem balizados da simplicidade, ordem e coerência”.

Diante disso surgem assimetrias e extrema exclusão, à medida que o viço do paradigma reformista (socialismo) se evanesce. Neste cenário inquietante o Estado perde papel de protagonista, deixando um vácuo a ser ocupado pelo mercado. Mas uma vez pela supremacia do interesse público o Estado se minimiza, e minimiza a ética. Cruz (2011, p. 233) ressalta que “no nível econômico o neoliberalismo professa o mercado livre [...] aquele que coordena adequadamente as ações individuais de caráter econômico para se conseguir um acervo maior de riquezas”.

Na perspectiva do Estado neoliberal o mercado maneja maior volume de dados e interpreta melhor as informações, uma vez que suas decisões são amparadas por critérios tecno-econômicos. Cruz (2011, p.234) destaca que os neoliberais se opõem ao Estado de bem estar social destacando que há excessivo gasto público com ações paternalistas que impediriam o crescimento dos países.

Logo, no setor econômico a tecnoesfera neoliberal com expectativas de progresso fez o Estado absolutizar o “nexo dinheiro (BAUMAN, 2001, p. 7)” em detrimento de outros valores. Assim a modernidade dos países neoliberais transporta a própria contradição interna, quando no afã de crescer aniquilam valores “tornando líquidas” (BAUMAN, 2001, p. 46-50) as estruturas consolidadas.

Portanto, para o autor significa derreter sólidos liames sociais e deixá-los no ar, desprotegidos, impotentes para reagir à ação que considera a economia como esfera heterônoma que paira difusa sobre a comunidade. No Estado neoliberal o modelo de mercado pela supremacia o interesse público inaugura nova bula que estabelece as trocas de mercadoria. O que domina é a ética de mercado.

Sobre esse assunto Dufour (2005, p. 85) inspirado em Pierre Levy, descreve a economia de mercado em rede e sua sincronicidade em quatro princípios:

O princípio da multiplicidade significa que a rede está organizada em modo fractal, o princípio da exterioridade significa que a rede não possui exterioridade orgânica, o princípio topológico significa que numa rede não há espaço universal homogêneo, e por fim, o princípio da mobilidade, significando que a rede é fluida.

Desta forma o Estado pelo princípio da supremacia do Estado sanciona o mercado e obedece à lógica vertical descendente, uma vez que os grupos beneficiados pelo mercado são os mesmos que trabalham para o Estado. Logo é o mercado que tem capacidade para dizer a flutuação do Estado, inclusive controlando a empregabilidade.

Cruz (2011, p. 234) dá como exemplo da dissolução ética do Estado neoliberal a forma como se entende o desemprego, entendido como “resultado da excessiva regulamentação trabalhista e do excesso de oferta. Para eliminá-lo ou se reduz a oferta por meio de demissões ou se reduz salários” flexibilizando a supremacia do interesse público pelas vias do princípio da legalidade, conjugada com a *business ethic*⁹⁴.

Lipovetsky (2005, p. 228) ao tratar sobre a ética da sociedade pós-moderna, liga o tema a ética dos negócios ressaltando que ela “reativa a idéia de primado dos valores morais, desviando esse conceito de sua acepção tradicional, pois a ética passa a ser vista como um veículo econômico auxiliar.”

E conclui que,

[...] pleiteia-se o bem, mas dispensa-se a pureza de coração. Diante da transformação da virtude em ferramenta instrumental, a ética dos negócios afigura-se como um exemplo prototípico do pós-moralismo democrático contemporâneo inteiramente desvencilhada da antiga concepção de abnegação inevitável. [...] em direção paralela

⁹⁴ Traduzida livremente como ética dos negócios.

ao impulso dos preceitos e projetos empresariais, incrementa-se um discurso de gerencialismo (LIPOVEVSTY, 2005, p.228).

Santos (2001, p. 45-56) destaca que no século XX o capitalismo se torna o modo de produção nos países centrais, e de forma pedagógica o autor divide o capitalismo em três períodos: o capitalismo liberal (todo o século XIX), o capitalismo organizado (final do século XIX com apogeu no período entre guerras), e o capitalismo desorganizado (de 1960 até nossos dias).

Para o autor, nesses três períodos o Estado minimizou idéias éticas e políticas para se ajustar às necessidades regulatórias do capitalismo liberal, sob a tutela do direito e do princípio da supremacia do interesse público do próprio Estado. Este por sua inquietante contradição se minimiza, mas se transformou em instrumento de regulação da sociedade, e sancionador de injustiças.

A nova ordem político-econômica pós-guerra foi revestida de ambigüidade, e desprovida de ética – se por um vértice procurou afastar conflitos bélicos pela pacificação suprema - por outro a pós-modernidade econômica ocupou espaços recolonizando nações, pela ajuda financeira internacional sedimentada em juros. Novamente a supremacia do interesse público impulsiona a ordem econômica e inaugura o Estado gerencialista.

Para essa corrente a gestão econômica keynesiana e o Estado providência conduziram a economia ao colapso, daí ser necessário desregulamentar e diminuir a participação do Estado firmando-o sob a proteção do mercado, de forma que os conflitos entre ambos sejam provisórios e institucionalizados (SANTOS, 2001, p.50-60) instaurando assim a noção de gerência institucional na esfera pública.

A idéia do Estado gerente é obscura, combina elementos do liberalismo com socialismo, à medida que “a gerência captada como tecido de ilusões implica [...] estar a serviço do mandante, [...] com a precariedade essencial do mandato, sendo que cada ato do gerente é marcado pelo timbre da potência soberana (CHATELET, 1990, p.161) [do mercado]”.

Isso se deu de forma tão verticalizada a ponto de, na sociedade complexa não restar quaisquer escolhas que não fossem aquelas ditadas por axiomas econômicos da supremacia do interesse público dos países financeiramente mais desenvolvidos. E eles produziram escalas de miséria, sobretudo nos países em desenvolvimento. O resultado desse processo pode ser sentido na

agudização da díade centro-periferia, uma vez que se acetuam assimetrias históricas geradas por anteriores desigualdades sociais de colonização.

A ideologia e a prática do neoliberalismo⁹⁵ somada à supremacia do interesse público conduziram o Estado às drásticas transformações, implementando desregulações e privatizações como elementos redutores das responsabilidades estatais. Assim a neocolonização implantou rigidez e isto implicou soltar o freio da desregulamentação e flexibilização, da mão invisível dos mercados.

A divisão internacional do trabalho se configurou em outra forma de supremacia do interesse dos Estados europeus e americanos, agora pelas vias de subemprego e desemprego. O neoliberalismo tratou de reconstruir países de terceiro mundo⁹⁶, mas o fez pela produção de pobreza e junto a ela foram perpetradas exclusão e violência, sancionadas pelo Estado, sob a proteção da ciência jurídica.

É possível dizer que diluindo potencialidades do Estado, retirando sua intervenção se atacou com virulência as raízes humanitárias conformadoras do modelo anterior (o estado de bem estar social). Assim no século XX ao tempo que se produziu autonomia tecnológica, e bem estar econômico para alguns, isso implicou também em isolamento, e distanciamento de outros países. Santos (2001, p. 50-57) destaca que na contradição transformadora da era planetária foi criada a dicotomia países cerebrais (os do hemisfério norte, pensantes desenvolvidos) e países musculares (os do hemisfério sul, executores, subdesenvolvidos).

O Estado pelas vias da civilização complexa - marcada pela racionalidade - flexibilizou resquícios de liberdade e autonomia para transformar pela nova ordem econômica, solidariedade em solidão. Essa liberdade confusa junto ao conceito de flexibilização moderna foi cultivada pelo duto de competitividade – argumento do Estado gerencialista.

Cruz (2011, p.237) ressalta que o subdesenvolvimento dos países pobres é outro problema que os neoliberais creditam em grande parte às falsas políticas que ignoram o mercado. Daí as intervenções gerencialistas de agências como o Banco Mundial e o Fundo Monetário

⁹⁵ Por neoliberalismo Cruz (2011, p. 229) entende uma linha de pensamento econômico que de maneira paradoxal nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais e o mercado determinem as diretrizes. O Estado passa a ser agente de não intervenção na sociedade, se mantendo afastado e com importância mínima.

⁹⁶ “A América Latina, um dos continentes com alta desigualdade de riqueza e renda, apresenta democracias divididas que repousa sobre a dinâmica de mercados oligopolizados, cujas preferências em matéria de política econômica são rapidamente reconhecidas e atendidas pelo Governo” (BORON, 2004, p. 35-37).

Internacional para definir as linhas econômicas seguidas pela supremacia do interesse público desses países. A geratriz desse modelo é o Estado mínimo subrogado à intervenção, e a sociedade fragmentada entre países pobres e ricos.

Na consolidação da ética neoliberal o Estado sofreu transformações perdendo espaço. Nas adjacências dessas transformações o princípio da supremacia do interesse público “sobre o qual o Estado construiu sua legitimidade (CHEVALLIER, 2009, p.83-87)” se mostrou contraditório.

Segundo o autor o Estado vivenciou no início dos anos 90 uma crise complexa – apesar do Estado ter usado a supremacia do interesse público para manejar ações da forma que entendesse, a mira da crítica repousa na própria supremacia de interesse público, impondo-se sobre ela a idéia de que a administração pública seria ineficaz. Entendendo que essa característica (a supremacia de interesse público) fora herdeira da lentidão do modelo weberiano, notadamente robustecido nos modelo do Estado de bem estar social e liberalismo, ela deveria ser afastada do Estado.

E portanto, o direito administrativo e suas instituições deveriam se efetivar à semelhança do particular “eficaz” e que para tanto seria salutar o empréstimo ao Estado da receita de boa gestão privada. Por esse modelo “a diferença com a empresa privada, tenderia então a desaparecer (CHEVALLIER, 2009, p.84)”.

Novamente o Estado sob os referencias do neoliberalismo foi confrontado com pressões agressivas de necessidade de ganho e produtividade para otimizar recursos e atender a clientela de forma a gerar rentabilidade. Essa visão gerencialista⁹⁷ convidou o Estado a um esforço permanente de alta produtividade, tendente à minimização dos custos. Novamente a supremacia do interesse público de países em desenvolvimento se verga à supremacia de outros Estados estrangeiros cuja concepção de neoliberalismo fora por eles criada.

Tal como concebido e implementado nos países anglo-saxões o *New Public Management* tentou ser a duplicata da empresa privada, tento dentre outros parâmetros,

o desengajamento do estado das esferas produtivas (*privatization*), ampliação da autonomia de gestão (*managerialization*), submissão à competição (*marketization*),

⁹⁷ Na gestão pública dois modelos considerados produtores avultaram e influenciaram o direito administrativo, e por conseguinte o princípio da supremacia pública, são eles – a administração pública gerencial (APG) e o governo empreendedor (GE). A conjugação dos dois modelos é conhecida como gerencialismo.

acompanhamento permanente dos meios alocados (*value for money*), controlabilidade (*accountability*), gestão com mais autonomia aos indivíduos e grupos (*flexibility*) e ataque à burocracia weberiana (CHEVALLIER, 2009, p. 87).

Esse movimento conduz ao questionamento dos dispositivos jurídicos que eram os guardiões do modelo liberal. Daí o ataque ao princípio da legalidade, uma vez que o Estado é convidado a ter autonomia nos preceitos da gestão privada. Nesse aspecto não se tardou em repisar com muita ênfase “a crise dos paradigmas do direito administrativo e do princípio da supremacia do interesse público (BINENBOJM, 2001, p.22)”.

Pela complexidade e antagonismo do Estado pós-moderno, o próprio Estado e sua soberania se atacam mutuamente, pois pela crítica do neoliberalismo o modelo de Estado weberiano legalista constitui uma inflexão, cristalizando a supremacia do interesse público e tornando o Estado ineficaz, daí o afastamento do Estado.

Mas nesse recuo há diluições das responsabilidades sociais do Estado, de maneira que, isolando-o pela lógica econômica há intensificação das fraturas entre indivíduos e Estado pela produção de riquezas assimétricas entre países, e entre países e seus cidadãos. Desta forma se torna lugar comum a instrumentalização e exploração do outro, justificada pela lógica econômica, à medida que o outro é desfavorecido, aviltado.

Daí ser possível perceber na pós-modernidade do Estado gerencial a liquefação da ética individual e o fortalecimento da ética de mercado, intensificando a diluição do Estado. Lipovetsky (2005, p. 221) destaca neste século “o casamento da ética com os negócios”, explicando que o tema alcançou relevante espaço, a matéria ética passou a ser ministrada nas escolas de administração, com conotações gerencialistas.

Pelas práticas da ética voltada à objetividade técnica consultores éticos “vendem” (grifos nossos) seus conselhos às empresas. Para o autor, “os jesuítas inauguraram um centro de reflexão moral dirigido a banqueiros e dirigentes empresarias”, sendo que as grandes firmas se apropriam de termos da ética⁹⁸.

Boron (2004, p.43) ao descrever a dimensão lógica do capital neoliberal ressalta a exclusão do indivíduo enquanto cidadão isolado, que foi substituído pela participação de outro ator social:

⁹⁸ Krohling (2011, p. 17) lembra que é equivocado falar em código de ética tanto no nível empresarial quanto no de categorias profissionais, sugerindo que seria melhor o termo deontologia profissional como um conjunto codificado de deveres.

as empresas multinacionalizadas; “nesse cenário privilegiado, onde são tomadas as grandes decisões estatais e a orientação das políticas públicas, o que conta são as grandes firmas e os conglomerados econômicos”.

Essa prática na verdade tensiona e desintegra comunidades tradicionais, liquefazendo conceitos como participação da população e raciocínio democrático reflexivo, pois a estratégia é concretizada pela implementação vertical do modelo de grandes firmas que impõem ao Estado a ética de mercado. E ao fazê-lo não disponibilizam a possibilidade de reflexão. Para Morin (2005, p. 27) “a crise dos fundamentos da ética situa-se na crise geral dos fundamentos da crítica”.

Destaca o autor que a crise dos fundamentos éticos do Estado gerencial é desintegradora e esgarça o tecido social, à medida que enfraquece o imperativo do Estado e liquefaz a participação da população. Por essa prática se injeta lógicas de competição social na qual os atores são instituições especulativas que teoricamente circulam o capital pelo planeta.

Essas tendências econômico-política produziu no final do século XX reflexos sociais tais como concentração de capital, surgindo ao lado do Estado um conjunto de empresas “de dimensões colossais” (BORON, 2004, p.41), e também o acirramento da pobreza e exclusão social nos países em desenvolvimento. Neste aspecto, Santos (2001, p.6) aclara que pela ética neoliberal “a economia é dessocializada, o conceito de consumidor substitui o de cidadão e o critério de inclusão deixa de ser o direito para passar a ser a solvência econômica”. Essa prática foi exercitada nas ações de políticas das agências internacionais como Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, entidades dos países onde fora gestado o neoliberalismo.

Logo as transformações do Estado e sua aproximação com a ética neoliberal representam no campo do direito administrativo um refluxo na dinâmica da gestão pública. Na verdade a lógica de competição e eficácia se situa na condição econômica e não no plano dos direitos fundamentais, como se evoca permanentemente para justificar a flexibilização do modelo.

O princípio da supremacia do interesse público que deveria ter sido impulsionado pelo bem estar da coletividade, foi usado para cumprir a pauta neoliberal do Estado Democrático de Direito, que passa novamente a copiar o modelo europeu, gestado na Inglaterra. Esse modelo de não ética representou uma falácia e se esgotou. Então em seu vácuo é necessário que seja

repensada outra forma de ação para o Estado, envolvendo ações éticas que sejam capazes de articular a Constituição e o princípio da supremacia do direito público.

Deleuze (2000, p.10) destaca que o paradigma arborescente é verticalizado e racional. A arborescência se assemelha às ações do Estado nos três momentos. No contrafluxo dessa metáfora, o autor destaca a idéia de rizoma e descreve seus princípios, que serão ampliados por Herrera Flores para descrever o paradigma rizomático⁹⁹ adequado ao neoconstitucionalismo para interpretar a Constituição e aplicar o princípio da supremacia do interesse público no Estado Democrático de Direito.

3.2 – O RIZOMA E SEUS PRINCÍPIOS

No neoconstitucionalismo o Estado se transforma e faz interpretações mais subjetivas, pela Constituição e pelos princípios. Todavia essa relação deve estar mediatizada pela ética. Herrera Flores a partir das idéias do rizoma e seus princípios, desenvolvidos por Deleuze (2000, p. 13), destaca a necessidade da ética. Para este autor, o rizoma se opõe à lógica binária da dicotomia. A idéia de rizoma como capilaridade ataca a visão de unicidade que dominou o paradigma racional, e por via contrária destaca a diversidade com que se relacionam tanto os fenômenos no mundo social, quanto às ciências.

O rizoma se assemelha ao movimento fractal no qual a imagem lançada se acopla às demais, formando infinitas combinações, gerando assim novas geometrias multidimensionadas. O rizoma é um conceito do conjunto múltiplo contendo os princípios da conexão, multiplicidade, ruptura assignificante e cartografia-decalcomania.

O conceito de rizoma lembra o caráter ontológico dos jogos de forças e fluxos em um movimento de diferenças que age no interior das multiplicidades pela liberdade do crescimento e constituição de novas formas pelo fluxo dialético do expansionismo. Desta forma a identidade do rizoma é indefinida pois suas linhas de articulação e segmentaridae são infinitas e se articulam em uma trama desestratificada.

⁹⁹ O conceito de rizoma descrito por Deleuze (2000, p. 15-18) enquanto estrutura componente de algumas plantas, tem aproximação com a Biologia. Rizoma ou haste é um tipo de caule de plantas vasculares, fazendo parte do eixo vegetativo da planta. Este tipo de caule tem crescimento horizontal, apresentando-se subterrâneo e paralelo ao solo.

Pelo conceito de rizoma há miríade de pequenas raízes fazendo com que a idéia de multiplicidade seja um fator itinerante, que através do movimento dá a sensação de elemento nômade, desta forma a estética da existência passa a ser a imanência dos elementos. Neles há um processo de migração constante gerando interrelações que se entrelaçam formando outras micropartículas dialéticas.

Pela lógica do rizoma os fenômenos são horizontalizados, vistos como conjunto ou totalidade significante, pois perseguem objetivos e o fazem imersos em campos sociais pela lógica integrativa do meio. Desta forma o rizoma é teleológico e remete a idéia de movimento ou fluxo dialético no qual há articulação entre seus elementos mas também “movimentos de fuga, [...] as velocidades comparadas de escoamento acarretam rupturas (DELEUZE, 2000, p. 12)”.

A idéia de rizoma remete ao conceito de vínculo pivotante “com ramificações numerosas, laterais e circulares” (DELEUZE, 2000, p.14) lembrando a amplitude de redes. Nelas há troca de energia de forma dialética, sendo que desordem e incerteza são forças que emergem de forma recorrente, podendo alterar o equilíbrio.

O enredamento é formado por fluxos que convergem e divergem em uma decomposição múltipla que demonstra invariabilidade de hibridações migrantes. Logo as noções de multivariabilidade remetem às reflexões cuja interpretação é carregada de polissemia, pois a rede é policêntrica e sem forma prévia, uma vez que seu movimento é fruto de conexões e alianças.

Pela idéia de rizoma, “o sistema radícula ou raiz fasciculada tem multiplicidade imediata e suas raízes secundárias deflagram grande movimento (DELEUZE, 2000, p. 14)” sendo que a noção de conjunto como parte dinâmica apresenta uma totalidade expansiva devido à contextualização ou elemento contingencial que envolve os fenômenos sociais. A razão orgânica é aberta e dada ao diálogo, daí sua caracterização policêntrica.

A lógica orgânica dialoga com ordem e desordem cuja irregularidade está presente na rede rizomática transformando-a em elemento de alta volatilidade. Neste movimento fluido as conexões voláteis feitas por contato se transformam em outros elementos disformes. Como não há esquemas ou binaridade nas conexões do rizoma, esta particularidade assemelha-se ao

pensamento de Morin (1999, p. 24) sobre o conceito de dobragem constitutiva do pensamento.

Para o autor o pensamento é efetivado por um processo analógico que tem no expansionismo seu principal vetor. Neste sentido se posiciona Deleuze (2000, p.14) explicando que “a dobragem de um texto sobre outro, constitutivo de raízes múltiplas e adventícias” implica uma dimensão suplementar e integrativa de circularidade que não apresenta início ou fim, pois é contínuo seu fluxo.

Carvalho (2006, p.109) ensina que “no rizoma as conexões são cruzamentos que se fazem e se refazem a todo momento em uma genealogia sem hierarquia”. Assim o rizoma também rompe com os teoremas lineares de causalidade, instituindo a visão de retroatividade no círculo, uma vez que enquanto ciclo de eventos não verticalizados, os rizomas são porosos à sociedade e suas multissignificações subjetivas são complexas pois interconectadas e autônomas. Morin (2000, p.4) ensina que “esta autonomia, provocada pela regulação (circularidade retroativa), é ela própria produzida por uma circularidade mais intensa, chamada circularidade autoprodutiva.”

O pensamento linear da compartimentação que prioriza o uno, em detrimento do múltiplo, é oposto ao rizoma. Pela lógica binária da metafísica se sobrepujou o uno em desfavor do múltiplo gerando a ciência régia que toma o poder pelo método racional dicotomizado que aliena sujeito e objeto. O rizoma se opõe a isso e através dos princípios da conexão, multiplicidade, ruptura e cartografia influencia as ciências. Passamos a descrever esses princípios, interligando-os à ciência do Direito, na atualidade.

3.2.1 – Conexão e heterogeneidade

As fractalidades do rizoma são replicáveis se transformando em microestruturas infinitas que se combinam demonstrando infinitas possibilidades de interpretação. A metáfora da fractalidade pode ser comparada a um caleidoscópio ilógico que através da conexão de cores, gera desenhos multifacetados.

E ainda a desordem e incerteza que emergem no paradigma rizomático têm na teoria dos sistemas abertos de Bertalanffy (1976, p. 45-50) uma de seus principais características, que é a imprevisibilidade. Neste sentido no século XXI a cibernética e a teoria da informação

modificaram as ciências combinaram-se através de diálogos com o mundo fazendo-a navegar “em um mar de incertezas” (MORIN, 1999, p. 24) que lembra a ilógica rizomática descrita por Deleuze.

Assim pelo princípio da conexão e heterogeneidade o rizoma tem uma sinergia que conecta qualquer ponto a outro ponto, pois suas dinâmicas ligações “são cadeias semióticas de toda natureza [...] organizações de poder que remetem às artes, as ciências, às lutas sociais” (DELEUZE, 2000, p. 16). Desta forma desordem e incerteza são elementos que rompem com a causalidade linear do modelo racional inaugurando o que Morin (1999, p. 23) denomina de “pensamento em espiral” implicando integração de elementos diferenciados, que se conjugam, em perfeita capilaridade.

Chiavenato (2007, p. 416) ao analisar a capilaridade dos sistemas modernos destaca que a cibernética é ciência interdisciplinar que oferece sistemas de organização e processamento de informações às demais ciências” e ela própria dialoga com as demais em movimentos agregantes de subjetividade e objetividade dialéticas que são complementares e articulados.

Por agregar elementos heterogêneos que se conectam, o rizoma apresenta variabilidade de formas que “aglomeram atos muito diversos, lingüísticos, mas também perceptivos (DELEUZE, 2000, p. 16) formando uma multiplicidade”. Dessa forma o rizoma vivencia fenômenos diferenciados que demandam respostas também diferenciadas.

Morin (2003, p.12) ao trabalhar o fenômeno da conectividade chama a atenção para a dispersão da informação enquanto elemento conectado e heterogêneo no mundo. Daí a necessidade de reflexão crítica do sujeito enquanto cidadão interligado à sua sociedade e ao mundo de informações que o circunda.

Para ser orgânica a informação deve vir acompanhada do exercício da dúvida, sustentáculo da independência e atividade criativa do sujeito cognoscente. Neste aspecto Morin (2003, p. 18) ensina que “[...] trata-se desde cedo, de encorajar, de instigar a aptidão interrogativa e orientá-la para os problemas fundamentais de nossa própria condição e de nossa época.”

Assim, informação desterritorializada é matéria prima que domina o rizoma, e deve ser portanto disponibilizada de forma a causar espanto filosófico nos sujeitos, para que sejam capazes de reflexão. Logo, o exercício do pensamento no rizoma é o bem mais valioso da

sociedade complexa. É dele a faculdade de criticar, colocar-se diante dos fenômenos como filtro mental de absorção das informações advindas dos policêntricos canais midiáticos.

Conexa à complexidade a multiplicidade se liga ao elemento de transformação indefinida, gerando novos contornos à ciência jurídica efetuando uma descentralização comunicativa com outras áreas e outras dimensões. Assim a ciência jurídica se abre a conexões internas e externas, dialogando qual rizoma que “faz bulbo, evolui por hastes e fluxos subterrâneos, ao longo de vales fluviais, ou de linhas de estradas de ferro, espalha-se” (DELEUZE, 2000, p. 16).

Moigne (1999, p.50) nesse aspecto, ensina que aconteceram “alguns deslocamentos explícitos dos referencias epistemológicos” que davam suportes à ciência racional. Inicia-se assim, novo giro paradigmático na ciência desafiando-a a pensar novas perspectivas. A idéia da conexão e heterogeneidade.

A metáfora da ética em rede pressupõe interação dinâmica entre elementos díspares de forma que são polivalências imbricadas que tem na figura circular sua atuação mais adequada. Esta noção da ética em rede remete ao movimento cíclico da dialética, abrangendo tempo e espaços simultâneos, embora multilocalizados.

Morin (2005, p.194) ensina que “embora não se possa deduzir, a ética complexa possui como ingredientes indispensáveis o pensamento e a antropologia complexos”. Assim ordena que assumamos eticamente a tríade ‘indivíduo/sociedade/espécie’, pois o progresso é necessário, mas ele só poderá ganhar vigor pelo enraizamento e sinergia do cuidado com o homem e a sociedade, em uma relação humanitária que significa participação e respeito convivencial.

A convivência entre diferentes significa respeito e alteridade, Moigne (1999, p.47) ao abordar o tema enfatiza que “precisamos nos reconhecer encerrados em uma das espirais cognitivas preconizadas pelos escolásticos e pelos lógicos clássicos”, e que esse paradigma racional não consegue responder às demandas multifacetadas da era atual.

Desta forma a passagem do paradigma racional ao rizoma, conquanto se tenha configurado grande avanço nas ciências, só será completo quando a partir das estruturas policêntricas que o formam, seja considerado decerto o cidadão como pólo irradiador de direitos que devem ser observados nas relações sociais éticas.

É na organicidade das relações dos cidadãos que as múltiplas intervenções se constroem de forma complexa, então há que ser observado sua diversidade, e ele próprio deve observar o outro com alteridade e respeito. A era da incerteza, das relações complexas não pode ser avocada como argumento cínico para manipular, execrar a natureza do próprio homem. Assim se estaria mais uma vez negando a própria eticidade que deveria conformar e nutrir a própria sociedade em cada tempo histórico.

3.2.2 – Multiplicidade

A ciência jurídica foi marcada pela visão eurocentrista que dominou as racionalidades, na busca de torná-la ciência. A aproximação com os critérios quantitativos fez da visão científica ocidental a polaridade da razão e a demonstração de categorizações binárias transmutando seus contornos em reducionismos.

Na ciência jurídica racionalista a unicidade afastou o envolvimento, inaugurando a lógica neutral, que a tornava descompromissada politicamente. São da racionalidade também a unicidade que procurava classificar e ordenar por estratificação seus objetos de estudo.

No rizoma a unicidade é desviada para um novo princípio ético como forma de compreender o elemento dialogical da reprodução de heterogeneidades. Ao se opor ao uno, se opera multiplicidades na consciência como forma de conjugação e construção ontológica que fornece novas leituras dos fenômenos jurídicos. Deleuze (2000, p. 16), ao tratar da transformação pela multiplicidade explica que,

[...] os fios da marionete considerados como rizoma ou multiplicidade não remetem à vontade suposta una de um artista ou de um operador, mas à multiplicidade das fibras nervosas que forma por sua vez outra marionete seguindo outras dimensões conectadas às primeiras. Os fios os hastes das marionetes formam uma [imanente] trama.

A perspectiva da imanência na ciência jurídica e da multiplicidade com que se lida com seus fenômenos fazem da interpretação uma atividade ética. Isto por que a as redes fenomênicas são compostas de elementos díspares, apresentando “multiplicidades, determinações, grandezas, dimensões que não podem crescer sem que mude de natureza (DELEUZE, 2000, p. 17-18)”.

Para o autor os fenômenos jurídicos se deslocam no campo social gerando problemas multifacetados que exigem pensamento neural e inteligência múltipla para facear desafios. São portanto, “fibras nervosas [diferenciadas] e conectadas umas às outras (DELEUZE, 2000, p. 16)” formando uma trama. Destaca ainda que a ética deve acompanhar essa trama complexa, uma vez que em tempo de incertezas, ela é o rizoma que alimenta a sociedade.

A multiplicidade de fenômenos é na verdade produto de ações cognitivas e requer inteleções complexas para lidar com desafiantes conceitos abstratos, e que às vezes tem eclosão em várias partes simultâneas do globo terrestre, formando uma tessitura fluida. Para Deleuze (2000, p. 17) “o jogo se aproxima da pura atividade dos tecelões” as figuras da mitologia ou divindades fiandeiras que tecem as regulações da vida.

Ao analisar a multiplicidade Moigne (1999, p.54) se recusa a acatar o pensamento uno como submissão ao racionalismo e ressalta que “essa passagem [...] do analítico ao geno-funcional e sistêmico [...] é a revolução paradigmática que irá legitimar os enunciados da teoria científica” e que ela influencia as ciências e por conseguinte, a ética que deve ser vislumbrada com dimensões de diálogos múltiplos.

Destaque-se que pelo princípio da multiplicidade o rizoma é raiz fasciculada e inaugura nova forma de pensamento circular cujos elementos são concêntricos, o novo modelo neural da rede de interações da era complexa, dificilmente apresenta pontos dicotômicos como no paradigma racional arborescente. Santos (2001, p. 2) sobre esse aspecto ressalta que “estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões [...] interligadas de modo complexo, por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas parecem pouco adequadas a este fenômeno”.

Morin (2000 p, 4) destaca a idéia de multiplicidade circular para demonstrar as metáforas sociais, e ressalta que “[...] uma das idéias mais importantes que parece ter surgido nos últimos 50 anos foi a da circularidade”. Por ela o pensar ético significa nutrir fontes de religação reflexiva do espírito com os cidadãos e a comunidade, pois a ética é complexa à medida que é múltipla, suas relações internas são como os fios do rizoma.

Pelas leis do rizoma a ética reflete principalmente a visão múltipla e totalizante que a ciência deve ter para entender os fenômenos, há portanto necessidade de entendimento do conjunto e

suas interconexões com as partes. Assim, a teoria de Deleuze (2000, p. 23) se opõe à visão atomista de entendimento parcelado defendida com veemência pelo paradigma racional.

Ao tratar do paradigma racional Deleuzes (2000, p. 16) critica o agenciamento maquínico, direcionado a estratos que fazem dele um corpo sem órgão. Essa lógica monolítica expressa a idéia da unicidade denominada pelo autor de arborescente, e que tem como imagem um só elemento metaforizado por uma árvore que se dicotomiza, sem interações. Morin (2000, p.3) nessa linha de entendimento assevera que,

não podemos, portanto, compreender o ser humano apenas através dos elementos que o constituem. Se observarmos uma sociedade, verificaremos que nela há interações entre os indivíduos. Mas essas interações formam um conjunto e a sociedade, como tal, é possuidora de uma língua e de uma cultura que transmite aos indivíduos; essas emergências sociais permitem o desenvolvimento destes.

Ao se contrapor ao modelo único e sua dicotomia, o rizoma critica as especializações na ciência, destacando que elas negam o fenômeno múltiplo, pois abstraem do homem a capacidade de estabelecer conexões com o conjunto tornando seu entendimento focado na parte. O rizoma “não se deixa sobrecodificar [...] pois suas multiplicidades são planas, elas preenchem ocupam todas as dimensões, de forma que é possível falar de um plano de consistência das multiplicidades (DELEUZE, 2000, p. 17)”.

Pelo rizoma as multiplicidades se definem por fenômenos exteriores que o avivam, e que o tornam mutáveis quando se conectam a outros fenômenos, assim a multiplicidade de interpretações é infinita, e se amolda conforme o próprio fenômeno, a partir da noção de sistema aberto. Essa idéia significa um encadeamento “quebradiço, com velocidades variadas, precipitações e transformações” (DELEUZE, 2000, p. 18) relacionado às multiplicidades externas, que influenciam o fenômeno.

Na visão de Morin (2000, p. 12) “a especialização [...] rejeita os laços e a intercomunicação do objeto com o meio [...] e assim opera uma cisão.” A especialização tanto quanto a interpretação pelas vias únicas da legalidade é contrária à multiplicidade do rizoma. Isto por que no modelo burocrático da especialização ocorrem fraturas no interior do fenômeno, e este passa a ser vislumbrado pelas vias únicas à medida que não se opera dialogicidade entre seus campos.

Pelo rizoma a complexidade pode ser representada por ciclos múltiplos, todavia aqui se refuta a idéia de completude e equilíbrio mecânico assinalada pelo paradigma racional. Na complexidade há idéia de que ciclos são sistemas incompletos que se repetem, uma vez que não tem limite de amplitude, tampouco concretude. Moigne (1999, p. 49) destaca que “a complexidade surpreende pela irrealidade, ou mais que isso, pela invisibilidade de seu conteúdo: é uma noção não-positiva por excelência.”

Desta forma o rizoma sendo múltiplo apresenta níveis de variabilidade maior e forças contrárias que modificam o interior de seus elementos em ritmos velozes de transformação. Logo, a natureza essencialmente dinâmica da sociedade complexa apresenta-se próxima ao conceito de rizoma, pois requer respostas multidimensionais envolvendo teorias multidisciplinares que se interpenetram e mutuamente se auxiliam, pela dialogicidade plural.

O construto do rizoma é plural, pois a essência da palavra é polissêmica já que se perfaz estabelecendo diálogos com abertura prévia ao entendimento humanístico, e através dela emergem reflexões sobre temas concernentes à tutela do gênero humano. Na verdade a palavra rizoma se cristaliza em afirmação de valores supremos e neste transformar estabelece pluralidades interpretativas capazes de convivência harmoniosa significando construto de realidades não arbitrárias entre diferentes temas.

Assim a transformação torna os horizontes de inteligibilidade possíveis de entendimento, à maneira que concebe uma realidade aberta, capaz de trabalhar com as incertezas complexas das conexões sociais, tendo como pressuposto o construto ético perdido nas mazelas da modernidade. Quando se relaciona rizoma a ética, esta “não vive com dilemas por ter como objeto conceitos fluidos e palavras de difícil determinação semântica” (BITTAR, 2004, p. 12) pois esse elemento é próprio da ética, e se aprofunda na complexidade.

Ademais na era da complexidade, ao trabalhar o conceito de rizoma há que se destacar o caráter contingencial dos fenômenos, significando que *o locus* onde eles ocorrem fornece seus matizes. Daí o conceito de diversidade nas ciências, significando convivência com pólos antagônicos de roupagens diferenciadas, para delas extrair elementos plurais, dentre eles os direitos fundamentais plurais.

Na ciência moderna não há que se falar em univocidade, tal como fora preconizada pelas ciências mais clássicas, dentre elas as funcionalistas, a exemplo do modelo burocrático

weberiano. Morin (2000, p. 5) ao defender o caleidoscópio do múltiplo, ressalta com propriedade que,

Compreender a unidade e a diversidade é muito importante hoje, visto estarmos num processo de mundialização que leva a reconhecer a unidade dos problemas para todos os seres humanos onde quer que estejam; ao mesmo tempo, é preciso preservar a riqueza da humanidade, ou seja, a diversidade cultural.

Assim, pensar o rizoma significa “repensar a consciência moderna e reformar-se” (CARVALHO, 2006, p.111), pois tomada pela sensação de espanto, a própria ciência atônita, desorienta-se. Isto por que a desterritorialização do saber com o rompimento de critérios eurocêtricos gera policentrismos de saberes combinados que se mesclam na dialética da própria complexidade e riqueza da ciência.

Isso significa geração de desordem para reorganização de saberes, tendo como elemento propulsor os princípios do rizoma descritos por Deleuzes (2000, p. 18) como “vetores interconexos que orientam”, apontam tendências e sinalizam diretrizes, sem jamais ter a pretensa capacidade de guiar o pensamento humano.

Neste aspecto Morin (2000 p. 15) destaca que pensar complexo significa orientar-se pelo “princípio sistêmico ou organizacional” com visão do elemento integral implícito nos fenômenos. Assim, o todo é maior que a soma das partes, formando na verdade sinergia entre seus elementos, tanto que a constelação de forças que move o fenômeno é o efeito multiplicador dessas somas.

Já “o princípio hologramático” (MORIN, 2000, p. 16) do sistema representa a própria noção de conjunto enquanto pensado em noções envoltas no conceito de totalidade do fenômeno e suas imbricações com o meio social, através das múltiplas ressignificações que ele representa. Ressalta Morin (2000, p.15) que a metáfora do holograma “coloca em evidência o aparente paradoxo dos sistemas complexos, onde não somente a parte está no todo, mas o todo se inscreve na parte”.

Assim o sistema opera de forma teleológica, buscando objetivos e estabelecendo o “princípio do anel retroativo” (MORIN, 2000, p.23-27) pelo qual a teoria da complexidade sistêmica busca equilíbrio rompendo com o princípio da causalidade linear através do anel de retroação

ou *feedback* em constante busca para manter o sistema atual com as múltiplas teias tecidas pela dialogicidade da vida.

Assim Morin (2000, p. 15) conclui que dentre outros princípios “a dialógica entre ordem/desordem e organização através de inúmeras inter-retroações” permite assumir racionalmente a associação de noções contraditórias para que seja possível entender a complexidade dos fenômenos analisados. Essa percepção de forças contrárias na ciência é possível devido à expansão do saber, que relacionado à informação democratiza acesso de conhecimento na sociedade complexa.

Assim na era da complexidade a geração de torrentes de saber desvela-se como fenômeno dos mais complexos e múltiplos. Isto porque o acúmulo de saberes não implica necessariamente conhecimento quando preenche desordenadamente espaços mentais humanos sem que haja reflexão sobre eles. Informações como parcelas acumuladas de saber depositadas na mente são tão manipuladoras quanto não saber.

E não saber é contrário à pluralidade de informações advindas do nosso tempo democrático. Carvalho (2006, p. 111) ao discorrer sobre a multiplicidade de informação na era planetária ensina que, “[...] nesse processo as contribuições advindas das teorias dos sistemas, da cibernética e da teoria da informação serão sempre salutares, embora devam ser incorporadas de maneira cautelosa”.

Daí a multiplicidade da sociedade de informação, que ao mesmo tempo que disponibiliza saberes, também pode ser esvaziadora da faculdade de pensar. A teoria rizomática enquanto relacional faz rupturas múltiplas, provocando reflexões críticas.

3.2.3 – Ruptura assignificante

Diferente do paradigma arborescente, no rizoma não se pode falar da existência de escalonamento vertical, tampouco estabelecer entre seus elementos uma ordem hierárquica rígida, pois o rizoma “é contra os cortes demasiadamente estruturantes que separam as estruturas” (DELEUZE, 2000, p. 18) e as transformam em conjuntos compartimentados.

Isto porque enquanto conjunto horizontal o rizoma não tem limites rígidos de amplitude, pois apresenta maior grau de variabilidade, sendo comparado aos exemplares circulares cuja

trajetória hologramática conduz ao pensamento de totalidade holística. Essa forma dialética cuja dinâmica assemelha-se a um composto de radículas, é similar também às galerias se unem a outras raízes em deslocamentos constantes.

Por esses deslocamentos se apresentarem como desterritorialização o rizoma sofre incessantes transformações que podem ser comparadas às rupturas históricas revolucionárias que modificam fenômenos e lhes fornecem novas configurações. Essas novas configurações, por seu turno, se recompõem no movimento de interlocução entre opostos. Para aclarar essa idéia Deleuze (2000, p. 16) explica que “um rizoma pode ser quebrado em qualquer lugar, pois retoma segundo uma ou outra linha” fazendo uma recomposição renovada.

É possível ressaltar que essas alterações ou rupturas não representam corte relacional, implicando dizer que tem relevância no rizoma, uma vez que a metamorfose faz parte da dinâmica vivacidade que o nutre. Desta forma a cada evento interruptivo que avulta no rizoma elevam-se outros movimentos que se interconectam em simbióticas flutuações recriadoras.

Assim a idéia de assignificância para Deleuzes (2000, p. 16) significa ruptura qualitativa, aquela que rompe para gerar novo sentido, aquela que dá um grau de importância no sentido de mutação. O autor explica que o rizoma “[...] foge sem parar. Há ruptura no rizoma cada vez que linhas segmentares explodem numa linha de fuga [...] para se remeter às outras”.

Assim no fluxo do devir se observa uma expansão em círculo com permanentes interrupções que se projetam a outros elementos para com eles formar novas estruturas. Registre-se que diferente do paradigma racional arborescente, essa ruptura não representa fratura. Isto porque embora haja temporária interrupção entre os elementos do rizoma, eles tem expansão paralela que em potência circular se recompõem formando novas tessituras.

Sobre essas novas tramas Deleuze (2000, p. 15) explica que “[...] o rizoma nele mesmo tem formas muito diversas, desde sua extensão superficial ramificada em todos os sentidos até suas concreções em bulbos e tubérculos” que se rompem o tempo todo e se criam na dinâmica vivacidade do movimento.

Logo o significado de ruptura pode ser definido no rizoma como mudança transformadora pois ela representa diversidade de singularidades ou quebra de processos rígidos de significações. Deleuze (2000, p. 18) explica que o rizoma “faz uma ruptura, traça uma linha de fuga, mas corre-se sempre o risco de encontrar nela, organizações que reestratificam o

conjunto”. Os processos formados são recriações dinâmicas e fluidas que podem por sua vez se recompor a outros elementos que também podem se segmentar e se unir a outros pontos.

O rizoma representa um corte contrário ao elemento de configuração tipológica dicotomizado, pois a díade tem rupturas paralizantes capazes de causar atrofias. Já a idéia rizomática tem dinamicidade, as linhas de fuga que se rompem se recompõem no movimento de transformação pelo movimento dialético de enlace a outros significados mais enriquecedores.

Deleuze (2000, p.19) acerca desse fenômeno explica que “trata-se de algo completamente diferente: não mais imitação, mas captura de código [...] aumento de valência, verdadeiro devir”. Essa ruptura é elemento característico do rizoma uma vez que ele é múltiplo, e recusa a idéia do pensamento submisso à singularidade.

Na ciência jurídica pensar de forma rizomática implica abolir a representação estanque estabelecida pela via tripartite entre mundo, sujeito e interpretação. O rizoma enquanto pluralidade pode ser rompimento, mas se recompõe se reorganizando para novas formações avultarem na dinâmica heterogênea da interpretação.

3.2.4 – Cartografia e decalcomania

Os conceitos que trabalham sobre a idéia de rizoma, também destacam o princípio da cartografia, e explicam que sendo uma estrutura mutável sofre alterações recorrentes, sendo que sua imagem capturada representa somente um recorte de determinado momento sócio-histórico.

A reprodução da imagem do rizoma significa a apreensão de uma figura precária, que capturada em suas formas paralizadas, não rerepresentam o rizoma infinitamente por que ele enquanto estrutura em deslocamento permanente se transforma, pois “o mapa é aberto, conectável em todas as dimensões, desmontável, reversível, suscetível de receber modificações permanentes” (DELEUZE, 2000, p.22).

Assim mapear significa um processo criativo que implica reconhecer que a cartografia representa esboço temporal e portanto incompleto, sujeito à releitura e transformações, pois o mapa tem múltiplas entradas ele pode ser revertido, adaptar-se a montagens de quaisquer

naturezas, pois ele decompõe em outras dimensões, que não se relacionam à idéia acinética do decalque.

Deleuze (2000, p.17) ao separar os conceitos de mapa e decalque, ressalta que o decalque é inalteração, já o mapa ou princípio da cartografia representa metamorfose e fuga. O autor ainda aclara que “a linha de fuga marca ao mesmo tempo a realidade de um número de dimensões finitas que a multiplicidade preenche efetivamente”. Ser rizomorfo significa produzir hastes ou filamentos que parecem raízes, e que com elas se conectam penetrando no tronco, fazendo-as servir a novos rumos

No rizoma a cartografia tem rotações que se expandem e se descobrem desterritorializando elementos, pois o mapa se reconfigura. Neste devir se reconhece o fluxo permanente do rizoma enquanto cartografia ou mapa em permanente conversão, “não podendo ser justificado por nenhum modelo estrutural ou gerativo” (DELEUZE, 2000, p. 21). Desta forma há que se compreender também seus elementos de flutuação, bem como seu plano de imanência.

Pela imanência, o conceito de rizoma é fugaz, assim como sua forma, logo há ressignificações permanentes que embora não capturadas na cartografia, não podem ser desconsideradas na análise. Deleuze (2000, p. 21) explica que “o rizoma se apresenta em dimensão transformacional ou subjetiva” que apresenta modificações, daí não poder sua cartografia ser aprisionada, pois ela é transitória.

O rizoma portanto apresenta um processo contínuo que foge às certezas dogmáticas, de maneira que a forma assim como sua representação não são dadas por paradigmas lineares, uma vez que nele não se reconhece sequência lógica. Nesse aspecto Deleuze (2000, p. 21) refuta o modelo representativo da “árvore de raiz pivotante ou fasciculada” - a que ele denomina de processo de engendramento da lógica binária, e que se assemelha a um decalque.

A reprodução do rizoma pelo princípio da cartografia é contrário ao princípio da decalcomania. Assim os dois princípios na visão de Deleuze são excludentes. Pelo decalque há uma lógica da reprodução, pois a figura se cristaliza em códigos engendrados na intransposição. A decalcomania considera “decalcar algo que se dá como feito a partir de uma estrutura que se sobrecodifica ou de um eixo que o suporta, de modo que a árvore articula e hierarquiza os decalques” (DELEUZE, 2000, p. 21).

Pelo princípio do decalque é gerado um plágio estanque representativo de dada temporalidade que se pretende absoluta, e achata a imagem sobre um eixo ou estrutura sobrecodificante e que produz monótonas estampas. Há portanto uma relação mecânica “o decalque organizou, estabilizou, neutralizou as multiplicidades segundo o eixo de significância. Por isso o decalque é tão perigoso, pois injeta redundâncias e as propaga” (DELEUZE, 2000, p.23).

Assim o decalque imutável desconsidera as transformações, tomando a figura como absoluta e o que ele reproduz do rizoma “são somente os impasses, os bloqueios, os germes de pivô e os pontos de estruturação (DELEUZE, 2000, p.23). Quando um rizoma é decalcado, se arboriza, pois se torna tão imóvel quanto o decalque que será sua reprodução figurativa.

Para a decalcomania o paradigma arborescente é o ideal, pois o decalque aprisiona e cristaliza o mapa, fazendo dele imutável monólito que se ergue inerte e se mantém infinitamente sem transformações. A decalcomania paralisa pois remete à idéia do vértice obtuso que se estagna, e assim passivamente se põe no universo, paralisando aquilo que com ele tenta se articular. Para Deleuze (2000, p. 37) “a árvore é filiação, o decalque reprodução [...] mas o rizoma é aliança ética”.

3.3 – A ÉTICA RIZOMÁTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PARA APLICAR O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A sociedade moderna traz consigo elementos complexos que a ciência jurídica tem dificuldade de compreender. Wolkmer (2001, p. 2) ressalta que “a lógica linear da moderna estrutura do saber jurídico desdobra-se em dois paradigmas hegemônicos: o racionalismo metafísico-natural (jusnaturalismo) e o racionalismo lógico-instrumental (o positivismo jurídico). Para o autor os dois paradigmas estão em crise.

O racionalismo que sustentou a ciência durante os paradigmas Liberal e Estado Democrático de Direito tem dificuldade de solver os problemas de nosso tempo. Sob esse aspecto Wolkmer (2001, p.1) lembra que “as verdades metafísicas e racionais [...] não conseguem mais responder inteiramente às inquietações da modernidade”.

Para tentar responder a essa demanda a ciência jurídica deve trilhar um caminho interdisciplinar que seja capaz de dialogar com outros campos, na perspectiva de tomar como fator mais elevado o homem e seus direitos fundamentais. Daí emergir um novo paradigma emancipatório, a partir da perspectiva histórico-social e ético-política. Wolkmer (2001, p. 3-6) destaca que a teoria crítica consegue responder a essas demandas, para o autor ela é “o instrumento pedagógico operante que permite a sujeitos inertes e mistificados, uma tomada histórica de consciência”.

Neste aspecto o que dá suporte à teoria crítica é a capacidade de pensar eticidade capaz de despertar na sociedade sua emancipação. Assim a teoria crítica interpela as bases epistemológicas que tratam o Direito e o Estado como figuras abstratas afastadas da realidade, como perspectiva para os sujeitos.

Com fundo antropológico a teoria crítica representa um resgate cognitivo e reflexivo capaz de provocar autoconsciência dos agentes a cerca de sua condição face às injustiças, principalmente àquelas perpetradas na história pelo Estado.

Assim a teoria crítica procura descortinar a ideologia contida na cultura jurídica que subrepticiamente nas ações do Estado reproduz o modelo socioeconômico individualista gerado na Europa pelo Liberalismo, até hoje. Essas considerações demonstram o quanto o Estado se utiliza de falácias para separar Direito e política e estabelecer sua primazia em desfavor do cidadão.

Wolkmer (20001, p.27) ressalta que deve ser proposta uma teoria que “leve em consideração a própria materialidade político-ideológica do direito” sendo capaz de articular teoria e prática nas ações do Estado. Para o autor o direito sempre foi político, portanto é falsa a teoria do Estado neutral, afastado da vida e de seus sujeitos.

O conceito de Estado é uma ficção jurídica para abrigar um conjunto de órgãos e pessoas, com poder decisório, logo o Estado é representado pelo grupo que o administra. As decisões humanas são carregadas de subjetividade, daí a necessidade da ética como elemento protetivo às decisões equivocadas.

No desenvolver da história o Estado sob a capa da supremacia de interesse público teceu ações ideológicas absolutas que nem sempre apresentavam eticidade. Essas ações são recursivas na história, desde a instauração de privilégios nobiliárquicos hereditários com os

regimes absolutistas, passando pelo regime liberal cuja ação do Estado abstensionista cuidava em proteger a propriedade da burguesia, até o Estado neoliberal com a teoria da mão invisível reforçada pelo próprio Estado. A legitimidade e força para propor sua vontade, fez do Estado um tirano que diz as leis e somente às leis a que ele próprio criou, se submete.

Sob o manto da supremacia do interesse público o Estado fez intervenções a favor da acumulação de riquezas de uma classe, assim de forma destorcida declinou ideais éticos em desfavor da sociedade, alegando supremacia de interesse público. Na verdade a supremacia de interesse público desprovida de ética mirou interesse privado de quem manejou o Estado nos diversos momentos históricos.

Na atualidade não cabe mais a relação acrítica que dominou o paradigma racional e implementou sérias clivagens entre cidadão e Estado, primando pelo simplismo da verticalidade de ação. Agora avulta novo paradigma denominado teoria crítica, ressaltando inclusive que o Estado é exercício de cidadania, expelindo desde logo a visão neutral do Estado como se fosse entidade mística não operada por pessoas.

Isto por que a lógica algorítmica determinista que recobriu os paradigmas racionais e a lógica pós-moderna cede espaço aos julgamentos éticos contidas nas decisões. Aqui já não há mais ênfase na rotinização mecânica que conformou às ciências humanas até o momento anterior. Morin (1999, 23) leciona que “nosso universo é inseparável da desordem” e ela ocorre por ser integrativa, fato que o modelo racional anterior deliberadamente negligenciava.

Desta forma a visão do Estado supremo - no vácuo - perde tônus, sendo lentamente substituída pela noção de sistema plural, cuja argumentação deve ser entendida como diálogo ético entre seus atos e de seus cidadãos, tendo a constituição como matriz.

Isto por que o Estado enquanto conjunto de partes integradas entre si e com o meio social existe para garantir direitos fundamentais dos cidadãos, preconizando bem estar social. Com isso avulta o princípio do expansionismo (CHIAVENATO, 2007, p. 411) sustentando que “[...] todo fenômeno é parte de um fenômeno maior”, e que nas interrelações do Estado com seus cidadãos há que ser analisado o todo complexo que o compõe, levando-se em consideração a eticidade.

Cumprir destacar que imerso em um campo social o Estado deve estabelecer relações horizontalizadas entre suas práticas e as de seus cidadãos como uma integração de interesses

cujos campos de atuação público e privado se complementem. O Estado garantidor de direitos fundamentais impulsiona a análise subjetiva completa pois é concebido como conceito de sistema cujas partes integradas entre si e imersas em meio social faz uma idéia ampliativa de sua ação.

Pela ética de Morin (1999, p.45-56) o princípio denominado teleologia implicando persecução de fins, significa “estudo do comportamento [dos fenômenos] com a finalidade de alcançar objetivos (CHIAVENATO, 2007, p.411)” significa dizer que os direitos fundamentais estão mais elevados que o próprio Estado, pois são os fins a que este se propõe. Assim, refuta-se desde logo a relação causal simplista de invocar a supremacia de interesse público como medida restritiva aos direitos dos cidadãos.

Hock (2000 p. 17) ao criticar os teoremas racionais dá novo alento discorrendo sobre a avulsão da era *caórdica* e neste aspecto destaca que “[...] o comando e o controle da era industrial que nos últimos quatrocentos anos cresceram a ponto de dominar a vida [...] política e social,” estão cada vez mais irrelevantes face a explosiva diversidade e complexidade da sociedade. As ações descritas pelo autor aproximam-se da teoria da complexidade, trazendo à tona idéias expressas através da idéia de rizoma (DELEUZE, 2000, p.12-37) enquanto sistema aberto, flexível, que dialoga com diferentes, inaugurando a metáfora do múltiplo que exige novas posturas éticas.

Como forma de pensar a ética diversificada o Estado pelas vias do Direito Administrativo se aproxima da Constituição, repensando o princípio da supremacia do interesse público. Como ponto de flexão entre esses três elementos a ética se reveste como suporte mais profundo. Deleuze (2000, p. 11) ensina o conceito de rizoma destacando a metáfora de uma raiz da qual derivam ramificações ou linhas fibrosas que se entrelaçam em uma relação intrínseca de vários ramos.

Flores (2009, p.183), na mesma linha de argumentação, explica que “o modelo rizomático de pensamento e de prática sócio-cultural opõe-se ao modelo de raiz que predomina na ideologia mundo universal [...] e na cultura ocidental”. O autor destaca que o modelo arborescente ou de raiz considera indispensável uma distância entre o uno e o múltiplo, obscurecendo dessa forma a diversidade fenomênica.

Pensar ética como rizoma significa que ela emerge como força social na ciência jurídica tecendo uma relação entre conceitos cindidos e preenchendo os espaços livres derivativos da lógica fragmentária do paradigma racional, que Deleuze (2000, p. 11) denominava arborescência ou sistema vertical árvore-raiz. O rizoma se opõe a ele à medida que se horizontaliza potencializando desenvolvimentos éticos na vida social.

Com a inserção dos direitos e da ética nesse plano, Flores (2009, p.185) lembra que “tentamos construir uma deontologia dos direitos que não se baseie na concepção autoritária”. Ou seja, estabelecer vínculos, conexões, redes rizomáticas que nos facilitem o encontro com os demais. Esse plano rizomático/deontológico rejeita a idéia de uno, e por conseguinte clama à ética rizomática e os princípio da multiplicidade.

Diz-se que a ética rizomática é múltipla pois elabora ductibilidade no interior da ação operando-se dialógica. Assim há no Direito um rompimento com a insularidade, seu vácuo é preenchido pelo rizoma com a riqueza da diferenciação, para que o tônus criativo se vivifique. É de se destacar também que a multiplicidade que compõe a sociedade se contrapõe à atrofia na forma de pensar o fenômeno jurídico, uma vez que o múltiplo impulsiona diversidade que inclui conexões entre outras áreas, e entre o meio social.

A multiplicidade é contrária ao isolamento, então o Estado ao aplicar o princípio da supremacia de interesse público “legitima a construção da ação de organicidade, lógica e coerência” (WOLKMER, 2001, p. 31) quando reconhece os múltiplos enfoques metodológicos que permeiam o fenômeno. O Estado ético sai da redoma e dialoga com a sociedade através do Direito crítico.

Flores (2009, p. 168-170) destaca que a teoria crítica “reconhece a multiplicidade de informações e a dinâmica histórica que conforma o marco do século XXI”, e ressalta que no “seio dessa nova estruturação - de relações entre o múltiplo e as informações - surgem quebras”, elementos de interrupção ocasionados pela própria informação e que impulsionam o rizoma.

Essas rupturas devem ser vislumbradas pelo Direito Administrativo e seu princípio de supremacia de interesse público enquanto provocações de emancipação da própria sociedade. A ética rizomática é fluida, móvel, e se predispõe a acompanhar a sociedade lateralizada ao cidadão, como forma de se contrapor à assimetria do Estado e seus mandos verticais.

Da mesma forma, o princípio da supremacia de interesse público passa a ser interpretado de acordo com a “relação sujeito/história, sendo capaz de questionar o que está disciplinadamente ordenado e consagrado nos dogmas” (WOLKMER,2001, p. 18). Desta forma a ética rizomática interpela o Direito Administrativo para pensar as interpretações a partir do lócus onde se opera o fenômeno, rejeitando as importações verticais de modelos alienígenas pela colagem cartográfica.

A ética rizomática é crítica das estruturas repressoras. No Direito Administrativo tem a ambição de questionar o princípio da supremacia de interesse público pela raiz, retomando a genealogia que informou a ação do Estado desde o Liberalismo, e reaproximá-lo às idéias atuais que já não mais aceitam a tirania do Estado neutro, cego ao cidadão.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado enquanto ficção jurídica é um ente descorporificado que atua imediatamente pela longa mão dos gestores públicos, e mediadamente pelo aparato jurídico que lhes dá poder de decisão. Esse poder decisório que deveria fitar o interesse público, na verdade se transforma na vontade dos operadores de direito que sob determinada época, ocuparam aqueles cargos públicos. O Estado corporificando e personalizando o interesse público agiu como tirano e fez jus a um conjunto de privilégios a si próprio.

Neste resgate histórico foi possível perceber que o Estado moderno nasceu absolutista nas entranhas da relação capital e trabalho, e se concentrou no poder econômico burguês. Neste cenário emergiu o afastamento da conduta ética nos três momentos – Estado Liberal, Estado Social e Estado democrático de Direito, o Estado utilitarista nos três momentos tornou o princípio da supremacia do interesse público serviente para cumprir as mais variadas ações que beneficiaram o próprio Estado. O princípio da supremacia acobertou a atuação inadequada do Estado, imunizando-o nas decisões menos nobres.

Foi possível perceber também que sob as vestes da supremacia de interesse público o Estado subverteu aquilo a que se propôs, e quase sempre agiu em nome de interesse privado, sendo inclusive isento pelo princípio da legalidade, corolário da supremacia de interesse público. A díade supremacia e legalidade agindo de forma ajustada perpetraram inclusão de alguns interesses e exclusões de outros. Neste cenário unilateral a exclusão social foi um fenômeno presente nos três momentos, e ela foi provocada pelo próprio Estado.

Registre-se que desde a formação do Estado liberal a ocupação de cargos públicos e a atuação do direito administrativo estiveram unidos para concretizar a vontade dos operadores representantes de uma classe bem destacada, e que quase sempre legislou e executou ações estatais com o foco voltado a si próprio – interesse privado. Essas decisões cindidas se mantêm até hoje no Estado democrático de Direito, quase sempre com a mesma roupagem.

Assim a dicotomia público-privado foi uma clivagem intencional para afastar os cidadãos que do Estado não participam e canalizar as decisões para o próprio Estado, manejando o princípio em desfavor da comunidade e privilegiando o Estado – repise-se que o Estado enquanto ente abstrato é corporificado por quem lhe impulsiona, significando dizer, seus administradores públicos.

A dicotomia público-privado foi geratriz da assimetria do Estado entre o particular, uma vez que ao separar os dois pólos foi engendrado um fosso entre esses dois elementos, que na verdade deveriam estar interligados. Foi possível perceber que a teoria da constituição durante os séculos XIX e XX, sofreu modificações, mas o direito administrativo e seu princípio da supremacia de interesse público se mantém imunizados da vida e seus imperativos e reclamos. Daí a urgência de reflexões sobre o princípio da supremacia de interesse público no Estado Democrático de Direito.

No Estado democrático de direito – paradigma que avultou na segunda metade do século XX na Europa, o Estado de direito legal se transforma no Estado constitucional, sendo que o fenômeno da constitucionalização significando concessão de poder ampliado às cartas, com interpretação ponderada se perfaz com a tessitura dos princípios como forma de repensar as ações do Estado e por conseguinte, do Direito Administrativo.

Desta forma no Estado democrático de direito há tentativa de superação entre a díade “lei- interpretação” pelo enfraquecimento do positivismo, e a interpretação por via única do princípio da legalidade que enlaça à interpretação somente à lei. Nesta superação outros elementos apontam dentre eles a Constituição que ganha tónus de elemento catalisador na sociedade.

A Constituição no Estado democrático é ordem integradora pois faz ligação dialética com outras normas, englobando de forma dinâmica aspectos sociais e com eles fazendo uma tessitura fluida. Isto por que aliada aos princípios constitucionais se transforma em elemento supremo, que implica transformar o direito administrativo e seu próprio princípio da supremacia de interesse público pelas vias da interpretação razoável. Assim não se pode falar em interpretação afastada da vida, pois o caráter político está arraigado na Constituição.

Ressalte-se que a Constituição que demonstra aderência à sociedade é aquela que consegue interpretar as ideologias, as crenças e as forças sociais arraigadas na sociedade e que refletem seu poder na própria Constituição quando dinamiza essa força. Assim no paradigma do Estado Democrático de Direito o pensamento constitucional deve estar orientado para reflexões sobre conteúdos políticos, pois o Direito Constitucional é a síntese da política, logo sua interpretação não pode se fixar somente na matriz jurídica. Esse pensamento agitou a ciência do Direito exigindo novas posturas, e retirou o direito administrativo da inércia, exigindo nova conduta na aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

Todavia essas ações devem ser exercitadas com cautela, significando que não se pode afastar a ética dessa relação sob pena de recair em armadilhas. Isto por que, desde a perspectiva de formação do Estado democrático de Direito, o questionamento do juspositivismo se acelera, e em seu vácuo são dadas respostas que na verdade são modelos temperados com outros sabores doutrinários merecedores de reflexões. Novas partículas ou prefixos são aglutinados às palavras na tentativa de suavização de seu conteúdo para melhor convencer.

Essas escaramuças são por vezes artifícios adicionados à velha palavra, mas que preservam o radical assim como o conteúdo de suas idéias, que permanecem as mesmas do nascedouro. Nesse aspecto a palavra constitucionalismo se transforma em neoconstitucionalismo, ganhando nova formatação e conduzindo o princípio da supremacia do interesse público às novas ações.

O novo pode ter certo sabor atrativo, mas algumas vezes sua configuração é a decantada estrutura antiga que ressurgue. Assim, velhas roupagens com adereços novos chamados de *neoteoria* e trazida de outros países, por si só já suscitam cismas.

Isto por que o princípio da supremacia de interesse público no neoconstitucionalismo significa a apropriação de um modelo eurocêntrico cuja matriz resvala entre a teoria européia alexyana e as idéias americanas de Ronald Dworkin, dentre outros. Essa metateoria tem sido aplicada no Brasil indistintamente e encantado uma geração de constitucionalistas pelo discurso do novo, que surge esperançoso.

Mas o novo às vezes implica em clássicos refeitos, principalmente quando gestado em matrizes já conhecidas do velho mundo europeu, redesenhado pelo americano e implantado nas colônias. Significa novamente a idéia transplantada de um lócus geográfico que sempre dominou a história do ocidente, e que volta com maior energia neste início de século. Não se pode esquecer do fenômeno da vassalagem na ciência, exercitada pela subserviência doutrinária nos países colonizados, como é o caso do Brasil.

Quanto à vassalagem o liberalismo tornou serva a ciência jurídica e suas soluções constitucionais, transformando-as em modelos atemporais e distribuídos em vários países equalizando conflitos que não eram os mesmos. O estado social se implantou na Europa e se expandiu pelo mundo.

Hoje na plenitude do Estado Democrático de Direito os modelos de administração pública importados da Europa e Estados Unidos, foram implantados no Brasil pela política neoliberal. Eles criaram sob as vestes de delegificação ou deslegalização as agência policêntricas ou regulamentadoras. Isto significa neofeudalização, ou seja utilização de doutrina alienígena em países de sociedade diametralmente opostas àquelas onde o fenômeno foi gerado.

Quando se faz transplante cultural de um modelo de sociedade para se aplicar literalmente em outra, sua aplicação pode se transformar em desastrosas ações, principalmente por que, historicamente os Estados negligenciaram as diferenças sociais, ou a usaram de forma utilitária para justificar seus próprios interesses.

O transplante literal de modelos de uma sociedade para outra, sem observar suas diferenças é sem dúvida uma propriedade do paradigma arborescente ou decalcomania, significando colagem de um modelo sobre uma tela em branco, negligenciando as propriedades da tela. Além disso o transplante de modelo obscurece a noção de que a constituição é reflexo de elementos sócio-histórico de cada país, e deve ser compreendida como fruto político-social.

Valendo dizer que este modelo verticalizado e afastado é colado à sociedade, uma vez decalcado canaliza todos os problemas para a própria Constituição sobrecarregando-a. Essa colagem pode fazer com que a sociedade ignore a si própria e à sua Constituição.

Os riscos e perigos potenciais da canalização de todos os temas à Constituição implica a formação do Estado Constitucional que pretende buscar na carta a solução para todas as situações fáticas. Esse fator é um revés ao positivismo acentuadamente, uma vez que descrever na Constituição prevalente, todas as situações implica engessamento tanto quanto a moldura kelseniana pretendeu fazer. Ademais se criaria a sociedade de direito constitucional tingida da mesma coloração.

Como não é possível a previsão legal descritiva de todos os fatos, dada a mobilidade da vida social o neoconstitucionalismo erige a interpretação como panacéia adubando junto a ele as situações alexyanas e dworkianas da colisão e ponderação.

Esse fermento constitucional que torna irrelevante o poder legislativo faz do judiciário os senhores do direito, intensificando a ação e poder do judiciário. Ocorre que historicamente o direito está contagiado pelo afastamento neutral do positivismo que fora a horta onde floresceram a assimetria entre Estado e particular, e a dicotomia público-privado.

Decerto que a capacidade argumentativa dialógica não é o forte do poder judiciário nutrido que foi na dogmática neutral. Novamente se faz necessário repensar a ciência do Direito, agora com a perspectiva de transformação da própria dinâmica do direito e seus pilares, sob pena do paradigma do Estado democrático de direito se transformar em alçapão.

Isto por que o Estado democrático de direito ao resgatar a cidadania e focar no interesse privado se depara com situações conflitantes sobre as quais a Constituição aberta deixa margens subjetivas que devam ser preenchidas pela discricionariedade da interpretação que se vale dos princípios constitucionais como recurso a todas as dúvidas.

Ocorre que os princípios constitucionais são termos genéricos que fazem referência igual ou indistintamente a elementos diferenciados, implicando dizer que são termos iguais para fenômenos desiguais. Daí ser necessário preencher esse vácuo com algum elemento na perspectiva de acolmar dubiedades e afastar personalismos, utilizando a juridicidade como elemento balizador de conexão com a Constituição. Esse elemento é a ética.

O Estado neutral demonstrou apatia ética. O princípio da supremacia do interesse público utilizado pelo Estado demonstrou desequilíbrio em favor do Estado, significando dizer que a pauta ética que deveria ser observada antes de qualquer ação, foi recorrentemente negligenciada ao longo da história, e precisa ser resgatada com urgência.

No paradigma democrático de direito, não há somente que seguir o modelo neoconstitucional de forma a cumprir a pauta da ciência como também fazer a reaproximação do princípio da supremacia do interesse público com a ética. Negligenciar ética implica subverter os princípios e a nova interpretação constitucional em novo fermento para gestões patrimonialistas nos moldes do que a história tem demonstrado, principalmente em países como o Brasil, cujos gestores demonstram o costume recorrente de tratar a coisa pública como se fosse extensão da propriedade privada.

O interesse público visto separadamente do interesse privado significa uma clivagem utilizada pelo Estado para justificar interesses nem sempre éticos, e uma falácia débil uma vez que as fronteiras entre público e privado são maleáveis. Os dois se mesclam em uma conexão e heterogeneidade que não pode afastar a ética da pauta.

Poder e dominação do Estado são capilarizados por instituições manejadas por pessoas, logo a dicotomia entre Estado e particular é um falso antagonismo, já que não se pode fazer cisão

entre causa e consequência como se as duas coisas pertencessem a pólos divergentes. O Estado é formado pela sociedade e entre os dois há que se desenvolver o ligamento ético.

Sem essa noção de ética o princípio da supremacia de interesse público ressurgiu sob a forma do paradigma arborescente incorrendo reincidentemente na prevalência de um poder sobre o outro, passaríamos do paradigma legalista ao paradigma judicialista, desequilibrando a harmonização dos poderes, aspecto tão salutar na sociedade democrática.

Logo, não há que se atacar o princípio da supremacia do interesse público, pois o equívoco não se situa no princípio, mas na forma com a qual ele tem sido impulsionado, o uso equivocado com o qual os administradores públicos o manejaram ao longo da história. Negar a supremacia de interesse público e sua importância é recair em velhas ciladas repisadas na história. Não há que se cair na falácia de atacar o objeto pelo mau uso que terceiros fizeram dele.

Desta forma não se pode negar que se o positivismo e a exatidão tão típicas dos paradigmas arborescente necessitam ser revisitados, esse novo olhar também precisa ser acompanhado do elemento ético como forma de reconstrução do próprio paradigma constitucional. A conexão ética e direito é imperiosa pois a ética é fermento que atua junto aos princípios, em destaque o elemento virtuoso da prudência que volta com ênfase junto ao princípio da razoabilidade na interpretação da Constituição.

A pluralidade de interpretação da Constituição reclama a lateralidade da ética na ação do gestor público pois a ética plural garante a diversidade, impedindo formação de extremos e exclusão da razoabilidade nos julgamentos. Esta é a tese da ética plural que destaca o papel dialético da eticidade, evitando atividades arbitrárias e verticais, tanto em interpretações, quanto em execuções da supremacia de interesse público.

Como a interpretação da Constituição é fenômeno jurídico, implicando ação humana, é importante destacar que é impensável a dissociação da ação humana à ética. Onde está a ética está o pluralismo, afastando desta forma o desvario de ações tirânicas e opressoras. O homem é um ser ético por natureza, assim como o Estado, a administração pública, e o princípio da supremacia do interesse público.

Quando esses institutos são impulsionados pela ação humana deveriam estar ligados à ética, por que em todos os tempos as construções morais tentaram operar de acordo com a axiologia

de uma cultura e de um tempo que lhes são peculiares. Mas na história do Estado, o que se viu foi o desvirtuamento das ações éticas, e o impulso humano voltado aos interesses privados.

No Estado democrático de Direito a associação entre Direito e ética para a consecução dos novos desafios que se apresentam é imperiosa. O fenômeno ético deve estar em aliança com o Estado e sobretudo com a interpretação da supremacia do interesse público, nas ações dos gestores.

Isto por que na sociedade democrática existem diversidades e divergência. Logo a tirania da ética pública sobre a ética privada não corresponde mais a um esquema prevalescente como se viu na trajetória do Estado. Aceitar que a ética pública é caráter proeminente é regredir ao paradigma da árvore que considerava a validade do uno sobre o múltiplo, a dicotomia público-privado, e a negação da pluralidade do Estado democrático de Direito. Essas premissas aplicadas descoladas da eticidade estão superadas.

Daí ser necessário mergulhar no construto ético rizomático para bem decidir e emanar ações justas focalizando com preponderância os direitos fundamentais da pessoas e não do Estado. Os princípios do rizoma são apropriados para o construto ético do Estado Democrático de Direito, pois são idéias que dialogam entre si e com o sistema constitucional, formando a ética rizomática. São os princípios da conexão, multiplicidade, ruptura e cartografia/decalcomania.

Assim ao considerar o princípio da supremacia da Constituição no Estado democrático de Direito se reconhece a valoração da Carta, todavia essa interpretação deve estar articulada com a sociedade pelo princípio da conexão rizomática. Esses dois princípios se entrelaçam interpelando a interpretação, destacando o fenômeno da eticidade que eleva a pessoa humana, e não o Estado como fator mais importante.

O fluxo que segue o princípio da supremacia de interesse público se conecta à Constituição de forma dialética, assim amplia-se a conexão e heterogeneidade rizomática de forma a repelir a interpretação hermética do paradigma arborescente fixado na homogeneização do direito e afastado de suas fontes matérias de poder.

A heterogeneidade rizomática se une ao princípio da multiplicidade, destacando que embora a Constituição seja vislumbrada como unidade ela se rearticula. Essa visão abstrai a idéia de conjunto monolítico que estratifica a ordem jurídica em escalonamentos verticalizados. Pelo princípio da multiplicidade a supremacia de interesse público se liga à Constituição por uma

série de outros princípios como forma de compreensão das demandas sociais em seu complexo conjunto.

Ao se opor ao uno arborescente a Constituição opera fornecendo novas leituras do mundo e do fenômeno jurídico trazendo eticidade à interpretação, pois a sociedade não pode estar alheia ao fenômeno sócio-político plasmado na Constituição, e principalmente aos direitos fundamentais. Uma restrição pelo princípio da supremacia de interesse público arborescente debilitaria em excesso os direitos fundamentais.

O ataque aos direitos fundamentais os tornaria reféns de valorações pessoais e refratárias à parametrização da ética. Portanto ela necessita estar presente e dialogar com as manifestações dos operadores do direito e com a comunidade onde opera, e o faz pelo princípio ético da multiplicidade somado à razoabilidade da aplicação da Constituição.

A nova interpretação da Constituição e por conseguinte a aplicação da supremacia de interesse público suscita ações éticas por que a sociedade mutável produz conflitos complexos, daí a possível colisão entre normas e princípios demandar ponderação e razoabilidade do intérprete.

Essa razoabilidade diz respeito ao critério ético de sopesamento e análise subjetiva das multiplicidades que o rizoma demonstra no fluxo infinito do ir e devir. Não se concebe mais, no paradigma do Estado Democrático de Direito a verticalidade do Estado coercitivamente aplicando regras estanques negando a Constituição. Por via contrária, no paradigma do estado democrático de Direito a ética é medida de prudência e moderação aplicada pelas vias da ponderação.

Mas na ponderação, há uma paralise quando se aplica o princípio da supremacia do interesse público puramente desvinculado da ética, pois ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade. Logo na supremacia do interesse público aplicado pelas vias legalistas, não há diálogo, mas verticalidade. Daí ser necessário que o Direito Administrativo faça uma aproximação aderente à Constituição para sanar essa disfunção.

Isto por que a Constituição também deve ser entendida como rizoma ético que dialoga com a sociedade, e ao focalizar esse conjunto intercambiável, a eticidade entende a visão sistemática da constituição com as demandas da vida social. A ponderação entre regras e princípios afasta

o entendimento único do princípio da legalidade, assim como o isolamento e a fragmentação da ciência do direito.

Pela ética rizomática a ciência do Direito se transforma em interdisciplinaridade à medida que inicia novo diálogo com outras ciências para entender a complexidade dos fenômenos nesse novo paradigma rizomático. Essa ductibilidade da ciência transformará a visão insular arborescente do princípio da supremacia de interesse público pela idéia de diversidade e alteridade contidas no rizoma, respeitando assim os direitos fundamentais da pessoa.

Esse destaque à pessoa é o resgate ao princípio ético da ruptura assignificante atado à presunção de constitucionalidade na interpretação. Isto por que no Estado Democrático de Direito se reconhece a Constituição como fenômeno sócio-histórico, assim como se entende que a história é um rizoma móvel que se rearticula de forma dinâmica, se transformando. Essas rupturas se reúnem em outras formas apresentando à sociedade novas definições que não podem ser omitidas na aplicação da supremacia do interesse público.

Interpretar e aplicar o princípio da supremacia de interesse público implica compreender o princípio da ruptura assignificativa entendendo a sociedade se reconfigura de forma permanente. A ética se erige como solução para possibilidade de entrecchoque na ruptura, pois ela é a própria ruptura que se transforma em diálogo pelos princípios ligados às leis.

E na dinâmica da transformação se considera que o princípio da supremacia do interesse público faz uma somatória com a ruptura de maneira que concede ao intérprete a faculdade de análise dessas transformações afastando decisões anacrônicas enrijecidas pela univocidade do princípio da legalidade como critério singularizado. Para a ética mais do que proteger a ação pela pluralidade, deve se exteriorizar para que subsista e também se prolifere pois é elemento salutar tanto à comunidade, quanto à ciência.

Submeter a ciência do Direito e seu princípio da supremacia de interesse público ao diálogo rizomático implica portanto, reconhecer que as teorias aplicadas no interior do Direito não podem ser uma colagem transfigurada de uma sociedade à outra como se a ciência fosse um decalque que se toma de forma verticalizada.

Aqui se considera a ciência como mapa que fornece direções múltiplas, e que pela interpretação subjetiva do sujeito que o vislumbra, devem as estratégias ser submetidas À sociedade para melhor decidir quais delas são mais adequadas àquele momento social. O

princípio da cartografia que vê o direito como mapa respeita as especificidades de cada sociedade e cada momento histórico, e se opõe ao decalque.

O decalque é representante da lógica da imitação e presunção de transplante de uma estrutura a outra, sem observar as particularidades do lócus onde é fincado. Desta forma o decalque neutraliza as peculiaridades pois é colado em um eixo pré-fixado e que a partir dele faz emanações repetitivas como um maquinico estabilizador. É necessário religar o decalque ao mapa, na perspectiva de que essa ligação faça nascer novos rizomas que possam dialogar e impulsionar novos diálogos.

O princípio da supremacia de interesse público com essa perspectiva rizomática se une à ética e faz da Constituição sua principal fonte, tendo os direitos fundamentais como critérios norteadores que recolocaram a pessoa do cidadão como o elemento mais importante na sociedade, preservando seus direitos individuais, o que atenderia por certo, o interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Sarmiento, Daniel (org) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia de interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2008.

AVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Repensando o princípio da supremacia de interesse público sobre o particular**. Salvador: Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 11. setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em WWW.direitodoestado.com.br. Acesso em 20/01/2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** no. 240, 2005.

_____. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Antonio Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores. 2001.

_____. **Vida para consumo: a transformação de pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar. 2008.

_____. **A liberdade**. Lisboa: Editorial Estampa. 1989.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF. In Vieira, José Ribas. **Perspectivas da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política**: uma relação difícil. Revista Lua nova n. 61. 2004. disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61>. Acesso em 02/03/2009.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoria dos Sistemas**. Rio de Janeiro: FGV, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica**: ética geral e profissional. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Leonardo. **Ethos mundial, um consenso mínimo entre os homens**. Petrópolis: Vozes, 2003.

BOURDIEU, Pierre; e PASSERON, Jean Claude. **A Reprodução**: Elementos para uma teoria do sistema de ensino. Rio de Janeiro: F. Alves, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial**: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORON, Atílio A. Os novos leviatãs e a polis democrática. In: Sader, Emir. **Pós-Neoliberalismo II**: que Estado, para que democracia? – Petrópolis: Vozes, 2004.

BOSI, Alfredo. O positivismo no Brasil: uma ideologia de longa duração. In: MOISÉS-PERRONE, Leyla. **Do positivismo à desconstrução**: idéias francesas na América. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra:Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Almedina, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Jairo Dias. Multiplicidade e virtual em Deleuzes. In MAIA, Antonio Cavalcanti (org). **Filosofia pós-metafísica**. Rio de Janeiro: Arquimedes Edições, 2006.

CHATELET, François & DUHAMEL, Olivier. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1990.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2011.

DELEUZE, Gilles. **Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia**. V.1. Rio de Janeiro: 34, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Ecio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2004.

DUARTE, André. **Biopolítica e sociedade de controle: notas para compreender o presente**. In: MAIA, Antonio Cavalcanti. *Filosofia pós-metafísica*. Rio de Janeiro: Arquimedes Edições, 2006.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking right seriously**. Cambridge: Harvard University, 1997.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAGUNDES, Seabra Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GUASTINI, Riccardo. A Constituição do ordenamento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)?**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y derecho privado**. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

HOCK, Dee. **Nascimento da era caórdica**. São Paulo: Cultrix, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

JOUVENEL, Bertrand de. **As origens do Estado moderno**: uma história das idéias políticas no século XIX. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais**: diálogo intercultural e democracia. São Paulo: Paulus, 2009.

_____. **Ética e a descoberta do outro**. Curitiba: Editora CRV, 2010.

_____. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

_____. **O que é uma Constituição política**. São Paulo: Global Editora, 1987.

LECHTE, Jonh. **50 pensadores contemporâneos essenciais**: do estruturalismo à pós-modernidade. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista**: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MARCONDES, Danilo. **Textos básicos de ética**: de Platão a Foucault. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MOIGNE, Jean Louis Le. Inteligência da complexidade. In: PENA-VEJA, Alfredo (org). **O pensar complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

MORIN, Edgar. Por uma reforma do pensamento. In: Pena-Veja, Alfredo (org). **O pensar complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

_____. Da necessidade de um pensamento complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; e SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI**. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs. 2000.

_____. **A cabeça bem feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2003.

_____. **O método 6: ética**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

_____. **Para sair do século XX**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

NOVAES, Adauto. **Ética**. São Paulo: Companhia das letras, 1992.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Petrópolis: Vozes, 2007.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. **Reinventing government**: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública** – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PENA-VEJA, Alfredo (org.). **O Pensar Complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, 1996.

PERELMAN, Chaim e OLBRECHTS – TYTECA Lucie. **Teoria da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo de suas origens e evolução**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1989.

ROTHENBURG, Claudius Walter. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. Disponível em WWW.EUROZINE.COM/ARTICLES/2002-08-22-SANTOS-PT.HTML . Acesso em 10 de julho de 2010.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STRECK, Luiz Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas**. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOUCHARD, Jean. **História das idéias políticas**. Portugal: Mem Martins, 1991.

TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e Ideologia**. São Paulo: Atlas, 1992.

WEBER, Max. **The Protestant ethic and the spirit of capitalism**. London: G. Allen & Unwin, 1930.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Estado, política e direito**. Crisciúma: Unesc, 2008.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2001.

