

BREVES REFLEXÕES SOBRE O “PÚBLICO” E O “PRIVADO”: SÍNTESE EVOLUTIVA

Melissa Marino*

MARINO, M. Breves reflexões sobre o “público” e o “privado”: síntese evolutiva. *Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama.* v. 9, n. 2, p. 381-400, 2006.

RESUMO: É certo que a efetividade do direito processual público caminha a passos distantes em relação a do direito processual privado, por causas variadas que remontam ao passado longínquo, por isso a necessidade de se adotar uma postura prospectiva que possa romper os obstáculos existentes na metodologia e ciência jurídica tradicional que impedem a práxis judicial atuar de forma transformadora, em busca da efetividade do direito processual público, levando-se em conta que o núcleo principal é a dignidade da pessoa humana (o “privado”).

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Processual. Público. Privado. Evolução.

1. Introdução

A tutela jurisdicional prestada no limiar do século XXI requer uma atuação prospectiva por parte de todos os operadores do Direito, em especial quando presente o Poder Público em juízo.

O “poder” atribuído ao Judiciário, para atuação subsidiária, pela concretização de políticas públicas de conteúdo social através da imposição de condutas positivas ao Estado, faz com que o processo adquira função áxiopolítica (PAULA, 2002, p. 360-361), como se verifica nos argumentos em favor da concretização dos direitos sociais prestacionais através da possibilidade de o Poder Judiciário determinar uma obrigação de fazer ao Poder Público e de exercer controle sobre o mérito dos atos administrativos, lócus em que não se opera apenas no campo dos direitos fundamentais sociais (de segunda geração), mas igualmente nos de terceira, posto que a jurisdição realiza, neste ínterim, a solidariedade social.

Assim, o presente trabalho tem por fim fomentar o debate (o que é prospectivo) e não apresentar conclusões (o que seria arbitrário), acerca do tema e, para tanto é necessário obstruir, epistemologicamente, os obstáculos existentes na metodologia e ciência jurídica tradicional que impedem a práxis judicial prospectiva e transformadora, posto que a efetividade do direito processual

*Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Empresarial com ênfase em tributário pela PUC/PR. Advogada em Londrina.

público longe está de caminhar paralela à do direito processual privado, por causas que remontam a épocas mais antigas, sendo esta a razão de se necessitar a adoção de uma postura prospectiva, e não dedutiva, em face de algumas das principais questões enraizadas pelo saber jurídico tradicional (dogmático) e diante das necessidades apresentadas pelo caso concreto, tendo-se, em todo caso, a dignidade da pessoa humana (o “privado”) como núcleo principal do sistema.

2. Retrospectiva

A dicotomia entre “Público” e “Privado” é uma constante no pensamento jurídico-político dos povos desde a Antigüidade, sendo causa da diferenciação entre direito público e direito privado que acompanha a evolução do Direito desde os tempos romanos. Contudo, adquirem abrangências e limitações diferenciadas e variáveis conforme o enfoque histórico, político ou filosófico que se lhes atribui. Não é pretensão análise detalhada da evolução histórica desses espaços jurídico-políticos, mas sim singela abordagem sobre a delimitação evolutiva da possibilidade de se demandar contra as pessoas jurídicas de direito público, incumbidas de zelar pelos interesses públicos e pela gestão da coisa pública.

A coisa pública, ou *res publica*, tem como titular a sociedade e é administrada pelo Estado na qualidade de representante da vontade e soberania popular. Contudo, nem sempre esta divisão foi nítida no percorrer dos tempos. Durante a época das monarquias absolutistas a pessoa do Príncipe foi confundida com a própria figura do Estado, sendo detentor de poder soberano ilimitado e tido como proprietário das coisas públicas, razão pela qual nessa época ocorre verdadeira confusão entre o patrimônio particular do monarca com o patrimônio público.

Na Idade Média, com o desenvolvimento da idéia de Estado como pessoa jurídica, personificação do Estado, o ente estatal substitui o Príncipe em sua qualidade de proprietário das coisas públicas, o que vem a se solidificar a partir da Revolução Francesa com a era das codificações do direito civil, passando o direito positivo a regular as coisas públicas, o domínio e o bem público, como propriedade geral e inquestionável do Estado (CRETELLA JÚNIOR, 1975, p. 25).

Com a Revolução Francesa, porém, o poder estatal apesar de continuar uno e indivisível, ganha limitações através de sua descentralização em três funções distintas e independentes: função legislativa, encarregada da elaboração das leis; função administrativa, encarregada de administrar a *res publica* e executar os programas de governo; e função jurisdicional, encarregada de julgar e pacificar os conflitos submetidos à sua apreciação; e através da possibilidade de controle

recíproco entre estas funções, sistema conhecido como freios e contrapesos (checks and balances).

Com efeito, a idéia de separação dos poderes exposta na célebre obra de Montesquieu - “O Espírito das Leis” - é difundida e desenvolvida em França durante o Estado Moderno, vindo a ser implementada na Constituição Francesa de 1791, através do art. 16 da “Declaração dos Direitos do Homem”: Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição.

A essência da doutrina da tripartição dos poderes ou funções estatais reside no estabelecimento de autonomia e independência entre os poderes do Estado, de forma a proteger a liberdade individual contra o cometimento de atos arbitrários e contrários aos interesses gerais do povo, o que se possibilita através do controle recíproco entre os três poderes. A esse mecanismo de controle recíproco se convencionou denominar sistema de freios e contrapesos - checks and balances, na linguagem norte-americana - sendo seu objetivo precípua garantir a liberdade individual através da limitação do poder do Estado. Isso porque, o Estado Moderno, no qual se consolidou a teoria da separação dos poderes, erigiu a “liberdade” em sua concepção individualista, em especial como liberdade contratual embasada na autonomia da vontade, erigindo esta como direito natural do homem, com o que manifestava a ideologia da classe recém ascendida ao poder - a classe burguesa enriquecida - para formalização de seus negócios mercantis em prol da classe proletária desfavorecida.

Jürgen Habermas (1997, p. 211-212) justifica a necessidade de descentralização do poder no âmbito de um Estado de Direito, pois o direito constitui o poder político e vice-versa; isso cria entre ambos um nexu que abre e perpetua latente de uma instrumentalização do direito para o emprego estratégico do poder.

A função legiferante do Estado adquire importância precípua no primeiro Estado de Direito. O fato se dá em decorrência de todos os demais poderes (ou funções) estarem submetidos à vontade exclusiva da lei como forma de limitar e coibir possíveis condutas arbitrárias pelos detentores do poder, de modo que a doutrina da separação dos poderes constituiu paradigma sacramentado no Estado liberal clássico, sendo desta forma tradicional e sucessivamente albergada, ao menos teoricamente, na ordem jurídico-política dos Estados contemporâneos. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em vigor, a separação dos poderes é assegurada como “cláusula pétrea” para o sistema democrático de direito (art. 60, §4º, inc. III, CF), isto é, não pode ser objeto de emenda constitucional que pretenda sua abolição.

Há também, recentemente, corrente que propaga a existência de uma

quarta função essencial à teoria do poder, ao lado das três funções clássicas: a função de controle. Os defensores desta teoria entendem ser esta função exercida pelos magistrados através da Corte Constitucional, em decorrência da profunda transformação sofrida pela função jurisdicional e completa inversão das atividades judiciais da forma como contemplada por Montesquieu e seguida pelo Estado liberal, apesar de até nossos dias se erguerem vozes contra o ativismo judicial e sua função criadora de Direito (BASTOS, 1999, p. 160-161).

Por outro lado, destaca-se passagem de Jürgen Habermas (1997, p. 212-213), para quem o princípio do controle judicial e parlamentar da administração nada mais é do que corolário do próprio princípio da soberania popular, com o que efetivamente se deve concordar, pois em uma democracia, a participação popular direta ou indireta no processo social justifica o controle sobre a atuação, omissa ou comissiva, da administração pública, em especial no que atine à eficiência, moralidade, e legalidade destas funções estatais.

3. Direito processual privado x direito processual público

A diferenciação proposta entre direito processual privado e direito processual público é feita por doutrinadores como Cassio Scarpinella Bueno, o qual se refere ao primeiro também como processo civil tradicional (2005, p. 294), e tem finalidade apenas didática e facilitadora da compreensão da aplicabilidade de institutos e normas jurídicas em cada hipótese e ainda para análise das normas diferenciadas sob a ótica da efetividade do processo civil.

Como bem assinala Augustín Gordillo (1977, p. 6), em obra dedicada a analisar o regime jurídico público e seus diversos campos de aplicação: é necessário purificar a palavra, pois o uso amplo torna confusa sua aplicação como também a do regime jurídico que lhe possa corresponder. Desta forma, inobstante a existência de um único Código de Processo Civil estatuinto regras gerais de processo existe verdadeiro abismo legislativo e pragmático entre a efetividade do direito processual civil privado e do direito processual civil público, distancia esta, ademais, que adquire maiores proporções em decorrência da elaboração de leis esparsas instituidoras de determinados “privilégios” e “prerrogativas” ao poder público em juízo, a grande maioria oriunda de Medidas Provisórias, não raro objeto de indagações quanto suas constitucionalidades. Ressalta-se que a competência para edição de Medidas Provisórias é do Poder Executivo, conforme disposto no art. 62 da Constituição Federal de 1988, isto é, são elaboradas pela mesma esfera do poder para a qual estas “regras jurídicas” são endereçadas; a mesma função pública que terá de cumprir estas regras e que, eventualmente, estará em juízo discutindo a interpretação e aplicação das mesmas. Exemplo

amplamente citado e debatido é o da Medida Provisória n. 2.180 reeditada trinta e cinco vezes e após transformada em Lei, a qual estabelece regras diferenciadas aplicáveis ao poder público.

É preciso deixar claro, ademais, que todas as regras processuais existentes no ordenamento jurídico são de ordem pública, cogentes, não sendo mais concebido hoje a noção privatista de jurisdição e processo oriunda do direito romano. A nomenclatura adotada através de proposta classificatória enfocada no direito processual tem como critério a qualidade das partes envolvidas no processo e as especificidades das normas jurídicas aplicáveis em cada caso, focado por este critério diferenciador.

Assim, por direito processual privado (tradicional ou comum) tem-se as normas jurídico-processuais que regulam conflitos entre particulares, pessoas comuns, físicas ou jurídicas; e a nomenclatura direito processual público aos casos litigiosos que tiverem presente na relação processual pessoa jurídica de direito público, os quais são regidos por normas específicas e destinadas à direção da atuação do Poder Público em juízo (BUENO, 2005, p. 294).

A importância de se dispensar um enfoque pontual ao abismo que separa a efetividade do direito processual público do direito processual privado resta ainda maior em tempos atuais, em que se vivencia constantes reformas no sistema processual tradicional voltadas a tornar o acesso à ordem jurídica justa uma realidade ao alcance de todos jurisdicionados, ou em outras palavras, vivencia-se na passagem do século XX para o século XXI verdadeira busca pela prestação de tutela jurisdicional célere, efetiva e adequada às necessidades apresentadas pelo caso concreto, através de mudanças paradigmáticas tendentes a transformar o processo em efetivo instrumento de proteção ao direito material violado ou ameaçado de lesão, conforme preceituado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal e, assim, efetivo instrumento transformador da realidade empírico-social.

A efetividade do direito processual público, ademais, representa a própria legitimidade do sistema democrático de direito vigente no país, por ser através do processo que se possibilita a intervenção judicial subsidiária como forma de promoção da justiça social e, assim, democratização da sociedade quando houver falha ou omissão das funções primeiramente destinadas à concretização dos programas de ação estabelecidos pela Constituição: função legislativa, encarregada de regulamentar as normas constitucionais denominadas programáticas e, especialmente, a função executiva, por ser esta função que de fato coloca em prática as políticas públicas tendentes a transformar a realidade social e destinadas a promover os próprios fins do Estado Democrático de Direito.

4. Direito processual público: breve evolução histórica

Pode-se afirmar que a causa da separação entre público e privado acompanha toda a evolução do Direito, desde o período romano até a época atual. Com efeito, a atual separação entre um e outro sistema de normas processuais ocorre devido ao abismo sempre existente na evolução histórica entre o direito privado e o direito público, pois possível dizer que o direito público, segundo Augustín Gordillo (1977, p. 27), talvez tenha existido sempre, desde o nascimento mesmo do Estado.

Assim como a grande maioria dos conceitos e institutos jurídicos adotados pelos países do sistema civil law, de tradição romano-canônica, a causa da elaboração e aplicação de normas jurídicas diferenciadas para os casos em que presente o poder público em juízo segue esta mesma tradição, pois apesar de o direito romano apenas haver conhecido a noção privatista de processo e jurisdição, isto é, a elaboração do direito com a finalidade de reger as relações entre particulares, já no direito romano clássico tardio encontram-se, não obstante com certas limitações, o direito penal e determinados ramos do direito administrativo, visão esta passada ao direito germânico e medieval.

Na idade média e com a passagem do Estado absolutista, entretanto, possível destacar-se o surgimento de alguns princípios, idênticos em conteúdo, que representam figuras atinentes ao direito público: *Quod regis placuit legis et; the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*, todos esgotando-se num único preceito jurídico estabelecido de um direito ilimitado para administrar (DI PIETRO, 1994, p. 19), o que significava, em contra-partida, a negação de qualquer direito ao indivíduo em face do Príncipe soberano (GORDILLO, 1977, p. 28). Assim, na esteira de Augustín Gordillo, apesar de nesta época ainda não existir um ramo do conhecimento jurídico a que se poderia denominar “direito público” não se pode sustentar que o mesmo não existia (GORDILLO, 1977, p. 28).

Durante o Estado liberal, com a derrocada do velho regime (*Ancien Régime*) e ascensão da classe burguesa ao poder, (re)surge a noção de cidadão como forma de suprimir as desigualdades provenientes da distinção entre as classes sociais (classes dominantes - realeza e o clero - em detrimento das classes dominadas - burguesia e plebe), o que possibilita, segundo a ideologia burguesa, a regulamentação das relações privadas com liberdade e igualdade (LORENZETTI, 1998, p. 53). Neste período a noção privatista de direito ainda é fortemente consubstanciada, em especial com o advento do Código Civil de Napoleão ou “carta jurídica do cidadão comum” (LORENZETTI, 1998, p. 52), e início da era das codificações.

É, porém, no surgimento deste primeiro Estado de Direito que reside gérmen do moderno direito público, consubstanciado no reconhecimento formal e universal dos direitos do homem frente ao Estado com a promulgação da “Declaração dos Direitos do Homem”, garantidora de direitos inalienáveis à pessoa humana contra possível cometimento pelos detentores do poder estatal de atos arbitrários e violadores das liberdades individuais (GORDILLO, 1977, P. 28-29).

Também quanto à possibilidade de se demandar em juízo com o “governante”, durante a época das monarquias absolutistas o soberano não poderia ser levado perante os tribunais, pois seus atos estavam acima do ordenamento jurídico, o que apenas veio a ser admitido muito tempo depois do surgimento do Estado de Direito (GORDILLO, 1977, p. 30) e ainda assim com certas limitações, como se verifica na doutrina do publicista italiano do início do século passado, Santi Romano (1977, p. 390):

O principal objeto da jurisdição é constituída pelas relações de direito privado e pela persecução dos crimes (com efeito, o poder Judiciário ordinário é constituído por tribunais cíveis e penas), o que implica que as pessoas normalmente submetidas à jurisdição são os indivíduos e as pessoas jurídicas privadas ou aquelas que em certas manifestações se igualam a esta últimas. Porém, além deste campo, que é o tradicional, recentemente o poder Judiciário tem-se estendido sobre entes públicos e sobre o próprio Estado (§1º, n. 5), e por esse motivo sobre matérias reguladas pelo direito público, principalmente administrativo; mas essa extensão, porquanto ampla, não é completa e deve ser entendida com algumas limitações.

Não obstante, a partir do gradativo reconhecimento em determinados países da legitimidade de parte do poder público para integrar a relação jurídico-processual, seja ativa ou passivamente, houve aplicação de normas processuais diferenciadas - de direito público - quando litigante a Fazenda Pública (Estado-fiscal), conforme se verifica em passagem de Rudolf von Jhering (1956, p. 362) escrita nas últimas décadas do século XIX: nestes casos a obrigação está sujeita às regras de direito público. A demanda já não segue as normas do processo civil, mas fórmulas especiais para este feito estabelecidas.

Cumprе ressaltar que na França, por exemplo, sempre houve a dualidade de jurisdição, sendo a apreciação de questões relativas a Administrativa Pública sempre foram feitas através do contencioso administrativo (jurisdição administrativa) pelo Conselho de Estado, o que se dá devido ao apego pelo princípio da separação dos poderes e pela desconfiança em relação aos juizes do velho regime. Afirma-se, contudo, que a construção do direito administrativo como ramo autônomo da ciência jurídica ocorre principalmente devido a

elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês que se acaba por desenvolver inúmeros princípios informativos do direito administrativo, entre eles o da responsabilidade civil do Estado, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria do desvio de poder, entre outros (DI PIETRO, 1994, p. 22-23).

No Brasil desde a promulgação da primeira Constituição republicana de 1891 foi prestigiado o método da jurisdição judicial única, sendo prevista no seu art. 60, alíneas “b” e “c” a competência dos juízes ou tribunais federais para processar e julgar causas em que presente o Poder Público em juízo, ativa ou passivamente, de modo que este dispositivo da Constituição da República de 1981 concentrava a conhecimento de todos os litígios entre o Estado e os particulares na Justiça Federal, firmada a competência *ratione personae*, pela presença da pessoa jurídica pública União na relação processual (GUALAZZI, 1986, p. 141-142).

Ressalte-se que apenas durante a época do Império brasileiro houve a existência do denominado “contencioso administrativo” para apreciar causas entre o Estado e os particulares, a exemplo da dualidade de jurisdição até hoje vigente na França, através do Conselho de Estado Francês (MUKAI, 1988, p. 98-99).

Logo após a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894 fixou as regras do controle judiciário sobre atos administrativos, determinando, no art. 13, conforme leciona Eduardo Lobo Botelho Gualazzi (1986, p. 142) que o controle judiciário se exercia sobre a “ilegalidade” do ato ou da decisão administrativa, tendo assim impossibilitado que a autoridade judiciária conhecesse e apreciasse o “mérito” do ato impugnado. De modo que a origem da proibição de controle ou interferência pelo Judiciário em questões relacionadas ao mérito dos atos administrativos deita raízes na Lei nº 221/1894.

Atualmente, apesar da vã tentativa de se estabelecer o “contencioso administrativo” durante a vigência da Constituição de 1969, continua a vigor o sistema de jurisdição judicial una, sendo as demandas que envolvam o Poder Público de competência tanto da Justiça Estadual quanto da Justiça Federal, sendo esta exclusiva para litígios entre a União Federal, suas respectivas autarquias e fundações de direito público, e os particulares.

De igual modo quando presente o Poder Público em juízo a relação jurídico-processual é regida por normas processuais específicas e diferenciadas, como o sistema constitucional de precatório para pagamento de dívidas oriundas de decisões judiciais (art. 100 da Constituição Federal), por serem os interesses e bens públicos indisponíveis, inapropriáveis ou inalienáveis, sendo a ação de execução contra a pessoa jurídica de direito público regida por regras também

diferenciadas estabelecidas nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, as quais, ademais, não sofreram nenhuma alteração substancial em decorrência da recente reforma operada no Código de Processo Civil pela Lei 11.232/2005, especificamente ao “Processo de Execução”, isto é, ao processo de execução regido pelo direito processual privado; entre outras normas jurídicas diferenciadas e instituidoras de prerrogativas privilégios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, dentre os fatores de extrema relevância quando se fala em efetividade da tutela jurisdicional contra o Poder Público, o princípio secular da separação dos poderes revelado, por exemplo, na proibição de controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos; o regime constitucional de pagamento das dívidas públicas pela modalidade de precatório; a teoria da supremacia do interesse público; a proteção jurídica ao denominado patrimônio público.

Esses fatores são fortemente inculcados na cultura jurídica brasileira e constantemente utilizados como paradigmas na construção dogmática de outras premissas e pressupostos jurídicos, em especial o fato de não terem legislador e administrador público disponibilidade para transigirem a respeito dos denominados interesse e patrimônio público. De fato, com base nos paradigmas estratificados pela ciência jurídica *stricto sensu* (dogmática) a execução contra o Poder Público não é passível de medida executiva por expropriação de dinheiro ou bem público.

Atualmente, contudo, vozes surgem quanto a relativização da impenhorabilidade dos bens públicos pelas decisões judiciais de acordo com as necessidades apresentadas pelo caso concreto, no sentido de se possibilitar seja penhorado, por exemplo, bens públicos dominiais que não sejam diretamente vinculados à prestação de serviço público fundamental (NOGUEIRA, 2001, p. 139-140) ou, então, o bloqueio de dinheiro diretamente nos cofres públicos ou em conta bancária vinculada ao poder público.

O controle judicial dos atos legislativos ou administrativos e a determinação judicial que obriga entes estatais de direito público ao cumprimento de decisões judiciais na forma específica ou pelo equivalente em pecúnia esbarram, no campo dogmático jurídico, em diversos fatores de ordem material, econômica e, ainda, legal, razão pela qual é sobre esta problemática estar diretamente ligada às necessidades sociais apresentadas no presente momento histórico, por ser no âmbito do direito público, em razão da importância e peculiaridades de direito material e, principalmente, das especificidades das regras processuais públicas, que o problema da adequação e efetividade da prestação jurisdicional merece maior atenção no limiar deste século:

Aliás, no âmbito do direito público o problema da adequada tutela assume vulto ainda

maior. Aos direitos sociais e a outros equivalentes correspondem pretensões positivas dirigidas aos poderes públicos para o fim de obter, conforme ADOLFO DI MAJO, comportamentos e iniciativas capazes de criar condições, de direito e de fato, para que inicie um processo de atuação concreta de tais direitos. Mesmo dos direitos fundamentais, aos quais em regra correspondem pretensões negativas, podem surgir diversas pretensões negativas, podem surgir diversas pretensões positivas, tendentes a obter prestações públicas capazes de garantir efetivamente a inviolabilidade da esfera individual. Aos direitos difusos e coletivos podem corresponder, igualmente, diversas pretensões positivas, mesmo que as prestações devidas não beneficiem sujeitos determinados. Nestes casos todos, a jurisdição deve dispor dos meios para alcançar, aos sujeitos protegidos, os diversos bens que se teriam obtido através dos comportamentos omitidos: o mais breve possível, independentemente da colaboração do demandado (MACHADO, 2004, p. 218).

Nesse contexto, a previsão de técnicas de prestação da tutela na forma específica revela que o legislador brasileiro não está alheio aos reclamos pela efetividade do processo civil privado, mas ao contrário, está em conformidade com as tendências atuais e evolução das instituições e conceitos da ciência processual civil, de forma a adequá-la às necessidades do caso concreto, através da reaproximação do direito processual ao direito material e a concretização do(s) direito(s) no plano empírico, mesmo com a adoção de medidas capazes de convencer o obrigado ao cumprimento da decisão judicial, possibilitando, ainda, seja concedida antecipação dos efeitos da tutela específica final.

A questão, entretanto, é se estas técnicas processuais que possibilitam prestação da tutela jurisdicional na forma específica são passíveis de aplicação em ações contra o Poder Público e em qual medida a efetividade do processo civil público pode ser otimizada em ações desta natureza, mediante intervenção do Poder Judiciário em áreas até recentemente relegadas à discricionariedade - conveniência e oportunidade - dos administradores e legisladores públicos em decorrência da atuação dos agentes investidos nas respectivas funções estatais serem vinculados ao interesse público.

De um modo geral, é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a possibilidade da inclusão dos entes estatais com personalidade de direito público - União, Estados, Municípios, autarquias e fundações - na polaridade passiva de demandas que visem o cumprimento de obrigação na forma específica (DINAMARCO, 2004, p. 468), inclusive com concessão de liminar em desfavor do Poder Público, nos termos estatuídos pelo §3º do art. 461 (BUENO, 1999, p. 27).

De fato, a questão é pacífica quando a tutela jurisdicional for destinada a ordenar um agir negativo (um não-fazer) por parte do Estado, o que ocorre até mesmo em decorrência da própria cultura jurídica brasileira, herdeira legítima da ideologia do Estado Liberal, que visa garantir plena liberdade individual

em face dos atos estatais, inexistindo qualquer restrição à concessão de tutela jurisdicional que determine ou ordene (tutela mandamental) ao Poder Público se abster de praticar determinado ato (conduta negativa, omissiva).

O mesmo não ocorre, contudo, quando a pretensão jurisdicional objetive conduta positiva, um fazer por parte do Poder Público, posto a questão resvalar nos princípios da separação dos poderes e da reserva orçamentária (MARINONI, 2001, p. 117). Entretanto, no atual contexto social vivenciado no Estado brasileiro é justamente a carência de prestações estatais positivas um dos principais motivos disseminadores da desigualdade e injustiça sociais.

A satisfação dos interesses jurídicos denominados direitos sociais a prestações positivas, por exemplo, exigem atividades denominadas comissivas (fazer, agir) por parte do Poder Público, destinadas a realização de políticas públicas de conteúdo social, tendentes a proporcionar condições mínimas para existência digna do indivíduo, o que exige eficiência na atuação do poder público voltada à concretização dos direitos a prestações sociais consagrados na Constituição Federal brasileira, dentre eles a saúde, a educação, a moradia e assistência social, direitos fundamentais consagrados no artigo 6º da Constituição Federal e destinados, obliquamente, a proteger princípios e direitos fundamentais detentores de primazia no sistema constitucional, como o próprio direito fundamental à vida (art. 5º, “caput”, da Constituição Federal) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal).

5. Supremacia do interesse público x técnica da ponderação de interesses

Como acima ressaltado, a problemática reside no fato de os conceitos e institutos de direito administrativos, como discricionariedade administrativa (conveniência/oportunidade) e interesse público - estarem presos a paradigmas seculares, completamente distanciados dos valores e objetivos assumidos pelo Estado brasileiro, razão pela qual é crescente a necessidade de adoção de postura interventiva pelo Judiciário nas esferas de atuação das outras funções estatais, em especial da Administração Pública, responsável pela consecução direta do “bem comum” e do “interesse público”, conceitos estes que devem sofrer uma releitura e readequação através das lentes constitucionais, principalmente a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, paradigma central do sistema democrático e social de direito instalado no Brasil.

Conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 16-19), os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos são princípios basilares de direito administrativo, constituindo o alicerce estrutural das normas integrantes a este

ramo da ciência jurídica; entendendo ser o princípio da supremacia do interesse público verdadeiro axioma do moderno direito público, por proclamar a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse do particular.

Assim, segundo o princípio da supremacia dos interesses públicos em detrimento dos interesses privados existentes em sociedade, os interesses privados não podem jamais, em hipótese alguma, prevalecer sobre os interesses públicos. Também o poder discricionário inerente ao Poder Público e todas as decisões e atos administrativos devem, necessariamente, ser respaldado neste princípio basilar, pois segundo lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 58-59), a atuação do Poder Público que pretenda ser revestida de legitimidade deve ter como fundamento o interesse público, isto é, o interesse de toda a coletividade, pois caso contrário a autoridade pública estará a incorrer em desvio de poder.

Segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 35), o princípio da supremacia decorre diretamente o princípio da soberania popular, sendo o povo, a comunidade, o efetivo titular do interesse público, pois o direito não faculta ao agente público o poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público - nessa acepção, o interesse público é indisponível. Preleciona este autor, ainda, que o perigo existente no princípio da supremacia reside na ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público, o que dá margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais, agravado pelo fato de consistir o “interesse público” em conceito jurídico indeterminado e, portanto, mais fácil de servir de refúgio e justificativa à conduta do exercente do poder político em decorrência de sua inexistência conceitual (JUSTEN FILHO, 2005, p. 36).

Porém, no atual Estado democrático e social de direito brasileiro, o interesse público deve ser reinterpretado em conformidade com as normas e valores albergados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, em decorrência do fenômeno hermenêutico vivenciado na era contemporânea a que se tem designado constitucionalização do direito; metodologia esta em que também se inclui a reavaliação e readequação de conceitos e institutos do direito administrativo ou, de um modo geral, de conceitos e institutos regulados pelo regime jurídico de direito público e suas esferas de atuação e aplicação (constitucionalização do direito administrativo).

Com efeito, no atual Estado constitucional a dignidade da pessoa humana passa a ser o ponto central do ordenamento jurídico, núcleo hermenêutico ao redor do qual deve girar todas as decisões, administrativas ou judiciais, que pretendam ter legitimidade social. Assim, procedendo-se uma filtragem constitucional dos interesses em comento, caso necessário extrair-se desta filtragem uma regra fixa e perene tal qual concebido o silogismo judiciário, certamente a regra seria o

oposto da supremacia do interesse público.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve servir de parâmetro a todos os aplicadores do Direito empenhados na tarefa de recuperação do papel ético e transformador do direito, servindo este “superprincípio” como inspirador de decisões voltadas a assegurar um “mínimo ético irreduzível” (PIOVENSAN, 2004, p. 98) e ainda como paradigma de legalidade e validade de toda e qualquer decisão judicial ou administrativa que pretenda deter legitimidade em meio a um sistema democrático e social de direito; o que significa dizer que, no âmbito da ponderação de interesses ou direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana justifica, ou até mesmo exige, a restrição de outros interesses ou valores constitucionalmente assegurados, ainda que representados por normas de conteúdo fundamental (SARLET, 2006, p. 114).

Não se questiona, porém, a existência do interesse público, mas a sua supremacia absoluta e a priori em face de qualquer interesse particular, pois através do “princípio” da supremacia exclui-se a possibilidade de adequação e necessidade da decisão administrativa ou judicial ao caso concreto, devendo prevalecer em toda e qualquer hipótese o interesse público. Em outras palavras, através da regra da supremacia resta impossibilitada a realização de um juízo ponderativo entre bens e valores em conflito pelo administrador ou pelo julgador, conforme se extrai da doutrina de Gustavo Binenbojm (2005, p.149-150):

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como conjunto de “interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito)”. O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo guiado pelo dever de proporcionalidade.

Com efeito, conjuga-se entendimento atualmente esposado pela doutrina (SARMENTO, 2005) de que ao interesse público não se pode aplicar o princípio da supremacia absoluta em desfavor de todo e qualquer interesse privado emanado na sociedade, devendo ser adotada pelo intérprete, nestes casos, a técnica da ponderação de interesses.

A técnica da ponderação fomentada pelo princípio da proporcionalidade também possibilita maior controle pelo Poder Judiciário sobre a legalidade, à qual atualmente se agrega o “plus” da constitucionalidade substancial, eficiência

e moralidade da atividade administrativa (art. 37 da Constituição Federal) pautada no “interesse público” e, de um modo geral, também sobre a zona, ainda cinzenta, albergada pela discricionariedade dos atos administrativos que, atualmente, devem estar revestidos de constitucionalidade (material) e em conformidade com os fins e objetivos traçados pelo artigo 3º da Constituição Federal, os quais representam o compromisso assumido pelo Estado brasileiro com seus cidadãos.

Portanto, havendo colisão entre interesse público e interesse privado faz-se mister analisar as particularidades apresentadas pelo caso concreto e, caso prevaleça a necessidade de se tutelar efetiva e adequadamente o interesse particular, mesmo quando o beneficiário for única pessoa privada, o interesse público deve ser preterido nesse caso específico. É necessário, portanto, um repensar criticamente sobre o “princípio” da supremacia do interesse público, para apoiar a construção hermenêutica no método ponderativo, amparado no princípio da proporcionalidade através de seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BARROS, 2000, p. 74-76), e no princípio da pessoa humana, com vistas a concretizar, através da autodeterminação e existência digna do indivíduo, a própria razão de ser do Estado democrático e social de direito: a promoção da justiça social e do bem comum, conforme consagra o artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

6. Controle judicial sobre o mérito dos atos administrativos

No que pertine à possibilidade de revisão judicial sobre o mérito dos atos do Poder Público, questão ensejadora de grande divergência doutrinária e jurisprudencial reside nos casos em que há necessidade de interferência do Poder Judiciário em questões que envolvam mérito administrativo. Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 413) leciona que esta liberdade de atuação do Poder Público (discricionariedade) apenas será legítima se a situação vertente comportar mais de uma solução razoavelmente admissível para dar melhor satisfação à finalidade legal, isto é, pauta-se o administrativista no princípio da razoabilidade das leis que deve nortear a atividade administrativa. O mérito do ato administrativo é assim definido por Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 414):

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Assim o mérito administrativo é tido como ponto central da discricionariedade administrativa e resulta de considerações extrajurídicas - conveniência e oportunidade dos administradores públicos - razão pela qual, em tese, o mérito da atuação administrativa estaria imune ao controle ou revisão judicial (KRELL, 2004, p. 43). A problemática do controle judicial das decisões administrativas de mérito muitas vezes resvalam não só em questões jurídicas (dogmáticas) como também na preparação técnica e intelectual dos julgadores, conforme ensinamentos de Andréas J. Krell (2004, p. 64):

Em geral, os juízes têm, até por comodismo, se detido “diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo. Por isso, as intervenções judiciais nessa área têm sido tímidas, mostrando-se uma “necessidade de afirmação” do Direito administrativo no âmbito do Poder Judiciário. É essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil.

Na doutrina pátria E.J. Carreira Alvim (1997, p. 49), por exemplo, ao analisar a hipótese da pretensão de um cidadão (pretensão usuário) em pleitear em juízo a instalação e execução de algum serviço público inexistente em determinado local, com fulcro no art. 461 do CPC, posiciona-se pela impossibilidade de interferência do Judiciário por envolver a hipótese análise do mérito administrativo, sendo vedado controle judicial sobre a matéria:

O que não se conhece ao pretense usuário é o interesse em acionar o Poder Público, com base no art. 461, para que promova a execução dos serviços públicos, inexistentes no local, para possibilitar o seu uso, pois essa providência está fora da interferência do Poder Judiciário, por envolver mérito administrativo.

Por outro lado, Luiz Guilherme Marinoni (2001, p. 118-119) defende a possibilidade do controle judicial mesmo nos casos em que se confere ao Poder Público a mais lata discricionariedade de agir ou não-agir quando a decisão administrativa não atender a finalidade legal a que se destina ou for inadequada, por ser entendimento mais condizente com a idéia de democracia participativa, a qual possibilita ao cidadão, mesmo que de forma indireta, participar da gestão da coisa pública, possibilitando a correção dos desvios (ações e omissões) cometidos pelos agentes do Poder Público; também nos casos de omissão ilegal pela Administração Pública (não agir quando o deveria fazer em razão de lei) entende o jurista que o fato do Poder Judiciário ordenar a prática ou abstenção de ato não configura afronta ao princípio da separação dos poderes por estar, nessas situações, apenas determinando o cumprimento da lei pelo Poder Executivo.

Leonel Ohlweiler (2004, p. 320-321), por sua vez, entende ser atualmente possível ao Poder Judiciário controlar todos os atos praticados pela administração pública, por não poder nem mesmo o conteúdo político de tais atos ser motivo justificador da exclusão de controle; e, ainda, que o disposto no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal possibilita uma atuação mais interventiva e transformadora por parte do Poder Judiciário, consistindo a criação de uma zona de imunidade dentro do direito administrativo em verdadeiro dogma herdado da ideologia liberal-individualista a ser superado pelo Judiciário, como forma de possibilitar o desvelamento do autêntico “modo-de-ser democrático”.

Corroborar-se o entendimento segundo o qual o controle judicial do mérito do ato administrativo deve ser viabilizado e otimizado conforme as necessidades do caso concreto, pois não se pode admitir no âmbito de um Estado que se diz democrático de direito a proibição da interferência judicial em casos em que a própria ingerência do Estado se faz necessária, em especial para materialização dos chamados objetivos de valor constitucional, o que deve ser realizada através da ponderação entre a teoria dos atos administrativos e a dignidade da pessoa humana (art. 1º da CF), os ideais de justiça social e distributiva (art. 3º da Constituição Federal) e a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, principalmente em países “periféricos” ou de “modernidade tardia” como é o caso brasileiro, onde a implementação de políticas públicas de cunho social ou econômico pelo Poder Público faz-se ainda imprescindível para sobrevivência e dignidade da grande maioria da população.

Com efeito, a concretização de políticas públicas pode (e deve) ser controlada e revista pelo Poder Judiciário, principalmente quando a inércia, omissão ou ineficiência da Administração em áreas como a saúde, educação, moradia, assistência social, etc., (enfim, no campo social, econômico e cultural), requeiram a provocação da máquina judiciária, mediante tutela individual ou coletiva, como única forma de obrigar o Poder Executivo ao cumprimento de um fazer, consubstanciado em assegurar aos necessitados condições mínimas para uma vida digna:

A pretensão, voltada contra o Estado ou quem lhe faça as vezes (concessionário ou permissionário), diz respeito essencialmente a um fazer - ainda quando se possa identificar a entrega de coisa como parte integrante da prestação do serviço (ex.: fornecimento da água). Trata-se de terreno em que comumente, além da tutela individual, é utilizável a proteção jurisdicional coletiva. Ambas, no que tange à consecução do fazer, submetem-se basicamente ao mesmo regime. Aqui se insere, igualmente, grande parte dos direitos sociais (“direitos fundamentais de segunda geração”) exercitáveis perante o Estado, em que a prestação de determinados bens materiais integra a atividade mais ampla, a ser desenvolvida pelo Poder Público. Trata-se de deveres de fazer, ainda que abranjam a instrumental transferência de bens materiais ou o desembolso de quantias. Tomem-se como exemplos o direito ao serviço público de saúde, que abrange o fornecimento de

medicamentos; ou à educação, que implica o fornecimento de material escolar, transporte, merenda escolar (TALAMINI, 2003, p. 136-137).

Faz-se mister, por fim, ter em mente que a atividade administrativa não está sujeita a uma legalidade em si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais (OHLWEILER, 2004, p. 320), sendo ademais o princípio da inafastabilidade da jurisdição consubstanciada no acesso à ordem jurídica adequada e efetiva garantia fundamental do indivíduo e da coletividade consagrada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

6. Conclusão

Sem pretensão de esgotar, nem mesmo em parte, o vasto âmbito de estudo na seara do direito processual público e de sua efetividade segundo o enfoque histórico, filosófico, político ou jurídico que se pode atribuir, ressalva-se que dogmas como a doutrina da separação dos poderes, nos moldes delineados por Montesquieu; que métodos hermenêuticos rígidos, como a técnica do silogismo judiciário; e a neutralidade do juiz, dentre outros; perdem força perante decisões dotadas de efetividade e adequadas aos anseios da sociedade, amparadas no princípio da proporcionalidade como fator condicionante do método ponderativo e sintonizadas com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a partir da promulgação do pacto social de 1988, em especial em seu artigo 3º.

Com efeito, a tutela jurisdicional prestada aos “consumidores da justiça” no limiar do século XXI, requer uma atuação prospectiva por parte dos magistrados e de todos os operadores do Direito de modo geral, em especial quando presente o Poder Público em juízo. Ao se atribuir “poderes” ao Poder Judiciário, como a possibilidade de atuação, subsidiária, pela concretização de políticas públicas de conteúdo social através da imposição de condutas positivas ao Estado, adquire o processo função áxio-política (PAULA, 2002, p. 360-361), como se verifica nos argumentos em favor da concretização dos direitos sociais prestacionais através da possibilidade de o Poder Judiciário determinar uma obrigação de fazer ao Poder Público e de exercer controle sobre o mérito dos atos administrativos, lócus em que não se opera apenas no campo dos direitos fundamentais sociais (de segunda geração), mas igualmente nos de terceira, posto que a jurisdição realiza, neste ínterim, a solidariedade social.

Para tanto é necessário obstruir, epistemologicamente, os obstáculos existentes na metodologia e ciência jurídica tradicional que impedem a práxis

judicial prospectiva e tendente a transformar a realidade social, posto que a efetividade do direito processual público longe está de caminhar paralela a do direito processual privado, por causas que, como procurado demonstrar, remontam a épocas mais antigas, sendo esta a razão de se necessitar a adoção de uma postura prospectiva, e não dedutiva, em face de algumas das principais questões enraizadas pelo saber jurídico tradicional (dogmático) e diante das necessidades apresentadas pelo caso concreto, tendo-se, em todo caso, a dignidade da pessoa humana (o “privado”) como núcleo principal do sistema. O que se pretende, por fim, é fomentar o debate (o que é prospectivo); e não apresentar conclusões (o que seria arbitrário).

7. Referências

- BASTOS, C. R. **Teoria do estado e ciência política**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BINENBOJM, G. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BUENO, C. S. **O poder público em juízo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. **Liminar em mandado de segurança**: um tema com variações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CRETILLA JÚNIOR, J. **Bens públicos**. 2. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1975.
- DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GUALAZZI, E. L. B. **Justiça administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- JHERING, R. von. **A evolução do direito**. 2. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1956.
- KRELL, A. J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. (Neo) Constitucionalismo: ontem os códigos; hoje as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.
- LORENZETTI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO, F. C. **Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- MARTINS FILHO, I. G. da S. **A legitimidade do direito positivo**: direito natural, democracia e

jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARINONI, L. G. **Tutela específica**: art. 461, CPC e 84, CDC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MUKAI, T. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NOGUEIRA, A. **Viagem ao direito do terceiro milênio**: justiça, globalização, direitos humanos e tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OHLWEILER, L. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. (Neo) Constitucionalismo: ontem os códigos; hoje as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

PAULA, J. L. M. de. **História do direito processual brasileiro**: das origens lusas à escola crítica do processo. Barueri: Manole, 2002.

PIOVESAN, F. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. (Neo) Constitucionalismo: ontem os códigos; hoje as constituições. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto alegre, v. 1, n. 2, 2004.

ROMANO, S. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

REIS, J. C. V. Controle externo do poder judiciário e separação dos poderes. **Direito constitucional brasileiro**: perspectivas e controvérsias contemporâneas. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROS, S. de T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

TALAMINI, E. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, Arts. 461 e 461-A; CDC, Art. 84). 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CONCISE REFLECTIONS CONCERNING THE “PUBLIC” AND THE “PRIVATE”: AN EVOLUTIONARY SYNTHESIS

ABSTRACT: It is certain that the Public Processual Law effectiveness is opposite to the Private Processual Law because of several causes which refer back to ancient times. Thus, there is a need for adopting a prospective attitude which may overcome the existing barriers regarding methodology and the traditional Forensic Science which prevents the forensic praxis from operating in a changing

way – towards the Public Processual Law effectiveness - by considering the human being dignity (Private) as its main core.

KEYWORDS: Law. Processual. Public. Private. Evolution.

Artigo recebido para publicação: 17/09/2006
Received for publication on September 17 2006

Artigo aceito para publicação: 18/10/2006
Accepted for publication on October 18 2006