

O Direito Administrativo de espetáculo*

Marçal Justen Filho

* " />

Palavras-chave: Direito administrativo. Direitos fundamentais. Supremacia do interesse público.

Sumário: **1** O Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo - **2** O descompasso do Direito Administrativo - **3** O "Direito Administrativo do espetáculo" - **3.1** A sociedade do espetáculo - **3.2** O Estado do Espetáculo - **3.3** O "Direito Administrativo do espetáculo" - **3.3.1** A função do "Direito Administrativo do espetáculo" - **3.3.2** Pressupostos epistemológicos do "Direito Administrativo de espetáculo" - **3.3.3** Os institutos do Direito Administrativo do espetáculo - **4** A reconstrução do Direito Administrativo - **4.1** O fim das ilusões - **4.2** A afirmação da primazia do ser humano - **4.3** A afirmação da natureza instrumental do Estado - **4.4** A superação da proposta de supremacia do interesse público - **4.5** A afirmação da supremacia dos direitos fundamentais - **4.6** A proteção às minorias e aos seus interesses - **4.7** A eliminação da regularidade imaginária - **4.8** A efetiva processualização da atividade administrativa - **4.9** A adoção de mecanismos de efetiva participação popular - **4.10** A preservação da competência decisória - **4.11** A constitucionalização do Direito Administrativo - **5** A modo de conclusão

Preciso é que ele morra. Eu, por meu lado, razão pessoal não tenho para odiá-lo, afora a do bem público.

(Brutus, *Julio César*, Shakespeare, II.i.)

1 O Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo

O percurso do Direito Administrativo reflete a transição do autoritarismo para a democracia. Os controles à atividade administrativa do Estado são cada vez mais amplos. Consolidou-se a concepção de que o Estado não é investido de "liberdades", mas os seus poderes são instituídos pelo direito sob o instituto jurídico da competência.

Mais do que isso, o conceito original de Estado de Direito foi sendo enriquecido pela evolução histórica. As experiências trágicas dos regimes totalitários alemão, italiano e soviético, vividas ao longo do século XX, conduziram à constatação de que nenhum poder político pode ser legitimado sem a observância dos princípios da soberania popular e do respeito aos direitos fundamentais.

Num Estado Democrático de Direito, o Direito Administrativo caracteriza-se não apenas pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular.¹

Mas uma característica marcante do direito contemporâneo é a sua constitucionalização. Reconhece-se que o espaço constitucional compreende não apenas a estruturação do poder político e o elenco de direitos e garantias individuais. Muito mais do que isso, a Constituição consagra a supremacia de direitos fundamentais de diversa configuração e os instrumentos destinados à sua

efetiva promoção. A Constituição passa a ser compreendida como um projeto de identidade da Nação, em que os cidadãos e o Estado se associam para modificar a realidade e tornar efetivos os valores fundamentais à civilização.

Os valores constitucionais permeiam todas as relações intersubjetivas, mas a disciplina constitucional envolve especial atenção à atuação estatal. A Constituição se preocupa em assegurar a organização democrática e instrumental de todas as manifestações de poder. Mas há uma preocupação diferenciada quanto ao Estado, em vista do que se poderia denominar de sua dupla instrumentalidade do Estado.

O Estado é um instrumento de restrição às liberdades individuais e coletivas, visando a assegurar a convivência adequada e harmônica entre todos os indivíduos. Porém, o Estado é também um instrumento de modificação da realidade existente, visando a promover a efetividade dos direitos fundamentais.

2 O descompasso do Direito Administrativo

Assim, a permeabilização do Direito Administrativo pelo Direito Constitucional conduz à correspondente revisão das estruturas clássicas da disciplina.

No entanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial. Existe uma notável defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do direito público.

A organização do aparato administrativo do Estado se modela pelas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar do século XIX. A fundamentação filosófica do Direito Administrativo ainda se reporta à clássica disputa entre Duguit e Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX.² Mais do que isso, predomina a influência do pensamento de Hauriou muito mais intensamente do que a visão de Duguit. O conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante. Ou seja, o Direito Administrativo continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX. A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permanece ignorada pelo Direito Administrativo.

O resultado é que o Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público. Essa proposta incorpora o germe da rejeição à importância do particular, dos interesses não estatais e das organizações da sociedade.

3 O "Direito Administrativo do espetáculo"

Com algum exagero, pode-se utilizar a expressão "Direito Administrativo do espetáculo" para qualificar o estado de coisas vigente. Indica a proliferação de institutos e interpretações descolados

da realidade, vinculados à produção de um cenário imaginário e destinado a produzir o entretenimento dos indivíduos antes do que a efetiva implantação de valores fundamentais.

3.1 A sociedade do espetáculo

Guy Debord assinalou que vivemos numa sociedade cuja realidade essencial consiste no espetáculo.³ O processo civilizatório humano conduziu ao surgimento de idealizações coletivas sobre o indivíduo, o grupo e o mundo. Tais idealizações são construções imaginárias nas quais todos estão irremediavelmente inseridos. As funções e os papéis desempenhados pelos diversos agentes se vinculam a esse mundo imaginário com intensidade tamanha que a imaginação se torna o "real".

Em outras palavras, o indivíduo não se relaciona propriamente com o mundo real, mas toda a sua comunicação é estabelecida com formulações imaginárias geradas por uma pluralidade incontável de fontes autônomas entre si.

Não se trata de uma concepção paranóica, no sentido da existência de um grande projeto de manipulação global. A sociedade de espetáculo não é um instrumento de conquista e manutenção do poder por parte de um grupo de pessoas. Ao contrário, o espetáculo desenvolve-se autonomamente e sem qualquer controle centralizado. O espetáculo é a natureza própria dessa sociedade. Se alguns sujeitos conquistam e mantêm o poder na sociedade de espetáculo, isso é apenas mais um capítulo do próprio espetáculo. Nesse tipo de sociedade, qualquer "realidade" dissociada do espetáculo tem existência meramente imaginária. O espetáculo adquire a natureza de realidade nessa sociedade.

Todos os seres humanos participam voluntariamente desse espetáculo, exercitando uma espécie de papel numa representação coletiva. A indústria de entretenimento é apenas uma manifestação dessa concepção do espetáculo. As formas de diversão estão intimamente relacionadas com o afastamento de qualquer contato com a realidade. O indivíduo necessita inserir-se num cenário imaginário como condição para "sentir-se vivo". Em suma, o ser humano necessita do espetáculo e não dispõe de qualquer instrumento crítico para diferenciar o real do imaginário.

A concepção de Debord apresenta uma nítida conexão com a visão platônica. Também Platão propusera a dissociação entre dois mundos. Existiria um mundo idealizado, em que as idéias e os objetos existiriam na sua forma pura. Os seres humanos viveriam acorrentados à dimensão fática, buscando reproduzir aquele mundo ideal e sem nunca obter sucesso. Mas Debord propõe uma inversão radical, ao afirmar que o ser humano tem acesso a um mundo imaginário. Para Debord, a sociedade é uma replicação do mundo real. Em tese, o ser humano teria contato com ambos os mundos, mas a evolução civilizatória torna impossível o contato com a dimensão da realidade. Para Debord, o mundo das idéias é criado pela sociedade e não contém essências, mas apenas as imagens estilizadas, destinadas a entreter a todos. Debord concorda com a imagem criada por Platão, no sentido de que o ser humano está como que acorrentado numa caverna e enxerga apenas sombras. Mas Debord afirma que as sombras que a sociedade humana produz adquirem a dimensão de realidade. O mundo real é que se torna imaginário.

Qualquer consideração crítica à construção de Debord deve fazer-se com grande cautela,

especialmente em vista da experiência vivida ao longo dos 40 anos que já se passaram desde o lançamento de sua obra. A ampliação da comunicação de massa, a preponderância da indústria do entretenimento e a implantação da internet exigem meditação mais acurada. O contato entre o ser humano e o mundo circundante depende da intermediação de instrumentos que efetivamente produzem uma realidade autônoma. O ser humano sequer pode pretender acesso direto aos fatos. As suas concepções individuais são produzidas por intermédio das informações espetaculares fornecidas pelo cinema, pela televisão, pela imprensa e pela internet. A "vida real" é aquela produzida pelos instrumentos de comunicação de massa. Todos os eventos do mundo são imediatamente transformados em espetáculo para uma platéia. Assim se passa inclusive com aqueles eventos intrinsecamente negativos, como a guerra, os desastres naturais e o sofrimento em geral.

Nesse cenário, o instante central da existência humana consiste na experiência imaginária produzida pelos filmes, pela televisão, pela internet, pelos videogames e, mais recentemente, pelos jogos *on-line* na internet. Para aqueles que pretendem rejeitar liminarmente a proposta de Debord caberia lembrar que milhões de pessoas, em torno do mundo, dedicam-se a participar de uma existência virtual denominada *second life*.⁴

3.2 O Estado do Espetáculo

A partir dessas concepções, Fabio Merusi produziu uma interessante racionalização jurídica.⁵ Uma organização social de massa, em que predomina a comunicação de massa, configura-se a si própria como uma sociedade do espetáculo, mas também produz o surgimento de um *Estado do Espetáculo*.

Segundo Merusi, as instituições políticas estatais se integram no cenário do espetáculo e passam a desenvolver atividades imaginárias destinadas a atender as necessidades de uma sociedade de consumo. *A preocupação central do Estado do Espetáculo não é a alteração da realidade propriamente dita, mas o desenvolvimento de atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e manter uma audiência entretida.*

O Estado não atua sobre o mundo real, mas produz ações na dimensão imaginária. Para isso, o Estado passa a se valer intensamente dos meios de comunicação, transmitindo ao mundo circundante informações puramente imaginárias. Os agentes estatais desenvolvem atividades destituídas de conteúdo, que não apresentam utilidade autônoma.

Sob esse prisma, o Estado do Espetáculo tem íntima relação com a indústria do entretenimento. Os organismos estatais produzem notícias para preencher o cotidiano das pessoas. Divulgam ações que somente têm existência na dimensão das notícias.

Nesse contexto, os agentes políticos se tornam membros de um grande show, verdadeiros atores a desempenhar papéis buscando o aplauso dos expectadores. O universo dos artistas é ocupado não apenas pelos atores, mas também pelos políticos. O governante, que no passado foi uma manifestação divina, transforma-se no principal artista da Nação.

Levando avante essas idéias, pode-se afirmar que, num Estado do Espetáculo, a Nação é

transformada em Platéia. Os indivíduos assumem a condição formal de *não-protagonistas*, investidos em posição passiva de observadores.

Tal qual em um grande programa de televisão, a Platéia aguarda com ansiedade a evolução diária do "jogo político" — adotada a expressão para indicar as novidades, as acusações, as falsidades, os julgamentos, as derrotas e as vitórias das personagens investidas em cargos e funções públicas. Num Estado de Espetáculo, deixa de existir uma instância centralizada configurável como um *Big Brother*.⁶ *A intromissão sobre a vida privada se institucionaliza como um modo de organização estatal, mas em termos plurilaterais*. Tal como o Estado fiscaliza e se intromete na vida individual privada, também existem mecanismos para produzir a intromissão sobre a vida e a conduta dos agentes públicos. Os políticos se transformam numa espécie de atores profissionais, que desenvolvem com absoluta autonomia as suas personagens e se sujeitam a julgamentos populares periódicos. No *jogo político*, o "paredão" são as eleições populares.⁷

Aliás, não deixa de ser uma ironia que a afirmação da democracia produziu a pulverização da atividade de fiscalização e intromissão. Não que os organismos estatais tenham abandonado a pretensão de invasão na privacidade dos indivíduos. O que se passa é a generalização da intromissão, com todos espiando a todos.

Tal como se passa na sociedade do espetáculo, é impossível diferenciar o discurso da realidade no Estado do Espetáculo. As concepções filosóficas lingüísticas obtêm o mais pleno triunfo, no sentido de que a realidade se identifica com o discurso. Nada do que não esteja no discurso está na realidade. Tudo o que está no discurso é real, precisamente porque o real é o imaginário.

No Estado do Espetáculo, o melhor governo não é aquele que realiza a mais intensa e adequada satisfação dos valores fundamentais. Nem há necessidade de observar fielmente os princípios e regras jurídicos. Não se exige sequer a efetiva promoção de direitos fundamentais ou o respeito à democracia. O fundamental é a capacidade de ocupar os espaços na imaginação e no tempo da Platéia, fornecendo os elementos imaginários para a diversão. A grande virtude reside em *produzir a imagem* de bom governante.

3.3 O "Direito Administrativo do espetáculo"

Ora, um Estado do Espetáculo se traduz num "Direito Administrativo do espetáculo". Os instrumentos jurídicos do desempenho da atividade administrativa refletem os atributos do exercício do poder político.

3.3.1 A função do "Direito Administrativo do espetáculo"

A atividade administrativa de espetáculo consiste essencialmente na demonstração pública de grande azáfama governativa. Os administradores públicos produzem permanente informação à Platéia relativamente às ações imaginárias que desenvolvem.

Essa atividade administrativa espetacular se produz por meio da utilização de conceitos aptos a manter o expectador na condição de um elemento passivo, ocupado em acompanhar a proliferação

de notícias jurídicas. Trata-se de prender a atenção dos indivíduos comuns, neutralizando o seu senso crítico e impedir qualquer comparação entre a ação administrativa e o mundo real não imaginário.

O Direito Administrativo do espetáculo é um instrumento essencial para o Estado do Espetáculo, eis que as ações imaginárias do governante envolvem a utilização de conceitos e expressões técnico-científicas, que são recepcionados pela Platéia com um misto de desconhecimento e espanto.

Ou seja, a afirmação formal de um "Estado de Direito" exige um instrumental jurídico para implementar a atividade de espetáculo. A atividade administrativa no Estado do Espetáculo se exterioriza também (senão especialmente) como uma atuação jurídica. Os conceitos jurídicos são essenciais para o desempenho do espetáculo governativo. A atuação espetacular do governante é qualificada juridicamente, por meio de expressões, institutos e idéias que produzem e aperfeiçoam uma vida imaginária.

Essa instrumentalização do direito apresenta duas dimensões inconfundíveis, mas entre si relacionadas. Existe uma dimensão de entretenimento propriamente dito, em que a utilização de figuras jurídicas produz efeitos puramente imaginários na Platéia. Por exemplo, a afirmativa de que determinada decisão envolve a defesa da "soberania" do país desencadeia um conjunto de emoções e imagens individuais e coletivas. O indivíduo vincula aquela decisão ao universo imaginário heróico e pode, em situações extremas, dispor-se inclusive a doar a própria vida para defesa das ações do governante. O indivíduo desconhece e ignora, de modo exato e preciso, a relação entre a soberania e aquela decisão, mas a utilização desse arsenal teórico é muito eficiente para obter a vinculação da Platéia.

Mas há uma outra dimensão a ser considerada, que se relaciona à imunização das escolhas e decisões do governante ao controle direto. Não se nega à Platéia o exercício de opiniões - faz parte do espetáculo a formulação de opiniões por parte do expectador. Mas não se admite que o expectador assuma posição ativa.

O que atrapalha o espetáculo é a intervenção direta, não prevista e não desejada do indivíduo no desenvolvimento da atuação espetacular governativa. Afinal, isso significaria a cessação do espetáculo. Logo, a utilização do aparato jurídico destina-se também a manter a Platéia como tal. É necessário gerar a ilusão de que o governante exercita toda a sua atuação no interesse da Platéia e que as decisões adotadas são as mais corretas e perfeitas. Como dito, a Platéia deve *imaginar* que o seu governante é o melhor possível.

Sob esse enfoque, é indispensável a criação de um conjunto de conceitos jurídicos que neutralizem as divergências e suspendam o senso crítico do expectador.

Para assegurar a continuidade da atividade administrativa de espetáculo, é necessário impedir o exame e o controle aprofundado das escolhas do governante, mas mantendo a aparência e a ilusão da existência desse controle. O "Direito Administrativo de espetáculo" destina-se essencialmente a gerar a imagem de controle, sem que isso traduza uma efetiva capacidade de interferir sobre a evolução dos fatos.

3.3.2 Pressupostos epistemológicos do "Direito Administrativo de espetáculo"

O núcleo do Direito Administrativo do espetáculo reside no pressuposto de que o ser humano não é o protagonista nem da História, nem dos processos políticos, nem do direito. O Direito Administrativo do espetáculo costuma qualificar o ser humano como "o particular" ou "o administrado". O particular é uma figura indeterminada e imprecisa, destituída de características diferenciais em face do Estado e da Administração Pública (sempre com iniciais maiúsculas). O administrado não tem rosto em face do Direito Administrativo, é quase uma sombra.

O particular pode ter interesses, os quais são sempre secundários e devem ceder passo ao Bem Comum, à Ordem Pública e ao Interesse Público. O particular é o destinatário das competências administrativas. *É tratado mais como objeto do que como sujeito, cabendo-lhe conformar-se com a sua condição de "sujeito administrado".*

A segunda característica epistemológica do "Direito Administrativo de espetáculo" reside *na especial preferência pelos princípios*. O "Direito Administrativo de espetáculo" abomina regras e se utiliza preferencialmente dos princípios. O tema mereceu uma aguda crítica de Humberto Ávila, que destacou a enorme importância das regras para a construção de uma ordem jurídica democrática.⁸

A peculiaridade dos princípios⁹ reside na impossibilidade de determinação apriorística de uma solução única e determinada. Logo, o controle por meio de princípios amplia a dificuldade de identificação de condutas reprovadas pela ordem jurídica, especialmente quando se estabelece uma comparação em vista das regras. É que as regras contêm comandos com conteúdo mais preciso e determinado.

Quando se emitem regras sobre a atividade administrativa, torna-se possível exercitar um controle muito mais rigoroso do que aquele decorrente dos princípios. Assim, por exemplo, a Constituição veda a investidura sem concurso em cargo público de provimento efetivo. Trata-se de uma regra.¹⁰ Já os cargos em comissão podem ser providos mediante escolha do governante, a qual deve recair sobre pessoas dotadas de condições para bem exercitarem as funções respectivas. Existe, portanto, um princípio quanto ao provimento dos cargos em comissão. A diferença prática entre ambas as soluções é mais do que evidente. A margem de autonomia do governante para prover cargos em comissão é extraordinariamente mais ampla do que aquela que existe no provimento de cargos efetivos.

Em terceiro lugar, o Direito Administrativo do espetáculo *consagra princípios destituídos de conteúdo material*. São adotados princípios que permitam a ampla criatividade do governante para desenvolver imagens de uma falsa submissão a controles. Assim, os princípios do Direito Administrativo do espetáculo se reportam a figuras imaginárias, tais como "ordem pública", "ato político" e "interesse público". O desempenho das funções administrativas se traduz em institutos tais como o "poder de polícia" e o "poder discricionário". Todas essas figuras propiciam a qualificação jurídica de atividades cujo conteúdo exato é produzido por decisões subjetivas do governante, produzindo a aparência de uma atividade submetida ao direito e à fiscalização.

Em quarto lugar, o Direito Administrativo do espetáculo *se caracteriza pela rígida organização administrativa, de modo a assegurar a concentração de poderes destinada a impedir a crítica ou a divergência internamente à própria Administração Pública*. Existe um núcleo central de produção

artística e os demais agentes estatais integram a própria Platéia. As decisões administrativas são produzidas especificamente pelos ocupantes de cargos de mais elevada hierarquia, sendo vedada a participação dos outros agentes estatais no processo decisório.

Por isso, o Direito Administrativo de espetáculo produz uma organização administrativa em que *a vontade última do governante é a vontade da Administração Pública*. Logo, existem instrumentos destinados a impedir a divergência e a impor aos titulares de cargos secundários o desempenho de funções de mera coadjuvância. Sob o Direito Administrativo de espetáculo, privilegia-se a *organização administrativa de feição piramidal*. A divergência é reputada como uma modalidade de traição, apta a merecer uma espécie de "pena de morte".¹¹

3.3.3 Os institutos do Direito Administrativo do espetáculo

O "Direito Administrativo de espetáculo" é composto por um conjunto de institutos, princípios e regras dotados de elevada consistência imaginária. São aparatos formais, que se prestam a desenvolver a ilusão do controle e da submissão da vontade dos governantes a alguma forma de controle externo à Administração Pública.

Os institutos do Direito Administrativo do espetáculo impedem a própria compreensão do processo decisório do governante, especialmente no tocante às finalidades buscadas. O governante exercita as suas decisões visando a obter algum resultado. A identificação desses resultados almejados pelo governante permanece obscura ao longo do processo de formalização jurídica. As estruturas estatais são orientadas à realização de fins que permanecem obscuros para a Platéia. E assim se passa especialmente porque o conjunto dos institutos de Direito Administrativo não permite essa identificação.

Um exemplo permite compreender melhor a questão. *Uma das asserções mais difundidas do Direito Administrativo do espetáculo consiste em que o fim do ato administrativo é vinculado. Afirma-se que o ato administrativo se vincula necessariamente à realização do interesse público*. Essa fórmula é totalmente opaca e não traduz qualquer conteúdo concreto. Excluídas situações patológicas, é impossível verificar, no caso concreto, a efetiva referência da atividade administrativa à consecução de algo que possa ser qualificado como interesse público.

Em termos práticos, isso significa que o governante elege um determinado objetivo a realizar e sequer necessita identificá-lo perante a Platéia. Não existe qualquer instrumento de Direito Administrativo que imponha ao governante a exposição das finalidades específicas por ele buscadas por meio de atos administrativos concretos. Esse é o campo das escolhas ditas "políticas" ou do "mérito" do ato administrativo.

Observe-se que essas fórmulas foram construídas para impedir o controle dos atos administrativos pelos exercentes do demais poderes estatais. Mas também são utilizáveis para eliminar o controle dos atos administrativos pelos próprios "administrados". O governante, uma vez investido no cargo mais elevado, assume o poder de escolher os fins a realizar, independentemente de qualquer controle externo. Não é excessivo afirmar que uma função essencial dos institutos do Direito Administrativo do espetáculo reside em neutralizar a natureza democrática da ordem política.¹²

Enfim, os institutos de Direito Administrativo são utilizados *para gerar a aparência de regularidade, o que é suficiente para a legitimação dos atos do governante*. Somente são reprovadas as ações e omissões que se evidenciem destituídas dessa aparência. Reprova-se o governante quando for incapaz de produzir a regularidade imaginária de sua própria conduta, o que envolve a habilidade na utilização dos institutos do Direito Administrativo do espetáculo.

4 A reconstrução do Direito Administrativo

A rejeição a esse estado de coisas conduz à proposta de uma reconstrução do Direito Administrativo. Trata-se de *opor-se à instrumentalização da imagem, da função e do conteúdo do "Direito Administrativo" para gerar simplesmente o entretenimento de uma platéia*. O que se pretende é negar a condição de protagonista ao governante e afirmar que existe uma reserva de valores que se constituem em obstáculo insuperável à atuação espetacular do Estado.

A proposta de reconstrução do Direito Administrativo reflete o questionamento possível¹³ da situação descrita e se traduz na sua revisão filosófica e teleológica, nos termos adiante referidos.

4.1 O fim das ilusões

A experiência nacional e estrangeira conduz ao reconhecimento de uma grande ilusão, que permeia a ideologia do Estado do Espetáculo e que mantém o imaginário da Platéia entretido. Trata-se da concepção de que o problema reside na identidade da pessoa do governante ou do partido político exercente do poder político.

Uma das grandes vantagens da democracia consiste na alternância de pessoas e partidos no exercício do poder político. Isso permite constatar que os problemas, defeitos e práticas não se alteram. Mudam-se as pessoas e os partidos políticos, e o modo de exercício do poder não se modifica.

A lição da experiência comprova que o problema não reside nem nas pessoas nem na ideologia dos partidos políticos. O problema está na concentração de poder político. O feixe de competências concentradas em determinados órgãos frustra o exercício do controle e permite a instrumentalização do direito para impedir o exame das decisões adotadas pelos titulares.

A produção de imagens e a criação de espetáculos pelos ocupantes do poder político se orientam essencialmente à manutenção dessa concentração de poder.

Isso significa que o Direito Administrativo somente poderá cumprir algum de seus compromissos com os valores fundamentais na medida em que se prestar efetivamente à redução da concentração do poder político.

4.2 A afirmação da primazia do ser humano

A desconstrução do Direito Administrativo do espetáculo compreende uma inversão epistemológica

essencial. Trata-se de reconhecer que *o protagonista do direito - inclusive e especialmente do Direito Administrativo — é o ser humano.*

O ser humano não é um sujeito de segunda categoria. O agente estatal não é um sujeito de primeira categoria. Não cabe diferenciar os seres humanos em categorias distintas, conforme estejam ou não investidos em cargos e funções públicas.¹⁴

4.3 A afirmação da natureza instrumental do Estado

O Estado não pode ser considerado um sujeito dotado de autonomia em face dos seres humanos.¹⁵ Assim se põe não apenas porque o Estado é um meio de realizar os projetos e os valores do conjunto de seres humanos, mas também porque o Estado é uma estrutura composta por pessoas e dirigida por pessoas. Ou seja, existem apenas interesses humanos a serem realizados — não há interesses próprios, autônomos e isolados de titularidade do próprio Estado. Precisamente por isso, é imperioso ter em mente que a escolha dos interesses a prevalecer não pode conduzir a que prevaleçam pura e simplesmente os interesses daqueles que ocupam os cargos e funções públicas.

4.4 A superação da proposta de supremacia do interesse público

Logo, os interesses dos particulares não podem ser reputados como intrinsecamente inferiores a um "interesse público" em abstrato.¹⁶ O particular é sujeito de direitos. Seus interesses podem ser tutelados pela ordem jurídica, inclusive em face do Estado, de toda a Nação e dos demais particulares.

Afirmar que todo e qualquer conflito de interesses entre particular e Estado se resolve pela prevalência do chamado *interesse público* é uma afirmação inconsistente com a ordem jurídica. E assim se passa precisamente porque a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias *em favor do particular* e contra o Estado. A supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito.

Mais ainda, é impossível afirmar a existência de um "interesse público" único e unitário. Na generalidade das hipóteses, existem diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção. A decisão concreta a ser adotada sempre pressuporá a identificação efetiva e cristalina desses diversos interesses. Bem por isso, afirmar o "princípio da supremacia do interesse público" não fornece qualquer critério para identificar a solução compatível com o direito. É indispensável verificar, em face do caso concreto, quais são os interesses em conflito e, somente então, produzir a solução mais compatível com os valores protegidos.

4.5 A afirmação da supremacia dos direitos fundamentais

Mas a Constituição não se restringe a consagrar limites ao poder estatal e a criar garantias em favor do particular. A Constituição elege, como finalidade essencial do Estado, a promoção dos

direitos fundamentais.

A afirmação da supremacia dos direitos fundamentais propõe uma pluralidade de problemas de outra ordem, que vêm sendo enfrentados no âmbito do Direito Constitucional.¹⁷ Porém, o relevante é a rejeição da idéia de que o Estado se basta a si mesmo e de que o governante, porque eleito, foi legitimado a decidir isoladamente sobre os fins a serem buscados.

Como visto, o Estado é instrumento da promoção dos direitos fundamentais, e qualquer atuação meramente aparente destinada a neutralizar esse compromisso ofende à ordem jurídica.

Exatamente por isso, a regularidade jurídica da atuação estatal depende não apenas da ausência de aparente desconformidade com os limites postos pela ordem jurídica. Mais do que isso, a regularidade da atuação estatal depende de sua *conformidade* com a realização dos direitos fundamentais.

A compatibilidade com os direitos fundamentais torna-se o critério de juridicidade e de validade da atividade estatal, inclusive para desqualificar a conduta estatal puramente omissiva.

4.6 A proteção às minorias e aos seus interesses

A reconstrução do Direito Administrativo impõe a eliminação dos institutos e soluções propícias ao fascismo. Isso envolve a consagração de efetiva proteção para as minorias e seus interesses.

O século XX produziu o surgimento de uma degeneração política que não encontra precedentes nos séculos anteriores: o fascismo.¹⁸ No fascismo, sob a invocação de promover o bem comum e combater os "inimigos do povo", um grupo político toma o poder, valendo-se de todos os instrumentos, legítimos ou não, disponíveis. São eliminados os direitos fundamentais. Convoca-se o povo para um grande esforço nacional, que não admite divergência nem é compatível com minorias. A violência se torna um instrumento político institucionalizado. Na maior parte dos casos, os governantes afirmam que a redução das proteções e os limites aos direitos fundamentais são temporários, destinando-se a prevalecer apenas durante o período necessário à implantação da nova ordem.

Uma característica marcante do fascismo reside na obtenção e manutenção do poder com base na adesão de amplos estratos da população. Isso é obtido especialmente por meio da utilização intensiva dos meios de comunicação, que eliminam a divergência e propiciam a neutralização das críticas. Normalmente, o fascismo se relaciona à exacerbação do nacionalismo, mobilizando a população contra perigos e ataques atribuídos a povos estrangeiros ou a minorias (usualmente étnicas ou religiosas). O Estado-fascista é um Estado de Espetáculo por natureza.

Existem propostas políticas fascistas em todos os países e o instrumento fundamental de seu combate reside no respeito aos direitos fundamentais e na imposição de limites aos governantes. Nenhuma decisão estatal pode ser justificada num pretenso "Bem Comum" incompatível com a ordem jurídica, mesmo quando a decisão governamental merecer a aprovação aparente da maioria da população. Adotar a concordância popular como o critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção à instauração de uma ordem política fascista.

Por isso, afirma-se que o critério de legitimação do direito reside na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias.¹⁹

4.7 A eliminação da regularidade imaginária

Nenhuma ação ou omissão estatal pode legitimar-se mediante a invocação a uma regularidade puramente aparente, cuja existência se ponha numa dimensão abstrata. Toda e qualquer atuação estatal, ativa ou passiva, comporta fiscalização e controle no tocante à sua efetiva consistência.

Cabe eliminar todos os instrumentos puramente retóricos ou formais, destinados a transformar a validade dos atos administrativos numa discussão sobre a aparência. É necessário ultrapassar a dimensão externa do ato administrativo para atingir o seu conteúdo. E a avaliação da validade do ato administrativo, em vista do exame de seu conteúdo, tomará em vista a sua compatibilidade com a promoção dos direitos fundamentais.

4.8 A efetiva processualização da atividade administrativa

Sob outro prisma, é indispensável que a atividade administrativa se produza por via procedimentalizada, especialmente com incorporação da participação de todos possíveis interessados. O ato administrativo deve resultar da participação conjunta de agentes estatais e sujeitos privados.

O processo administrativo não pode ser um simples arremedo de ritos, instaurado apenas em momento posterior à formação da vontade do governante.

Mais precisamente, é necessário superar a concepção de que a infração ao devido processo administrativo somente vicia o ato administrativo quando o interessado demonstrar algum prejuízo. Isso equivale a reconhecer que a observância dos mecanismos da democracia é irrelevante. O devido processo administrativo é um requisito inafastável do exercício democrático do poder político.

4.9 A adoção de mecanismos de efetiva participação popular

É necessário que a organização administrativa passe a compreender órgãos integrados por indivíduos indicados por partidos políticos minoritários e entidades da sociedade civil. Somente por essa via será cabível a efetiva participação democrática na formação da vontade estatal. Não se admite a concepção imperial do exercício do poder político, em que a vontade individual do governante é reconhecida como critério bastante e suficiente para a legitimação de suas ações.

Numa sociedade democrática, existem instrumentos formais de participação dos diversos segmentos da sociedade na atividade administrativa. É necessário, por isso, assegurar formalmente a divergência e o dissenso como meio de produzir decisões mais satisfatórias²⁰ e compatíveis com uma organização democrática do poder.

4.10 A preservação da competência decisória

Essas ponderações não significam negar a titularidade da competência decisória em favor dos exercentes de função administrativa. O que se afirma é que o processo decisório desenvolvido pelo governante deve ser transparente em face do controle. Cabe ao governante explicitar o processo formativo de sua vontade, inclusive no tocante à escolha dos fins últimos. A adequação dessa decisão em face dos valores fundamentais assegura a sua validade. Ou seja, a validade do ato administrativo dependerá da exposição das finalidades buscadas e da sua adequação à efetiva realização delas.

4.11 A constitucionalização do Direito Administrativo

Enfim, a evolução recente importou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. A função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por princípios e valores democráticos, o que se afirma com ainda grande relevância no Brasil — cuja vivência democrática é muito limitada.

Todas essas modificações não ingressaram integralmente no Direito Administrativo. O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. Talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio Direito Constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo Direito Administrativo. É necessário constitucionalizar o Direito Administrativo, o que significa, então, atualizar o Direito Administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais.

Trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados. Se é fundamental consagrar uma Constituição democrática e norteada à realização de certos valores, isso não basta para produzir um Estado democrático ou a efetivação dos valores desejados.

A transformação concreta da realidade social e sua adequação ao modelo constitucional dependem primordialmente do desenvolvimento de atividades administrativas efetivas. O enfoque constitucionalizante acarreta submeter a interpretação jurídica de todas as instituições do Direito Administrativo a uma compreensão fundada concreta e pragmaticamente nos valores constitucionais.

Mas a supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como "discricionariedade administrativa", "conveniência e oportunidade" e "interesse público". Essas fórmulas não devem ser definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática.

5 A modo de conclusão

A capacidade humana para produzir o espetáculo é extraordinária e se manifesta em todos os

fenômenos sociais. Essa capacidade compreende a racionalização de interesses individuais puramente egoísticos, revestindo-os com a feição de generosidade e desprendimento. Ouvimos, a todo instante, que algo se impõe como necessário para o Bem Público.

É bem notável que Shakespeare, que exercitou mais do que ninguém a capacidade de construir um mundo imaginário a partir das características humanas, tenha colocado na boca de Brutus uma justificativa auto-indulgente para a morte de Julio Cesar, no trecho transcrito na abertura deste estudo. Ora, matar outro ser humano nunca pode ser um imperativo do "Bem Público".²¹ No entanto, a leitura dessa passagem não causa maior espécie e chega a passar despercebida, de tão acostumados que estamos à naturalidade da invocação do interesse público para justificar qualquer decisão destruidora dos direitos fundamentais.

É fato que os condicionamentos do mundo circundante afetam a nossa produção intelectual. O Direito Administrativo do espetáculo surgiu como efeito de uma sociedade de espetáculo e da atuação operacional do Estado do espetáculo. Seguindo os passos de Debord, até poderíamos afirmar que o Direito Administrativo do espetáculo produz-se a si próprio, alimenta-se de si mesmo para continuar a existir e a florescer.

Justamente por isso, este estudo não é uma manifestação de crítica aos pensadores do Direito Administrativo. Trata-se muito mais de uma autocrítica, com o reconhecimento da inevitável limitação da capacidade individual de compreender e de transformar o mundo.²² Todos nós colaboramos para a produção do Direito Administrativo do espetáculo. Mas essa limitação não pode induzir o doutrinador à auto-indulgência e não o autoriza, qual Brutus na peça de Shakespeare, a legitimar a destruição de vidas, valores e interesses mediante a invocação a fórmulas destituídas de conteúdo, tal como o "Bem Público".

* Publicado anteriormente em: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-85. ISBN 978-85-7700-186-6.

¹ Segundo Carlos Ari Sundfeld, "o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos individuais e políticos" (*Fundamentos de direito público*. 4. ed., 7. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 54).

² As divergências entre Duguit e Hauriou sintetizam e simbolizam as disputas sobre o núcleo do Direito Administrativo. Duguit afirmava que a solidariedade social dá fundamento ao direito (*Manuel de droit constitutionnel*. 4^e éd. Paris: Bocard, 1923. p. 10, reimp. Editions Panthéon-Assas, 2007). As primeiras palavras de uma clássica obra de 1902 bem sintetizavam a sua concepção filosófica, quando afirmava que "O Estado não é uma pessoa jurídica; o Estado não é uma pessoa soberana. O Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma dada sociedade. O poder que pertence aos mais fortes, indivíduo, classe, maioria, é um simples poder de fato, que não é jamais legítimo por sua origem. Os governantes, que detêm esses poderes, são indivíduos como todos os outros; eles não têm jamais, em sua qualidade de governantes, o poderio legítimo de emitir ordens" (*L'État: les gouvernants et les agents*. Paris:

Dalloz, 2005. p. 1. Reimpressão da edição de 1902, original em francês). Em contrapartida, Hauriou reconhecia que a *puissance publique* (poderio público) dava fundamento e identidade ao direito. Afirmava que "O poderio público, atuando no interesse público, cria e gerencia os serviços públicos, bem entendido; mas esse não é senão um de seus modos de operar. Ele tem outro, que é de emitir comandos. O poderio público legisla, ele regulamenta, ele emite injunções de polícia" (*Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits* Paris: Sirey, 1929. Reimp. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 2000, p. 10).

³ *La société du spectacle*. 3^e éd. Paris: Gallimard, 1992.

⁴ Para os que ignoram esse fenômeno cultural, deve-se esclarecer que se trata de uma espécie de "existência virtual" acessível por meio da internet. Em *second life*, qualquer pessoa pode criar uma personagem para uma vida puramente imaginária, mas que se traduz em imagens e experiências desenvolvidas por meio dos recursos eletrônicos. O sujeito escolhe a personalidade, o sexo, a aparência, a profissão e todos os recursos materiais para representar um papel numa espécie de existência paralela, puramente virtual. Nesse universo paralelo, o sujeito vive virtualmente, trabalha virtualmente, estabelece relações virtuais com outros sujeitos virtuais e, presume-se, realiza-se como um "ser humano virtual". *Second life* é uma das manifestações mais evidentes da sociedade de espetáculo.

⁵ Dallo Stato Monoclasse allo Stato degli Interessi Aggregati, em *Dallo Stato Monoclasse all Globalizzazione* (a cura di Sabino Cassese e Giuseppe Guarino). Milano: Giuffrè — Isle, 2000.

⁶ George Orwell, em sua conhecida obra *1984* (29. ed. São Paulo: IBEP Nacional, 2003), preconizava a existência de uma organização estatal onipresente ("Grande Irmão — *Big Brother*"), caracterizada pela eliminação da privacidade e da liberdade individuais.

⁷ É evidente a conexão entre a relação da platéia com os chamados *reality shows* (programas de televisão) e aquela que se estabelece entre a sociedade e os seus governantes. Ressalte-se que não se trata de um fenômeno peculiar ao Brasil. Situação similar se põe em todos os demais países. Então, a ameaça do *Big Brother* concretizou-se no mundo real com a forma do *Big Brother Brasil*.

⁸ Confira-se *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁹ Lembre-se de que existe uma substancial divergência teórica entre os juristas, relativamente à natureza e consistência dos princípios. Existem aqueles que adotam a concepção de que o princípio proporcionaria soluções únicas e inquestionáveis, com conteúdo axiológico mais consistente do que o apresentado pelas regras. Mas a grande maioria dos pensadores, especialmente no direito comparado, opta por outra concepção. Para eles, os princípios veiculam orientações axiológicas a serem adaptadas em face do caso concreto, comportando soluções variáveis em face das circunstâncias.

¹⁰ O que significa negar a existência de um "princípio do acesso a cargo público mediante concurso público". A disciplina constitucional sobre o tema foi traduzida numa regra, não num princípio.

¹¹ No Direito Administrativo, a demissão do servidor é uma modalidade de "pena de morte", na acepção de que produz a eliminação do sujeito reputado como culpado.

¹² Em *Admirável mundo novo* (Porto Alegre: Globo, 1946), Aldous Huxley descreve um mundo futuro no qual os indivíduos da sociedade que demonstrassem sinais de insatisfação ou senso crítico recebiam doses significativas de uma droga — a chamada "soma" — que eliminava toda e qualquer frustração do indivíduo. Tratava-se de uma solução repressiva da discórdia. Não seria exagero afirmar que os institutos do "Direito Administrativo do espetáculo" desempenham uma função preventiva da discórdia.

¹³ "Possível" na acepção de que todos estamos imersos numa mesma e única dimensão, que nos impede de determinar os limites de nosso conhecimento e de nossa vontade.

¹⁴ Justamente por isso, a reconstrução do direito pressupõe a eliminação de todas as formas de privilégio e imunidades que assegurem controles de conduta diferenciados.

¹⁵ Como afirma Ernst-Wolfgang Böckenförde, "O Estado não é, quanto à sua essência e da mesma maneira que outros modos de organização política, alguma unidade substancial, e não é sequer um 'ser coletivo' como deixa entender uma definição hoje em dia largamente difundida. Ao contrário, ele é uma organização e, mais precisamente: uma *unidade organizada de ação* (*eine organisierte Wirkeinheit*). Isso significa que ele não adquire a sua unidade em virtude de uma vontade unitária (hipostasiada) ou como uma unidade psicossocial vivente, mas como um conjunto organizado para a ação e a eficácia... Ele não pode, então, ser pensado independentemente das pessoas humanas que são os seus 'suportes' em sentido próprio, os titulares do poder do Estado (...)" (*Le droit, l'État et la constitution démocratique*. Paris: LGDJ-Bruylant, 2000. p. 184).

¹⁶ Humberto Bergmann Ávila se manifestou com primazia sobre esse tema, tal como se vê em "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", em *O direito público em tempos de crise* (organização de Ingo W. Sarlet), Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1999. O enfoque passou a ser defendido por outros autores, tal como MARQUES NETO, Floriano. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 1992, e BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁷ Uma das discussões mais relevantes do Direito Constitucional contemporâneo é justamente a tensão entre o regime democrático e afirmação da supremacia dos direitos fundamentais. Na doutrina pátria, a questão foi trazida ao debate nas obras de SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Teoria da Constituição e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; e LEITE, José Adércio Sampaio. *A Constituição reiventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Já na doutrina estrangeira, destacam-se as obras de SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, e de ACKERMAN, Bruce. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Gisele Cittadino. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

¹⁸ Sobre o tema do fascismo, confira-se PAXON, Robert O. *Le fascisme em action*. Paris: Éd. du Sueil, 2004.

¹⁹ Sob esse enfoque, Daniel Sarmiento assevera que "é legítimo e necessário estabelecer limites para as maiorias de cada momento, sobretudo ligados à proteção dos direitos fundamentais e das regras ligadas à preservação do próprio processo democrático, e de que é essencial, por outro lado, atribuir ao Judiciário o poder de fiscalizar o respeito a estes limites" (Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda, em *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas* [Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, coordenadores]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 131).

²⁰ Sobre o tema, confira-se SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. London: Harvard University Press, 2003. O autor evidencia que a ausência de dissenso gera redução da capacidade crítica para identificar decisões equivocadas. Portanto, o dissenso é não apenas um meio de implantar a democracia, mas também uma solução para obter decisões mais acertadas.

²¹ E não o era para o próprio Brutus, aliás. Lembre-se que Brutus foi, possivelmente, filho natural de Julio Cesar. Tinha a expectativa de sucedê-lo no governo de Roma e decidiu pela morte de Julio Cesar quando se tornou evidente a intenção do pai de rejeitá-lo. Sobre o tema, confira-se BLOOM, Harold. *Shakespeare: a invenção do humano*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 157.

²² Afinal, como afirmou Debord, comentando a própria obra, "É necessário ler esse livro tomando em consideração que ele foi conscientemente escrito com a intenção de nutrir a sociedade espetacular" (Op. cit. *Avertissement pour la troisième édition française*, 1992).

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57927>>. Acesso em: 16 mar. 2017.