

Desapropriação por interesse público: análise de caso a partir da perspectiva habermasiana

Maria Esther Alencar Advíncula D’Assunção

Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UNP). Mestranda em Direito Constitucional com ênfase em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduação em Direito (UFRN). Professora Substituta do Curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada.

ORCID: 0000-0001-5338-0543

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5160892082241213>

E-mail: esther.dassuncao@gmail.com

Marcelo Nóbrega Athayde Chaves

Mestrando em Direito Constitucional com ênfase em Processo Civil (UFRN). Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Auxiliar Judiciário no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

ORCID: 0000-0002-5688-7603

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2559949853359017>

E-mail: marceloathayde31@gmail.com

Anderson Souza da Silva Lanzillo

Doutorado em Estudos da Linguagem (UFRN- PPGEL). Graduado e Mestrado em Direito (UFRN- PPGD). Professor do Departamento de Direito Privado (UFRN).

ORCID: 0000-0002-1737-9307

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248558504481379>

E-mail: adv.andersonss@gmail.com

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 17/04/2023

Data de aceitação: 25/04/2023

Data da publicação: 04/05/2023

RESUMO: O presente artigo apresenta a discricionariedade administrativa em pedido de desapropriação, com estudo do Ofício 164/2015-GP/TCE/RN, que inaugurou o processo de expropriação com fins à expansão física do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), à luz dos conceitos de Estado, interesse público, discricionariedade administrativa e democracia procedimental. Para tanto, conduz-se à análise teórica o surgimento e a importância dos tipos de controle sobre os atos do governante e as concepções aos termos discricionariedade administrativa e interesse público, assim como se aborda o modelo habermasiano para construção do ato administrativo, o que faz por meio de pesquisa que realiza a abordagem, de maneira descritiva e bibliográfica. Além disso, expõe-se o esmiúce do caso concreto trazendo elementos sobre os demais atores envolvidos na questão cujos interesses não foram considerados na fundamentação do ato administrativo, desatando-se o caso concreto dos ensinamentos do modelo de democracia procedimental, proposto por Jürgen Habermas. Por meio do cotejo da evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira sobre a sindicabilidade do mérito do ato administrativo discricionário, com os elementos do espaço de conformação discricionária do administrador, segundo Habermas, permitiu-se averiguar a ausência de interesse público ao dado caso concreto à luz dos interesses de todos os envolvidos e a ausência de intersubjetividade que legitimaria o ato, como proposto pelo autor em cotejo, confirmando-se a hipótese de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: discricionariedade administrativa; interesse público; desapropriação; democracia procedimental; Jürgen Habermas.

ENGLISH

TITLE: Expropriation for public interest: case analysis from a habermasian perspective.

ABSTRACT: The main focus of this article is the analysis of the administrative discretion in the expropriation of the document entitled Ofício 164/2015-GP/TCE/RN that started the expropriation process with the purpose of expanding the physical structure of Court of Auditors of the State of Rio Grande do Norte (TCE/RN), in the light of the concepts of State, public interest, administrative discretion and participatory democracy. To this end, we conduct a theoretical analysis of the formation of the modern State and the delimitation of a purpose to the State. The appearance of control over the ruler's acts and the conceptions of the terms administrative discretion, public interest and the theoretical model by Habermas for the construction of the administrative act, are done by means of a research that performs the approach in a descriptive and bibliographic manner. In addition, the details of the concrete case are exposed, bringing elements about the other actors affected by it whose interests were not considered in the justification of the administrative act, demonstrating that the case does not comply with the propositions of Jürgen Habermas for the participatory democracy. At the end, the importance of the Brazilian doctrinal and jurisprudential evolution of the review and control of the merit of the administrative discretion act, with the elements of the discretion formation as put by Habermas, is pointed out in order to allow the verification of the absence of public interest in the given concrete case in light of the interests of all those involved, confirming the research hypothesis.

KEYWORDS: administrative discretion; public interest; expropriation; participatory democracy; Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Controle dos atos estatais discricionários: a sindicabilidade do ato administrativo discricionário – 3 Espaço de conformação discricionária do administrador – 4 Caso concreto: discricionariade ou arbitrariedade? – 5 Análise do caso pela perspectiva da democracia procedimental de Jürgen Habermas – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Aborda este trabalho a temática conceitual do instrumento expoente maior do poder de império estatal, a desapropriação, em um caso concreto à luz da Teoria geral do Estado, do Interesse Público, da Discricionariedade Administrativa e do espaço de conformação discricionária do administrador, segundo Habermas. Devido ao inequívoco poder de império é mínima a possibilidade de resistência à pretensão expropriatória após a autorização do ato pelo chefe do executivo competente. Desta forma, torna-se imperioso que se controle o ato discricionário de se escolher um patrimônio para esse tipo de afetação.

Para o presente estudo, portanto, à luz da compreensão da democracia procedimental de Habermas, interessa a compreensão do interesse público e da discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, presentes à fundamentação e ao pedido do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1 na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, visando à desapropriação do imóvel de alto valor de mercado e registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320.

Portanto, em simples perscrute, já se verifica a importância da verificação sobre se o motivo de um ato expropriatório é o interesse coletivo ou se é o interesse particular do gestor público, visto que o ordenamento jurídico é uma baliza a atos de império como é o caso de uma desapropriação.

Portanto, indaga-se: a pretensão de desapropriação conforme encartada pelo TCE/RN no Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1, visando à desapropriação do imóvel registrado no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, encontra guarida com o interesse e a utilidade

públicos e se fora construída de forma democrática, à luz dos ensinamentos habermasianos?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar se o pedido em questão pode ser enquadrado como discricionariedade administrativa a fim de justificar a aplicação do instituto da desapropriação sob uma perspectiva de democracia procedimental, defendida por Habermas.

Para isso, foram elencados os seguintes objetivos específicos: (a) o pedido se enquadra como hipótese de interesse público e de incidência de discricionariedade administrativa; (b) examinar as principais premissas da obra de Habermas; e (c) investigar o caso concreto à luz da perspectiva habermasiana de democracia.

Parte-se da hipótese de que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, o pedido de desapropriação deve se encontrar acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, o que pode ser constatado utilizando-se do modelo habermasiano.

Logo, para viabilizar o teste da hipótese, esta pesquisa é realizada com finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa, assim como é realizada pelos procedimentos bibliográficos e documentais.

Para fins de posterior debate sobre o caso concreto, o estudo se inicia trazendo na primeira seção o delineamento dos conceitos de interesse público e de discricionariedade administrativa, a partir da Revolução Francesa e o surgimento dos conceitos de interesse público e discricionariedade. Na segunda seção, trazem-se a exame as premissas da teoria discursiva-procedimental defendida pelo filósofo tedesco. Na terceira seção se aborda o caso concreto. Na quarta seção, a partir dos elementos já expostos quanto ao interesse público e discricionariedade administrativa e critérios para o modelo habermasiano de democracia procedimental,

analisam-se os termos do pedido do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, que é o caso concreto em análise.

Por fim, atinge-se a conclusão de que os objetivos foram atendidos e a pergunta central restou respondida com a confirmação da hipótese inicial: o pedido de desapropriação não pode ser feito se acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, por uma construção em intersubjetividade como proposto pelo modelo habermasiano; e que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, lhe faltou juridicidade, inclusive pelo ato não se coadunar com a democracia procedimental habermasiana.

2 CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS DISCRICIONÁRIOS: A SINDICABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Pelo seu caráter difusor, a Revolução Francesa é considerada o marco para a passagem para a Idade Contemporânea. E importa apontar que a própria noção de ato administrativo surge após a revolução francesa, pois antes tais ações eram entendidas como atos regulares do Rei ou da Coroa. Portanto, a submissão do Poder Executivo à lei surge com o advento do Estado de Direito, devendo-se inclusive concluir que o “Estado tem uma ligação visceral com o direito” (SALGADO, 2017, p. 49).

Portanto, a premissa que diz respeito à necessidade dos políticos em respeitarem o direito é, de certa forma, recente, como já consagrado pelo teor do art. 29 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), pois o querer de um governante costumava não encontrar limites (*volunta regis suprema lex*). Somente com a Revolução Francesa e o fim do absolutismo, começou-se a limitar o Estado e o Governante, com fins a proteger a população do voluntarismo e interesses particulares de quem exercia o poder.

Portanto, há uma importante alteração conceitual quanto à percepção de como o ato administrativo discricionário pode ser revisado, com a

transição para o Estado de Direito. E à própria noção de legalidade que não pode mais se limitar apenas ao aspecto formal, pois deve haver conformação a um conjunto de critérios obrigatórios, desde as leis existentes, contexto cultural e princípios em vigor.

Um ato segue sendo arbitrário, como explica Rosenfield (2008, 123), “se um governo age arbitrariamente e esse arbítrio segue as leis existentes, isto não significa que a ação daí resultante seja conforme o estado de direito, embora seja legal”, ou seja, há um aumento na tensão entre facticidade e validade, na esteira dos ensinamos de Jürgen Habermas, que será aprofundada adiante.

Logo, faz-se necessário compreender a construção sobre o controle quanto à discricionariedade administrativa que repousa justamente em limites interpretativos, partindo-se da letra da lei.

Na passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, o cidadão passa a ser visto como sujeito de direitos a ser protegido por um regime legalista de administração. O homem, enquanto sujeito de direitos, passa também a ser a fonte emanadora do poder e não mais mero destinatário. Queiró (1946) inclusive defende que o Estado Moderno depende igualmente da discricionariedade como ocorria em tempos de Estado de Polícia. Esse é o principal pressuposto para sua compreensão sobre desvio de poder.

A aparente contradição se desfaz quando se observa ser inarredável a conclusão de que ao legislador não é possível tudo prever, não só pela mutabilidade inerente à sociedade, mas também, sob pena de se passar da abstração à individualização, ferindo assim, o objetivo do próprio Estado de Direito (QUEIRÓ, 1946, 56-57)¹. Sobre o controle dos atos da administração

¹ Queiró se debruça sobre a liberdade do governante: “Não tratamos de saber se, dum ponto de vista de política administrativa, essa liberdade é ou não desejável, se o legislador deve substituir à sua apreciação da Administração. Nós encaramos aquele Estado (que é precisamente o Estado de Direito, onde vigora a Administração legal), onde a determinação dos conceitos jurídicos se mistura em maior ou menor medida, por variadas razões extra-jurídicas, com conceitos de significação indeterminada. Há porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da

pública, França (2000, p. 119-123) aponta que o regime presidencialista tem maior relevância porque tais regimes apresentam mais definida a separação de poderes.

Como a atuação estatal precisa se materializar para alcançar os fins e objetivos do Estado, alguns atos hão, naturalmente, de se chocar contra interesses específicos individuais ou transindividuais. Por vezes, a atuação repousará em situação objeto de discricionariedade ao administrador, seja pela existência de conceitos jurídicos indeterminados, seja pela impossibilidade de a lei prever todas as situações a serem reguladas, de modo que caberá ao agente público avaliar a conveniência e a oportunidade para a sua atuação (que deverá ser balizada pelo limite interpretativo aos conceitos pertinentes).

Sobre a atuação do agente público, Queiró (1946, p. 55) destaca a importância da fundamentação e da interpretação. A certos motivos deve haver certa atividade interpretativa e a outros, não. Assim, entre a *norma* e a *realidade*, existe o agente. Em direito público, ensina Queiró (1946, p. 55) que o ato administrativo funciona como consequência jurídica, porquanto obrigatório. E ao legislador é confiado atribuir ordens e enunciados com certa medida de vagueza e incerteza, tendo em vista que é impossível, para muitas hipóteses, dar uma obrigação exata, como é o caso de conceituar interesse público. Logo, ao executar as ordens emanadas da lei ou as interpretar, deve o agente fixar-se nos conceitos e optar fundamentadamente dentre as várias possíveis interpretações.

Portanto, à luz deste autor (Queiró, 1946, p. 55-56), para uma dada realidade, as condições de fato apontadas por uma norma são o mínimo exigível para atribuir um ato à administração. Primeiro o agente interpreta (indicando uma correta teoria de interpretação das leis administrativas) até o ponto em que não tem mais como verificar a incerteza da vontade legal. O

abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito”.

campo de liberdade é circunscrito à determinação de sua competência, do conteúdo de agir, após o processo interpretativo que se divide em duas espécies: (a) Conceitos de significação definível; e (b) Conceitos de significação exata indeterminada ou plurissignificativos, aqueles que comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, ou seja, não se trata de um número indefinido delas.

Queiró não se debruça sobre se desejável ou não essa liberdade, pois a considera como da substância de si mesma. Para o Estado de Direito, no qual vigora a administração legal, a determinação dos conceitos jurídicos se mistura em maior ou menor medida, pelas mais diversas razões extra-jurídicas, com conceitos indeterminados (QUEIRÓ, 1946, p. 57).

Desde o século XIX, como visto, vem sendo percorrido trajeto no sentido de melhor compreensão e cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária.

A discricionariedade administrativa ocorre diante de situações de conveniência e oportunidade para o alcance dos desideratos da coletividade, cabendo o julgamento dessa valoração ao agente administrativo competente no âmbito de sua atuação. É deveras importante e significativo o poder discricionário dado ao agente público. Convém apontar, contudo, que esse poder não é ilimitado e deve ser utilizado sempre para a escolha da melhor opção e necessariamente para o atendimento de fim público e interesse público.

Ademais, a atuação discricionária, além da parcimônia, deve sempre verter os olhos aos princípios que compõem o norte da atuação da administração pública, sendo o fim precípua de sua atuação.

Segundo Binenbojm (2014, p. 30), a concepção dominante de interesse público seria de uma conceituação unitária, traduzindo-se como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Marçal Justen Filho (2005, p. 116), por sua vez, aduz que o

interesse público não se enleia com o interesse do agente público, tendo em vista que o interesse privado e particular do agente público não é interesse público, mas mero alvedrio pessoal.

De se destacar um problema teórico a ser considerado na concepção unitária de interesse público haja vista que é inviável, *a priori*, à luz da estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais, a determinação de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais (BINENBOJM, 2014, p. 32). Assim, quando a Constituição e as leis não trouxerem os juízos possíveis de ponderação entre tais interesses, caberá à Administração lançar mão da ponderação dos interesses de todos os atores envolvidos na questão, buscando sua máxima realização.

A importância da aferição do interesse público no caso concreto, portanto, se impõe, pois mesmo em uma democracia as normas podem ser arbitrárias a ponto de se estabelecer o despotismo (HAYEK, 2010, p. 97). Assim, para a teoria do abuso de direito, como sintetizado por Mello (2007, p. 489-490), “[...] ocorre ilicitude, por ação ou omissão, pois o titular do direito, embora o exerça, formalmente, em consonância com a lei, agrava o ordenamento jurídico, segundo o interesse social que ela visa resguardar”.

Há de se considerar também que, em que pese esses novos modelos de Estado Democráticos de Direito venham a criar ferramentas que se perpetuam no sentido de evitar excessos por outros órgãos exercentes do Poder Público, as “conciliações pelo alto” das elites políticas, que fazem parte do universo jus-político brasileiro, interferem diretamente nesse tópico de freios e contrapesos e estrita observação às definições legais, pois os exercentes dos três poderes, que desempenham papéis de influência entre si, podem, por meio desses acordos mútuos, afastar as massas contrárias aos seus interesses e encaminhar as reformas sociais conforme o que é mais interessante para eles, como assim ressalta do Vale (2018):

[...] as forças dominantes da nação brasileira sempre reagiram lançando mão de um número limitado de estratégias políticas, sempre as mesmas, dentre as quais se avultava a Conciliação pelo Alto, isto é, os acordos entre as facções políticas rivais que disputavam o poder político da nação; na verdade, os recursos financeiros do país, sem a participação efetiva do povo. Pode-se dizer que a Conciliação pelo Alto é forma de acomodação entre adversário de um sistema político nitidamente conservador. [...] A estratégia do Senador Antônio Carlos Magalhães, da Bahia, era conseguir com o instrumento televisivo alcançar a unidade nacional, mesmo que de início, de modo precário ou limitado, colocado a serviço do Brasil Grande proposto pela Ditadura. TV, cooptação, agrados financeiros e manipulação de político e da massa popular são instrumentos políticos geradores de hegemonia em terras brasileiras e constituem formas de Conciliação pelo Alto. (VALE, 2018)

Quanto ao controle realizado pela própria Administração, não sobram maiores dúvidas, uma vez que este “compreende o autocontrole” (FRANÇA, 2000, p. 117), materializando-se no exercício da autotutela administrativa e no desempenho do poder disciplinar. Por sua vez, o controle legislativo, também denominado controle parlamentar, é realizado de modo externo à atividade administrativa pelas casas legislativas do respectivo ente federado com o importante auxílio dos Tribunais de Contas e sua atuação fiscalizadora, “assumindo em nosso sistema um caráter essencialmente político” (FRANÇA, 2000, p. 118).

Já no tocante ao controle jurisdicional do ato discricionário, em seu mérito (ou seja, para além dos objetivos elementos de formalidade), a discussão levanta acalourados debates que trazem por pano de fundo a separação de poderes e o funcionamento destes de forma harmônica.

A sindicabilidade do ato discricionário já tinha avançada discussão no estrangeiro, mas no Brasil, a matéria era até encarada com certo fetichismo pelos tribunais que se negavam a enfrentar a questão da possível arbitrariedade no exercício de um suposto poder discricionário. Foi somente em 1941 que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por meio da

Apelação Cível nº 1.422², de relatoria do Desembargador Miguel Seabra Fagundes, permitiu o controle do ato nomeado discricionário, mas de conteúdo arbitrário.

No caso pioneiro, Fagundes inovou ao reconhecer como pretexto de discricionariedade um ato abusivo, ou seja, a discricionariedade fora levantada para proteger um ato não hábil a atender a finalidade legal. O aresto demonstrou que o controle fulcrado em aspectos meramente formais da legalidade dos atos discricionários era insuficiente para coibir os abusos perpetrados pela burocracia, sendo necessário ir além. E no sentido do paulatino alargamento do controle judicial do ato administrativo judicial seguiu a jurisprudência brasileira.

Tanto os atos vinculados quanto os discricionários são, como já abordado, de premente valor para o desenvolvimento da atividade estatal, pois são expressões possíveis do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Um fator de importante ponderação é a questão da generalizada e indevida simplificação entre atos vinculados e atos discricionários. Como colocado por Andreas Krell (2013, p. 24), a subdivisão do ato administrativo em seus elementos é responsável por essa generalização.

No que toca à jurisprudência, entre a plena sindicabilidade dos atos discricionários e à vedação por inteiro, recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – adotou a teoria dos graus de vinculação à juridicidade (STF, 2021, p. 140)³. Um controle judicial gradual dos conceitos

² LEAL, VICTOR NUNES. Acórdão com comentários de Vítor Nunes Leal, disponível na Biblioteca da FGV: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>.

³ [...] embora a prerrogativa caiba ao Presidente da República, o ato é vinculado aos termos do tratado. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binbenojm, “*não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios. O ato de extradição ora analisado situa-se na segunda escala de vinculação: a vinculação a conceitos jurídicos indeterminados – ou, na expressão do Ministro Eros Grau,

indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito, o que parece ser a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação de poderes e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

A justificativa de suposta invulnerabilidade judicial dos atos administrativos, portanto:

[...] é danosa ao próprio princípio da separação de poderes, podendo gerar uma anacrônica tutela de injuridicidade por que tem, por dever constitucional, que ser o último recurso para a preservação da ordem jurídica. (FRANÇA, 2000, p. 119-123)

A característica mais marcante para identificação de um país como livre é a observância dos princípios que conformam o Estado de Direito. É clara a necessidade de redução, tanto quanto possível, do arbítrio aos órgãos executivos (HAYEK, 2010, p. 89), uma vez que a “lei, no sentido verdadeiro do termo, reside em proteger a liberdade e a propriedade” (ROSENFELD, 2008, p. 52). O Direito figura, portanto, como um limitador da atividade política, pois sua aplicação ao caso concreto cerceia e limita a tal atividade (VENOSA, 2014, p. 231).

Pelo exposto, é imprescindível reconhecer a possibilidade de revisão judicial de atos arbitrários travestidos de discricionariedade, pois o mérito do ato se torna sindicalizável judicialmente justamente pela ausência de finalidade e interesse públicos, de modo que, ao judiciário é reconhecida competência para análise sem invadir a separação e o equilíbrio de poderes.

“noções”. Isso porque o artigo III, 1, f, do Tratado suprarreferido estabelece hipóteses nas quais é possível que um Estado-parte rejeite a entrega pleiteada pelo outro, todas expressas por termos jurídicos indefinidos, os quais servirão de base para que o intérprete, de posse de suas pré-compreensões, faça surgir a norma aplicável ao caso. Eis o teor do dispositivo: Artigo III. Casos de Recusa da Extradução. 1. A Extradução não será concedida: [...] f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados (BRASIL, STF, Pet Av. Ext. 1.085, p. 17 voto e 140 acórdão, grifo nosso).

Na mesma toada, para o Estado de Direito, não sendo arbitrário o mérito, não há possibilidade de revisão de ato político desempenhado dentro da geometria formal adequada e com o conteúdo possível, ainda que outras opções igualmente possíveis tenham sido preteridas pelo administrador em sua opção discricionária. Ou seja, é necessário analisar o conflito entre a validade e a facticidade, como defendido por Habermas e aprofundado no tópico a seguir.

3 ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR

Para Habermas:

[...] as normas de orientação necessária do pensamento elaboradas pela fenomenologia não deixam de incidir em processos *formativos* da sociedade, e como uma normatividade tão objetivista quanto àquela das cosmogonias que o positivismo pretendeu extinguir [...]. (BLOTTA, 2010, p. 128)

Pelo que a compreensão dos limites à discricionariedade administrativa perpassa por critérios além da geometria da legalidade, proposta por Kelsen. Acertada essa compreensão de Habermas, eis que não se pode olvidar que rapidez e imprevisibilidade das mudanças no mundo atual denotam a impossibilidade concreta de o legislador prever e regular, e até pelo lento processo inerente ao Legislativo.

O filósofo alemão Jürgen Habermas conta com uma vasta obra, cuja interdisciplinaridade é característica marcante, de modo que o autor transita entre temas cambiantes que perpassam à sociologia, à história, à psicologia, à filosofia da linguagem, à filosofia política e até mesmo a dogmática jurídica, de modo que se mostra deveras difícil o vincular a uma única disciplina específica.

Contudo, para os fins da presente pesquisa interessa-nos os aspectos da filosofia política de cariz habermasiano, mormente no que atine à sua

concepção de democracia procedimental, porquanto o caso concreto em análise sugere, à primeira vista, a utilização sub-reptícia do poder administrativo inerente a um órgão público do Estado do Rio Grande do Norte.

Em sua obra de referência (*Teoria da Ação Comunicativa*), Habermas (2022, p. 409) identifica na própria sociedade a existência de uma ação comunicativa ao lado das ações meramente teleológicas (ação estratégica e ação instrumental), cujo objetivo precípua é possibilitar o consenso entre os concernidos, a partir do *medium* linguístico, tratando-se, portanto, de “um processo de obtenção de acordo entre sujeitos capazes de falar e agir”.

Uma outra premissa fundamental na obra habermasiana diz respeito ao modelo de sociedade dicotômica proposta pelo filósofo tedesco. Segundo Habermas, a sociedade deve ser observada a partir da tensão existente entre mundo da vida e sistema:

Arrastadas para cá e para lá entre facticidade e validade, as teorias da política e do direito se decompõem em campos que ainda tem pouco a dizer entre si. A tensão entre abordagens normativistas, que sempre correm o risco de perder o contato com a realidade social, e abordagens objetivistas, que se tornam cegas perante todos os aspectos normativos, pode ser compreendida como advertência para não nos fixarmos em uma perspectiva disciplinar, mas nos mantermos abertos para diferentes finalidades teóricas (explicação de compreensão de sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), diferentes perspectivas de papéis (juiz, político, legislador, cliente e cidadão) e atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêutico, crítico, analítico etc.). (HABERMAS, 2020, p. 39)

O mundo da vida diz respeito ao “complexo heterogêneo de formas de vida expressas linguisticamente e que compõe o horizonte de sentido de que servem os atores sociais, representando o ‘pano de fundo’ onde vivifica o agir comunicativo” (GÓES, 2013, p. 70), expressando-se nos componentes da cultura, personalidade e solidariedade e tendo como função primordial a

reprodução simbólica da sociedade. Por outro lado, a definição de sistema em Habermas tem aporte na sociologia de Talcott Parsons, e, nada obstante algumas distinções em relação ao sistema parsoniano (HABERMAS, 2012, p. 276), pode ser concebido como os imperativos de controle político e econômico, sendo sua principal finalidade a reprodução material da sociedade.

Habermas entende que a evolução social ocorre a partir dessa tensão entre o mundo vivido e os imperativos sistêmicos (HABERMAS, 2012, p. 220); entretanto, a racionalidade extremada que marcou a modernidade culminou na hipertrofia dos imperativos sistêmicos, de modo que estes passaram a subjugar os componentes do mundo da vida, a ponto de gerar efeitos reificantes em suas estruturas comunicacionais, naquilo que o filósofo alemão denominou por “colonização do mundo da vida pelo sistema” (PINTO, 1995).

Urge destacar que a colonização do mundo da vida pelo sistema se trata de verdadeira patologia social, uma vez que põe em cheque o equilíbrio entre a reprodução simbólica e material da sociedade, sobrelevando esta última.

Para Habermas, é por intermédio do direito que o sistema coloniza o mundo da vida, sobretudo por possibilitar a subjugação das estruturas comunicacionais do mundo vivido “perturbando-lhe os processos de reprodução e, assim, ameaçando a manutenção de seus componentes” (NEVES, 2012, p. 75). Um exemplo simplório da colonização do mundo da vida é a excessiva burocratização das atividades estatais, bem como a utilização de prerrogativas dos poderes públicos para a obtenção de interesses espúrios.

No entanto, dez anos após o desenvolvimento da teoria da ação comunicativa, Habermas, na obra *Facticidade e Validade*, reconstrói⁴ sua

⁴ O método de análise desenvolvido por Habermas é denominado de reconstrução, e se configura como a releitura de institutos e teorias anteriores, de modo a identificar os potenciais

concepção de direito a partir da metáfora da charneira (dobradiça), de modo que sistema e mundo da vida se implicam mutuamente, a ponto de as estruturas simbólicas do mundo da vida, quando em ebulição, determinarem a institucionalização de campos outrora de pleno domínio sistêmico. Como exemplos dessa redefinição, destacam-se os direitos reconhecidos às esferas públicas minoritárias, tais quais a feminista, a dos negros e a dos homossexuais.

Assim, a democracia procedimental preconizada por Habermas se volta, justamente, a possibilitar que todas as visões de mundo (cosmovisões) tenham assento no debate público, de modo que as discussões originariamente desenvolvidas no âmbito privado e que alcancem a opinião pública produzida no cerne das esferas públicas possam, a partir da ação comunicativa, converter-se em poder comunicativo e, em última ordem, influenciar os imperativos sistêmicos por meio do direito, a ponto de serem institucionalizadas.

Destaque-se que a democracia procedimental não tem nenhum compromisso prévio com nenhuma forma de vida ou ideologia. Em verdade, a sua gênese é possibilitar a realização de procedimentos públicos discursivos, com base na linguagem e na preponderância do melhor argumento, de sorte a prestar legitimidade às opções adotadas pelo sistema político.

Com esse recorte inicial, passa-se a analisar a postura adotada pelo TCE/RN à luz da proposta de democracia procedimental idealizada por Habermas.

emancipatórios dessas, bem como os correspondentes bloqueios, de modo a propor alternativas para que as mesmas alcancem os desideratos prometidos.

4 CASO CONCRETO: DISCRICIONARIEDADE OU ARBITRARIEDADE?

A interpretação dos conceitos jurídicos se mistura, em maior ou menor medida, com conceitos de significação indeterminadas e as razões são as mais variadas e extrajurídicas (Queiró, 1946, p. 55), impondo ao operador do direito atuar com atenção e imparcialidade para evitar abusos e desvios de poder. E o caso em cotejo abarca uma situação em que se impõe questionar se houve abuso de poder por falta de interesse público, bem como se a postura adotada pelo ente público está em consonância com o modelo democrático.

O Processo Administrativo nº 51965/2015-1 foi iniciado na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, em 19 de março de 2015, a pedido do então Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte – TCE/RN, por meio do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, visando à desapropriação do imóvel registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, apresentando a seguinte justificativa expropriatória:

O interesse público na expropriação do supramencionado imóvel justifica-se na necessidade de ampliação das instalações físicas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte - TCE/RN, para o adequado desenvolvimento de suas atividades institucionais, a qual será viabilizada pela construção de um edifício anexo à sua sede na Avenida Presidente Getúlio Vargas, nº 690, Petrópolis, Natal/RN, incluindo pavimentos de garagem com vagas de estacionamento destinadas aos veículos oficiais, dos servidores integrantes de seu Quadro de Pessoal e dos visitantes em geral.

Registre-se que o citado imóvel urbano, há décadas sem qualquer edificação, encontra-se encravado na mesma quadra, contíguo ao edifício-sede desta Corte de Contas – TCE/RN. Esclareça-se, por oportuno, que esse imóvel que ora se pleiteia a intervenção do Estado se apresenta como aquele que melhor se adequa aos aspectos finalísticos postulados, visto que há décadas sem qualquer edificação, não dando cumprimento, destarte, ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Em sendo assim, a obtenção do imóvel referenciado viabilizará a funcionalidade do prédio-sede desta Corte, historicamente prejudicado por se conter em um espaço fundiário exíguo.

Reforça a conveniência e a oportunidade na desapropriação para fins de utilidade pública, a necessidade do TCE/RN expandir sua infraestrutura ante a crescente demanda, incluindo a possibilidade de **acomodar, com segurança, os veículos oficiais, dos cerca de 540 (quinhentos e quarenta) servidores e dos visitantes em geral**, contribuindo com a municipalidade no tocante à mitigação dos efeitos deletérios da crônica ausência de espaços para a guarda de veículos na cidade, além de otimizar a mobilidade urbana, permitindo uma melhor fluidez do trânsito nas imediações de sua sede.

De certo modo, reflexamente, também será medida que contribuirá com a segurança pública, pois evita a exposição de pessoas e veículos em geral, segurança essa que vem sendo vulnerada a cada dia. Ademais, não é despidendo lembrar que o prédio-sede desta Corte pende de “habite-se” porque há anos não pode construir vagas de estacionamento compatíveis com os seus atuais doze pavimentos. A obtenção suscitada, pois, ensejará a legalização definitiva do prédio-sede deste TCE/RN.

Consoante prescreve o art. 110, §2º, da Lei Complementar Municipal n. 055/2004, Código de Obras e Edificações do Município do Natal/RN, as vagas de estacionamento podem ser disponibilizadas, para fins de “habite-se”, num raio de até 200 metros do ponto médio da testada do lote de referência. Na hipótese, tal situação é atendida, pois, como dito, trata-se de um imóvel contíguo.

Nesse sentido, o interesse público na desapropriação é cristalino, permitindo que o estado dê uma finalidade nobre e razoável ao imóvel, ao incorporá-lo ao patrimônio público, em especial ao TCE/RN.

Isto posto, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXIV) e do Decreto-Lei 3.365/41, a desapropriação do imóvel aludido é medida que se impõe, com o que se requer a Vossa Excelência encaminhar os tramites regulares, em especial junto à Procuradoria-Geral do Estado, e à Comissão Permanente de Avaliação do Estado para a produção das peças técnicas imprescindíveis a efetivação da medida expropriatória. (grifos acrescidos)

O Ofício nº 164/2015 GP/TCE/RN, acima transcrito e objeto desta análise, iniciou o processo administrativo de desapropriação, sem informar a que se destinaria a pretendida expansão, apenas especificou que seriam necessárias mais 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem para atender

a “demanda atual” (ou seja, antes da expansão), imprescindíveis à obtenção do “habite-se” da sede do Tribunal.

Assim, o ato expropriatório em análise fundamentou-se em 03 (três) aspectos simultaneamente: (a) Espaço fundiário historicamente exíguo e necessidade de expansão do órgão; (b) Prover a estrutura da garagem para a obtenção de “habite-se” para regularização definitiva da sede; e (c) Expandir e atender a demanda de 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem e, assim, contribuir com a municipalidade no tocante à segurança, mobilidade urbana e mitigação dos efeitos deletérios da ausência de estacionamento na cidade.

Em suma, a necessidade da Corte de Contas, segundo o reportado ofício, seria atender à gigantesca e atual necessidade de 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem e, em cima disso, expandir sua estrutura para finalidade não especificada, o que impactaria, conseqüentemente, no aumento da necessidade de vagas de garagem.

Vários são os aspectos que apontam no sentido da pretensão de desapropriação não ser hipótese compatível com o interesse e utilidade públicos no caso em tela, a principiar pela pertinência da conceituação negativa de interesse público desenvolvida por Marçal Justen Filho (2005, p. 37), a qual demonstra que o interesse público não se enleia com o interesse do agente público, tendo em vista que o interesse privado e particular do agente público não figura como sinônimo de interesse público.

Em sendo assim, necessário se faz tecer algumas pontuações fáticas necessárias à análise do caso concreto.

O prédio-sede da Corte de Contas potiguar, empreendimento sem licenciamento urbanístico ou ambiental, construído ao arpejo dos ditames do plano diretor da cidade e legislação correspondente, pretende a desapropriação de uma área nobre da capital potiguar para nela construir prédio anexo para comportar 540 (quinhentos e quarenta) veículos

particulares para atender sua necessidade atual e ainda expandir sua estrutura, em conformidade com o Ofício 164/2015 do TCE/RN.

Tal pedido buscou guarida na possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada, que resulta da própria dinâmica inerente ao modelo estatal. Da doutrina do *laissez faire* ao Estado-de-bem-estar, a busca era por um Estado mais propício à concretização das aspirações coletivas.

Como já abordado, o Estado contemporâneo precisou imiscuir-se nas relações privadas, assumindo a tarefa de assegurar a prestação dos serviços elencados como fundamentais, almejando a proteção da sociedade como um todo, e não como coletivo de individualidades. Daí, o surgimento da teoria da supremacia do interesse público sobre o particular.

Resultando da opção política traçada na Constituição, a desapropriação é uma instituição administrativa. Se inexistisse a ideologia política relativa à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente pensar em desapropriação. Por esse motivo, Madeira *apud* Carvalho Filho (2012, p. 808) ressalta ser sempre bom não perder de vista que o instituto da desapropriação envolve aspectos de natureza política, administrativa e social, o que reclama necessariamente cuidado maior quando de seu exame.

A fonte normativa da desapropriação encontra-se no artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal, que traz dois inseparáveis pilares: utilidade pública e interesse social. Trata-se de um modo de aquisição originária da propriedade, ou seja, dá início à cadeia causal para futuras transferências do bem.

Não adentrando na análise sobre ser crime ampliar empreendimento sem licenciamento ambiental (Lei federal nº 9.605/98, art. 60)⁵ ou mesmo

⁵ Lei federal nº 9.605/98, “art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

sobre a existência ou não de interesse ou finalidade pública para atender aos 540 (quinhentos e quarenta) veículos particulares a serem beneficiados com esse investimento público, o certo é que o pedido expropriatório inicia a fase administrativa da desapropriação, na qual se reconhece ou não a utilidade pública, conceito que abarca os pilares necessidade pública e interesse social. Ou seja, é um ato administrativo de extrema importância e que deve, necessariamente, atender a todos os aspectos de formalidade e fundamentação do mérito.

Aponta-se ainda que, não obstante ser a Constituição Federal do ano de 1988 lei que rege o processo expropriatório, é a Lei federal nº 3.365 de 1941 redigida em pleno período ditatorial. Segundo referido diploma, para o prosseguimento da fase administrativa, o ente interessado na expropriação deve comprovar dotação orçamentária para o pagamento de indenização ao proprietário, conforme avaliação nos autos administrativos. O ápice da fase administrativa é o reconhecimento da utilidade pública a ser dada ao bem, que é reconhecida pelo prefeito, governador ou presidente, a depender da circunscrição onde se situe o bem.

No entanto, existem limites à desapropriação.

Do estudo da Teoria Geral do Estado, extrai-se que, antes de se garantir o direito à vida, foi evidenciada a proteção à propriedade, sendo um dos primeiros passos para os atuais direitos e garantias fundamentais, sobretudo por se tratar do direito liberal de maior envergadura.

Nesse sentido, a desapropriação é um instrumento deveras importante para assegurar o benefício e o interesse da coletividade, protegendo o todo do interesse particular prejudicial ao todo. Bastante complexo é o instrumento e igualmente essencial ao Estado. Os limites existem para coibir abusos, clientelismos e demais ilegalidades. A lei expressamente veda a desapropriação da propriedade produtiva (para fins de reforma agrária), bens de particulares situados em outro Estado, a moeda corrente e os direitos personalíssimos, tais como a honra, a liberdade e a

cidadania. Por outro lado, é possível a desapropriação de bens públicos na direção vertical das entidades Federativas. Outrossim, é possível a desapropriação de bens da administração indireta.

Acompanhando a linha de evolução do conceito de Estado, da irresponsabilidade à responsabilidade sobre atos estatais e dos governantes, percebe-se que ainda hoje existem gestores públicos que acreditam ser ilimitado o uso da discricionariedade administrativa, convertendo-a em arbitrariedade. Ocorre que, como estabelecido, no reportado acórdão da Apelação Cível nº 1.422, o pretexto de discricionariedade não torna insindicação o ato administrativo, pois, em nenhuma situação, é possível ao agente administrativo agir *contra legem*, muito menos se agarrando ao conceito de discricionariedade administrativa, cuja nomenclatura, por si só, não reveste ato arbitrário de proteção à revisão e controle externos ao Poder Administrativo. Da mesma maneira, o ato discricionário não pode se pautar em fins meramente estratégicos capazes de subverter o ideário democrático.

Silva (2004, p. 133) explica ainda que o agente administrativo não é imune aos seus próprios interesses particulares ou ao de *lobbies*. Inclusive há várias teorias econômicas aplicadas à política e à administração pública, como o fenômeno da captura, em que empresas reguladas se assenhoram do mercado por meio de alto poder econômico e independência de agências reguladoras totalmente independentes. Ou seja, é inegável que também há de se considerar que as ações na esfera pública são, sim, políticas num sentido muito específico: interesses privados dentro e fora do Estado são relevantes para explicar as próprias ações de governo. Logo, Silva (2004) conclui que a desconsideração da existência de outros interesses além do público, nos modelos de controle sobre o comportamento dos agentes públicos e da corrupção, pode trazer sérias consequências para as políticas de reforma e moralização do Estado.

No mesmo sentido, o autor (2004, p. 133-134) aponta a necessidade de leis severas para coibir o clientelismo e a corrupção na produção de bens

públicos. De fato, o Estado gerencial não é puro ou perfeito, “políticos e burocratas representam seus interesses dentro do governo e os interesses de agentes privados que se organizam coletivamente para agir sobre a máquina governamental” (SILVA, 2004, p. 134).

Voltando ao caso em estudo, é questionável se há discricionariedade administrativa na pretensão expansiva da estrutura de um órgão público nas condições postas no ato em escrutínio. De toda sorte, não é porque um gestor escolheu essa opção para concretizar essa pretensão que tal escolha, por consequência, seja considerada interesse público. Eis a questão.

A área que o TCE/RN busca desapropriar diz respeito a dois imóveis pertencentes a duas coletividades condominiais, cujos respectivos proprietários residem no local e utilizam, normalmente, o espaço visado pelo ente público.

Entretanto, se por um lado o Decreto Expropriatório atinge diretamente um contingente restrito de pessoas, aproximadamente 40 (quarenta) famílias, convém, ainda, informar que o imóvel cuja desapropriação é buscada localiza-se em uma estreita rua sem saída, integrada por 06 (seis) edifícios com apenas uma vaga de garagem cada, os quais abrigam 200 (duzentas) famílias, sem vagas para visitantes.

A ausência anterior de controle estatal pelos órgãos competentes permitiu que o TCE/RN construísse o prédio de sua sede em total desrespeito às normas urbanísticas, ou seja, em desacordo com o interesse público, de sorte, que hoje busca a desapropriação de um imóvel particular no afã de sanar a irregularidade inicial, sem alterar a sede de seu atual endereço em um dos bairros mais nobres e valorizados da capital potiguar.

Como se observa do pedido feito pelo TCE, a necessidade premente é para atender 540 (quinhentos e quarenta) veículos e ainda expandir sua estrutura. Em sua curta fundamentação, a motivação do ato administrativo é totalmente restrita ao interesse do administrador público em permanecer em sua sede atual, não sendo explicado ou mencionado o impacto da expansão da

estrutura para a coletividade imediatamente circundante, cujo interesse sequer fora cogitado, como se observa do texto do decreto expropriatório.

Ora, a preferência do gestor público em manter-se uma estrutura construída, confessadamente exígua, e construída em total desacordo com as normas urbanísticas, para além disso expandir suas instalações no mesmo lugar, não se confunde com o interesse público na expansão da atividade do TCE, que poderia ocorrer para outro endereço.

Binenbojm (2014, p. 32) critica a visão unitarista do interesse público e Queiró (1946) exige a interpretação dos conceitos à luz dos interesses de todos os atores envolvidos. Entretanto, no ato em questão, somente se trouxe a vontade do administrador público em se manter em seu endereço atual, em bairro nobre, ainda que outras opções pudessem ser consideradas. Logo, restou indubitavelmente falha a fundamentação, impedindo ao intérprete daquele ato a plena compreensão dos interesses em conflitos para fins de estabelecimento de qual interesse prevalecer.

A omissão sobre outras alternativas, com as valorações financeiras, as análises de impacto urbanístico, de trânsito, como tal pretensão atinge os direta e indiretamente interessados, torna efetivamente falho o ato em perscrute.

O Plano Diretor da Cidade de Natal, à época do pedido, definia uma série de critérios e serve a orientar, dentre outros aspectos, a construção civil, definindo vagas de garagem e potencial construtivo. Considerando a vigência do Plano Diretor anterior, verifica-se que o prédio já fora construído em desacordo com a estipulação legal do número de vagas, entre outras irregularidades, ou seja, ao arrepio da lei. Por esse motivo, como reconhecido pelo próprio Presidente da Corte de Contas em questão, nunca houve expedição de “habite-se” para o prédio da sede do TCE/RN.

Salta aos olhos que uma das motivações do pedido expropriatório foi a regularização da construção para fins de habite-se. Isto por que, não importa de quando é a construção, a adequação do empreendimento, para

número de vagas, deve seguir o plano diretor vigente à época da aprovação do projeto. Ulterior modificação pode ensejar número maior ou menor de vagas; no entanto, o que avulta do pedido formulado pela Corte de Contas potiguar é o interesse em expandir ainda mais sua estrutura ainda que exíguo seja o seu espaço e exígua seja a área que pretende desapropriar.

Compreendidos os fatos, passa-se ao estudo do caso à luz da perspectiva habermasiana.

5 ANÁLISE DO CASO PELA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

Considerando os fatos postos, e as digressões sobre discricionariedade e sobre os pressupostos habermasianos, resta indubitável que a postura adotada pelo TCE/RN em requerer a desapropriação de propriedades privadas para o alcance do interesse próprio dos gestores configura nítida ação estratégica, fundada no vago e genérico argumento de supremacia do interesse público sobre o privado. Tal postura não se coaduna com o modelo procedimental de democracia idealizado por Jürgen Habermas, mormente por sequer ter sido possibilitado o debate público acerca das áreas objeto do decreto expropriatório almejado pelo TCE/RN.

É necessário fazer um contraponto para melhor aplicação e compreensão da teoria habermasiana: (a) de um lado, a concepção de solipsismo de interesse público, cristalizado na fórmula da representação formal pelas instituições (coincide com o interesse público, com o interesse manifestado pelo administrador público?); (b) de outro lado, a concepção baseada na prática da linguagem em um aspecto de interação e de negociação de sentidos da comunidade de falantes (o interesse público depende da comunidade que vive esta concepção, logo ela que deve expressar a necessidade de expansão da estrutura física do TCE em consonância com uma percepção de missão dessa instituição, considerados os interesses

atestados e os sacrifícios necessários, especialmente o menor sacrifício para as partes envolvidas).

Ora, se as áreas em questão se encontram encravadas em local da municipalidade cujas cercanias contam com uma comunidade bem definida, a conduta tomada pela Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Norte jamais poderia ter atuado de forma solipsista sob a mera retórica de atendimento do interesse público.

Nesse ponto, a crítica de Rosenfield (2008, 123) mencionada alhures se mostra deveras correta, pois a forma não assegura a legalidade do conteúdo, sobretudo por não ser legítimo ao poder público se valer de um conceito genérico de interesse público para justificar, como discricionária, uma postura nitidamente arbitrária.

Por seu turno, a perspectiva procedimental de cariz habermasiano implica a realização de procedimentos públicos discursivos pautados na ética argumentativa, de modo que, no caso em testilha, a comunidade que ocupa os imóveis visados pelo ato do TCE/RN, bem como os concernidos que residem no entorno de referidos prédios, deveria ter sido ouvida em momento prévio à opção da Corte de Contas potiguar. Aliás, não só ouvida. Deve-se partir de uma compreensão inicial que nem sempre o órgão interpreta mesmo o interesse público se não estiver em consonância com as práticas sociais. Por exemplo: hoje se fala em governo digital, porém, como justificar expansão de estruturas físicas quando há demanda de acesso via tecnologias de informação e comunicação?

Outrossim, o debate em torno do que, de fato, configuraria o interesse público, deveria partir dos argumentos lançados pelas esferas públicas atingidos pela escolha “discricionária” do poder público, ou seja, deveria partir da periferia para o centro de poder, de modo a transpor as eclusas e alcançar o sistema político a ponto de dotar de legitimar a decisão tomada no caso.

No entanto, não foi isso que ocorreu. A postura do TCE/RN foi tomada ao seu próprio talento, sem qualquer consulta às esferas públicas de alguma forma afetadas pelas obras a serem realizadas no local. Portanto, o fechamento procedimental promovido pelo poder público nesse caso infirmou completamente qualquer possibilidade de configuração do interesse público, o qual, como já ressaltado em seção anterior, foi invocado apenas de forma retórica para justificar interesses estratégicos dos dirigentes da Corte de Contas local.

Logo, falecem dúvidas quanto à ausência de legitimidade da postura adotada pelo TCE/RN, quando analisada sob a ótica democrático-procedimental defendida por Jürgen Habermas.

6 CONCLUSÃO

Para o presente estudo, interessou a compreensão do interesse público e da discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, para, à luz dos ensinamentos da democracia procedimental de Habermas.

Escolheu-se um caso de extremo poder estatal sobre o particular, a desapropriação, situação que importa na investigação da interpretação do que é interesse público e da importância da motivação do ato administrativo. O caso escolhido fora a fundamentação e o pedido constantes do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1, na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, visando à desapropriação do imóvel registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, terreno este de localização privilegiada, de alto custo do metro quadrado e cuja pretensão estatal afeta um universo de pessoas considerável dada a presença de muitos prédios e de ser em uma rua estreita e sem saída.

A princípio, abordou-se o delineamento dos conceitos de interesse público e de discricionariedade administrativa, partindo-se de uma análise da evolução do Estado a partir da Revolução Francesa e o surgimento dos conceitos de interesse público e discricionariedade.

Com essas premissas em mente, passou-se ao perscrute dos ensinamentos de Habermas aplicáveis à discricionariedade administrativa para poder permitir o debruce da questão central, a análise do caso concreto à luz das compreensões sobre os conceitos de Estado, interesse público e discricionariedade administrativa previamente abordados.

Considerou-se, a partir da crítica de Binbenojm ao unitarismo, quanto à concepção de interesse público e à necessidade de se considerar os interesses dos atores envolvidos, como posto por Queiró, o pedido do TCE/RN, posição dos moradores da vizinhança e dos expropriados, para, partindo de uma perspectiva macro, analisar as circunstâncias envolvendo o caso, o direito e princípios aplicáveis, levando o leitor por todos os pontos de vista envolvidos, considerados os interesses atestados e os sacrifícios necessários, especialmente o menor sacrifício para as partes envolvidas.

Ademais, a desapropriação figura como um colossal e complexo instrumento para viabilizar o funcionamento saudável da máquina estatal para o alcance dos seus fins e objetivos, inclusive dos discricionários. Tamanha importância justifica o poder de império que reveste atos como este, contudo, a desapropriação para utilidade pública é consequência da aplicação escorreita da discricionariedade administrativa, na qual o agente administrativo avalia a conveniência e a oportunidade e escolhe a melhor opção do binômio custo *versus* benefício. Ou seja, não há como se escolher à luz do dito binômio sem o desvelamento dos custos financeiros, sociais, urbanísticos etc. Daí porque se verifica a perniciosidade da omissão dessas informações em um documento tão importante como o que inaugura uma desapropriação.

Além disso, a perspectiva procedimental proposta por Habermas implica na realização de procedimentos públicos discursivos com esteio na ética argumentativa, objetivando a efetiva participação da comunidade afetada pelo ato expropriatório, bem como, a participação dos demais afetados pela desapropriação e que residem no entorno de referidos prédios. Isto porque todos deveriam ter sido ouvidos em momento prévio à opção da Corte de Contas potiguar à luz dos ensinamentos habermasianos.

Não se pode olvidar que a pretensão do TCE/RN é desapropriar para expandir uma estrutura já irregular, cometendo crime ambiental no percurso e potencializando os efeitos já deletérios ao meio ambiente natural e urbano da existente estrutura física do Tribunal de Contas potiguar, sem considerar o impacto de sua pretensão aos atores direta e indiretamente envolvidos. Há, portanto, uma atitude solipsista que compactua com a demonstração de que a pretensão é interesse do administrador público, e não resultante do interesse da coletividade, como fortemente rechaçado por Marçal Justen Filho e diametralmente oposto ao defendido por Habermas.

Verificou-se, em perspectiva histórica que a discricionariedade administrativa para convalidar atos eivados de vícios na origem com outros atos igualmente viciados constitui ato atentatório à robustez do sistema jurídico, como fortemente combatido desde 1941 por Seabra Fagundes. Em casos em que importantes conceitos administrativos se acham indevidamente revestindo atos ilegais, pode e deve agir o Judiciário e o Ministério Público, sempre no âmbito de suas competências para extirpar as ilegalidades e coibir os abusos. Igualmente podem e devem as autoridades envolvidas reavaliar seus atos sob o prisma dos princípios basilares da administração pública.

Cabe repisar que a Administração Pública, por corolário do art. 37 da Carta Maior, somente pode agir nos conformes e ditames da lei. Construir ao arrepio da legislação pertinente não é possibilidade jurídica à Corte de Contas potiguar, bem como é falha a sua pretensão de expansão nos moldes pretendidos, por meio do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, pela ausência de

fundamentação efetiva quanto ao interesse público em questão e à delimitação dos interesses dos atores envolvidos para fins de fixação *a posteriori* de qual o interesse a prevalecer, como defendido por Binbenbojm.

Voltando ao caso concreto, para expandir a infraestrutura de um órgão, a decisão é cabível ao gestor que, usando de seu poder discricionário, há de avaliar o juízo de conveniência e oportunidade e também verificar a existência de interesse público. No caso em estudo, a questão posta é que o interesse do administrador público não se confunde com o interesse da coletividade e que não há como, *a priori*, se definir qual o interesse público a prevalecer em caso de conflito.

É pressuposto da democracia procedimental preconizada por Habermas que todas as visões de mundo (cosmovisões) tenham assento no debate público. Como visto, busca-se a conversão em poder comunicativo das discussões originariamente desenvolvidas no âmbito privado e que alcancem a opinião pública produzida no cerne das esferas públicas. Isto porque, em última ordem, é possível influenciar os imperativos sistêmicos por meio do direito, buscando-se a institucionalização. Ademais, a democracia procedimental não tem nenhum compromisso prévio com nenhuma forma de vida ou ideologia, sendo um instrumento sem carga axiológica que teria sido muito útil ao caso em concreto e que não fora utilizado.

Por outras perspectivas, se percebe que a ausência de intersubjetividade na produção do ato em perscrute gerou grandes omissões ao pedido que inaugura o processo administrativo. O interesse do administrador se sobrepôs ao interesse dos demais envolvidos *a priori*, ou seja, quando os afetados e a coletividade como um todo sequer foram considerados. Essa visão solipsista do que fora indicado como interesse público é, de fato, interesse do administrador público. Como visto, distancia-se da melhor forma o ato estudado, pois em nada considerou os aspectos negativos de seu pedido, os efeitos dele sobre a população direta e

indiretamente afetada. Desta forma, indevida a aplicação dos conceitos de interesse público e discricionariedade administrativa ao caso concreto estudado.

Enfatizando a evolução da teoria do estado e limitação ao poder do governante, o trabalho abordou os conceitos basilares aplicados ao caso concreto de forma genérica, para então perscrutar o caso concreto delineando em que aspectos o pedido do TCE/RN divorcia-se da essência dos conceitos que alega em seu pedido expropriatório, confirmando-se, portanto, a hipótese delineada na abertura do trabalho.

Portanto, o cerne da discussão quanto ao presente artigo restou respondido diante da indiscutível constatação de que seja com base em critérios legais, sejam com lastro na doutrina administrativista mais abalizada, o pedido expropriatório realizado pelo TCE/RN está eivado de flagrante ilicitude. E tal postura não se coaduna com o modelo procedimental de democracia idealizado por Jürgen Habermas, mormente por sequer ter sido possibilitado o debate público acerca das áreas objeto do decreto expropriatório almejado pelo TCE/RN.

Quanto à metodologia, desenvolvida na pesquisa, não houve alteração, pois o trabalho partiu de premissas teóricas gerais quanto ao interesse público, discricionariedade administrativa e democracia procedimental, consubstanciando o método dedutivo, cuja abordagem qualitativa visou analisar o modelo de democracia procedimental adotado por Habermas, em um caso concreto.

Quanto a obstáculos, a presente pesquisa desenrolou-se sem percalços. E concluiu-se que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, o pedido de desapropriação não se encontra acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, ou seja, lhe faltaria juridicidade, inclusive pelo ato não se coadunar com a democracia procedimental habermasiana.

Por fim, recomenda-se que novas pesquisas busquem se debruçar cada vez mais sobre a natureza e importância sobre a discricionariedade administrativa percebida sobre uma perspectiva procedimental, como proposto por Habermas, no intuito de se construir uma solução à sociedade que não desconsidere importantes atores nesta construção e que se possam evitar arbitrariedades.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BLOTTA, Vitor Souza Lima. *Habermas e o Direito – da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, *DOU de 13.2.1998* e retificado em 17.2.1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção; Marcelo Nóbrega Athayde Chaves; Anderson Souza da Silva Lanzillo

HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa* – Volume 1: racionalidade da ação e racionalidade social. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. Ana Maria Capovilla, José Itálo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEAL, VITOR NUNES. *Acórdão com comentários de Vítor Nunes Leal*. [s.d.]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>. Acesso em: 03 mar. 2023.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviafã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e al´me de Luhmann e Habermas*. Trad. Marcelo Neves. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 02 abr. 2023.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. In: *Paideia*, 1995. Número 8-9. Ribeirão Preto: Disponível em:

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
325-360

<https://doi.org/10.1590/S0103-863X1995000100007>. Acesso em: 15 abr. 2023.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 6, p. 41–78, 1946. DOI: 10.12660/rda.v6.1946.9571. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>. Acesso em: 03 mar. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). *Lei Complementar nº 082, de 21 de junho de 2007*. Dispõe sobre o Plano Diretor de Natal e dá outras providências. Natal Legislação. Disponível em: https://planodiretor.natal.rn.gov.br/anexos/24_Plano_Diretor.pdf Acesso em: 11 mar. 2023.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALGADO, Karine. A república, o justo e suas consequências na leitura de Kant. In: HORTA, José Luiz Borges. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Corrupção e produção de bens públicos. In: *Economia no setor público no Brasil*. BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Roberto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://acervo.enap.gov.br/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=27848>. Acesso em: 11 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pet Av. Ext. 1.085*, de 8 de junho de 2021. Brasília: DJE 03/04/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 11 mar. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE, *Ação Civil Pública – ACP por poluição*, processo nº 0801364-51.2014.8.20.0001.

VALE, José Misael Ferreira. O golpe de 2016: O Brasil e o futuro da nação. Bauru: *Revista Ciência Geográfica*. 2018. Disponível em: https://agbbauru.org.br/publicacoes/revista/anoXXII_1/agb_xxii_1_web/Rev_AGB_dez2018-02.pdf. Acesso em: 03 abr. 2023.

Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção; Marcelo
Nóbrega Athayde Chaves; Anderson Souza da Silva Lanzillo

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*.
4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
325-360