

A DESMISTIFICAÇÃO DA FALÁCIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.¹

DESMISTIFICATION OF THE FALLACY ABOUT THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST, AND FUNDAMENTAL RIGHTS.

Ronaldo Coelho Lamarão²

RESUMO: O princípio da supremacia do interesse público tem em nossa sociedade contemporânea um valor bem diferente do que tinha outrora, antes do início do processo de constitucionalização do Direito. Naquela época todos os interesses que entravam em choque com os da Administração, curvavam-se perante eles, pois o Estado representava a coletividade e, diante da maioria, a vontade individual deveria ceder, mesmo que se tratasse de direitos fundamentais. Após o surgimento do movimento de constitucionalização, esse princípio passou a ser interpretado de maneira diversa, ponderando-se os interesses colidentes para ver, diante do princípio da proporcionalidade, qual deveria prevalecer. Assim, buscamos traçar os pontos principais que explicaram as mudanças de diretrizes, possibilitando ao leitor um maior esclarecimento sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: supremacia do interesse público sobre o particular, interesse público, interesse privado, constitucionalização, ponderação de interesses, proporcionalidade, conflito de interesses.

ABSTRACT: The principle about the supremacy of public interest, has in our Contemporary Society, a quite different value than it had before the beginning of the

¹ Artigo submetido em 09 de agosto de 2011 e aceito em 13 de setembro de 2011.

² Advogado especialista em direito público (licitações), responsabilidade civil e consumidor. Mestrando pela Universidade Gama Filho – UGF/RJ; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/ Instituto A Vez do Mestre – Centro II; Pós-Graduado em Direito Público e Tributário, com complementação em Docência Superior pela Universidade Cândido Mendes/ Instituto A Vez do Mestre – Centro II, 2007; MBA: Analista Internacional – Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, 2002. Professor universitário e de cursos livres de Pós-Graduação do Centro Universitário da Cidade - Univercidade, Professor de cursos livres da Faculdade São José e Professor substituto do curso de Pós-Graduação da A Vez do Mestre/ Universidade Cândido Mendes - UCAM. ronaldolamarao@yahoo.com.br.

process of Constitutional law. At that time, all of which were contrary to the interests, of administration (director) bowed to them. For the State represented the community, and with the majority, the individual will had to give in, even though they were individual rights. After the surge of constitutionalization, the principle has come to be interpreted differently, weighing up the conflicting interests, to see on the principle of proportionality which should prevail. So we tried to trace the major points that explain the changes in guidelines, enabling the reader a greater insight into the subject.

KEYWORDS: Supremacy of Public Interest on the particular, Public interest, Private interest, Constitutionalization, Balance of interest.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. 1.1 O surgimento do princípio. 2. A EXPRESSÃO INTERESSE PÚBLICO. 3. DO VALOR METAJURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. 3.1 Da colisão entre direitos individuais fundamentais e coletivos (interesse público). 4. DA SOLUÇÃO APRESENTADA PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSES PÚBLICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo estudar a visão moderna do consagrado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Há muito o citado princípio vem ditando os passos da Administração Pública³ e submetendo os

³ STF - RMS 22665 / DF - Distrito Federal. Recurso em mandado de segurança relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim Julgamento: 14/03/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Ementa: Constitucional. Recurso em mandado de segurança. Pedido de autorização para operar distribuição de sinais de televisão a cabo. Supremacia do interesse público sobre o privado. Autorização. Ato de natureza precária. Necessidade de preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos (conveniência e oportunidade). Ausência de direito subjetivo da recorrente. Recurso a que se nega provimento.

STJ - RMS 31073 / TO. Recurso Ordinário em Mandado De Segurança. 2009/0210689-5. Administrativo - Recurso Ordinário Em Mandado De Segurança. Contrato administrativo - Prestação De Serviço De Publicidade - Inexistência De Relação De Consumo - Incompetência Do Procon - Nulidade Da Multa Aplicada.

1. Em se tratando de contrato administrativo, em que a Administração é quem detém posição de supremacia justificada pelo interesse público, não incidem as normas contidas no CDC, especialmente quando se trata da aplicação de penalidades.
2. Somente se admite a incidência do CDC nos contratos administrativos em situações excepcionais, em que a Administração assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, o que não ocorre na espécie, por se tratar de simples contrato de prestação de serviço de publicidade.
3. Incompetência do PROCON para atuar em relação que não seja de consumo.
4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

particulares aos valores e razões da coletividade, sem que haja um exercício de ponderação de interesses.

Porém, este princípio, como veremos, é um conceito jurídico indeterminado e muito amplo, que permite ao administrador, ao utilizar esse expediente, justificar quaisquer condutas. Diante de tanta vagueza, o administrador público tem um amplo poder discricionário para submeter a sociedade às vontades do Estado ou, até mesmo, às suas próprias vontades particulares, indo contra, muitas das vezes, aos direitos fundamentais.

Por isso, indaga-se como é possível distinguir entre uma e outra conduta, entre a vontade válida e autorizada por lei e a vontade idiossincrática do administrador? Como encontrar, ou ao menos tentar, um ponto comum que garanta a correta aplicação desse princípio, se é que ele, nos dias modernos, ainda tem espaço.

Para chegar-se a uma conclusão acerca do debate traçado, faremos uma análise do princípio em conteúdo, balizado pela doutrina especializada sobre o tema e interpretando-o com os valores reconhecidos pela constituição de 1988.

1. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Um princípio jurídico significa a base de um determinado sistema legal, seu alicerce, suas proposições básicas, o norte de onde irradiam todas as proposições e um lugar convergente de todas as condutas. Entretanto é possível encontrar na doutrina várias definições distintas. Nas lições de José Santos Carvalho Filho⁴, princípios “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas”. Jessé Torres Pereira Junior⁵ já apresenta uma outra definição. Para ele, princípio “é a proposição geral e abstrata que orienta determinado sistema, de modo a compatibilizar as partes que o integram”. Humberto Ávila, por sua vez, conceitua princípio da seguinte maneira:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção⁶.

⁴ Filho, José Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 6ª ed., 2000, Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p. 12.

⁵ Junior, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed., 2009, São Paulo: Renovar. p. 62.

⁶ Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª ed., 2011, São Paulo: Malheiros Editores. p. 78/79.

Ao tratar dos princípios atinentes à Administração Pública, a Carta Política⁷ estabeleceu expressamente cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ocorre, como se percebe, que a supremacia do interesse público não faz parte deste rol, todavia, há muito vem sendo entendido pela doutrina⁸ como sendo um princípio reconhecido que, apesar de não expresso, deve nortear os atos da Administração. Mesmo não estando previsto na constituição, o conceito de interesse público o está - art. 2º, parágrafo único, II da lei federal nº 9.784/99⁹ - o que reforça a existência do citado princípio, pois o legislador, ao admiti-lo explicitamente, obrigou à toda a Administração utilizá-lo. Como não era possível àquele fixar os critérios para a sua correta aplicação, ele vem sendo utilizado de maneira amplamente discricionária pelo administrador público, como se fosse uma verdadeira procuração outorgando vastos poderes.

1.1 O surgimento do princípio

Este princípio surgiu da dicotomia entre o Estado Liberal e o Estado Social. Naquele o governo não interferia nas relações privadas, que eram disciplinadas, precipuamente, pelo Código Civil. Foi uma época dominada pelo princípio da autonomia da vontade, em que o contrato era o grande instrumento por excelência. Léon Duguit¹⁰ descreve, sucintamente, que a autonomia a vontade era o poder de querer juridicamente e que deveria ser socialmente protegido, podendo ser resumido em quatro proposições: 1ª - todo o sujeito de direito deve ser um sujeito de vontade; 2ª - todo o ato de vontade de um sujeito de direito está socialmente protegido; 3ª - Deve ter um objeto lícito; 4ª - toda a relação jurídica é uma relação entre sujeitos de direito, sendo um sujeito ativo e outro, passivo.

⁷ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁸ Filho, José Santos Carvalho assim classifica dos princípios da constituição como explícitos e implícitos, sendo aqueles os descritos expressamente no texto constitucional e estes, os demais princípios.

⁹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

¹⁰ Duguit, Léon. Transformaciones Del Derecho, 1975, Buenos Aires: Editorial Heliasta. p. 195.

No liberalismo, ao Estado cabia, tão somente, cuidar das questões de ordem pública, estando proibido de interferir na esfera privada, tendo os cidadãos ampla liberdade de contratar. A constituição não possuía o papel que tem hoje e apenas regulava as diretrizes do Estado, principalmente do Poder Legislativo e Executivo¹¹; servia como um limite negativo à atuação do Estado. Era entendida como uma proclamação de princípios políticos que dependiam do Legislativo para a produção dos seus efeitos concretos e o código civil desenvolvia o papel da constituição para as relações privadas¹².

Entretanto, com a adoção de mecanismos de controles constitucionais ao longo do séc. XX, esse preceito foi se modificando e passou-se de um Estado de Direito para um Estado Constitucional e, posteriormente, deu-se início ao Estado Social, que ajudou a redefinir o papel da constituição¹³.

Assim, o liberalismo não mais tinha lugar no sistema após o advento do Estado Social, pois derivava de uma sociedade essencialmente individualista. O legislador, buscando um fim social nas relações humanas, começou a regular a esfera privada, editando normas de ordem pública que interferiam, exatamente, na autonomia da vontade, em favor da coletividade.

Na transformação do Estado Liberal para o Estado Social (Welfare State) a visão individualista foi perdendo lugar para um pensamento mais voltado para o social e para o coletivo. A constituição passou a não mais apenas regular o Estado e garantir direitos individuais, mas, também, passou a garantir direitos sociais e econômicos, apontando a direção a ser seguida pelo Estado. Neste contexto, iniciou-se um movimento de constitucionalização de todo o Direito. Esta constitucionalização tratou de movimento necessário para que se buscasse relações jurídicas mais justas e condizentes com os anseios de um Estado Social, na qual os valores da coletividade tinham mais importância do que a preservação da autonomia da vontade, base do Estado Liberal.

Identificado com o social, com o coletivo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular começou a tomar vulto, norteador das proposições do Estado, pois, como dito, não mais havia lugar para o individualismo. Todas as atividades do Estado estavam voltadas, ou pelo menos assim deveriam, para o interesse público e coletivo. Entretanto, por certo, haviam choques de interesses, entre os interesses públicos e privados que, em boa parte das ocasiões, eram solucionados a favor do Estado, pois representava a vontade da sociedade.

Renato Alessi¹⁴, em 1970, já discorria a respeito da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Dizia que a Administração era titular de um poder

¹¹ Sarmento, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, 2003, Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 273;

¹² Tepedino, Gustavo, apud. Sarmento, Daniel. Op. Cit., p. 284;

¹³ Op. Cit., p. 274.

¹⁴ Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, 1970, Barcelona: Bosch, Casa Editorial. p. 181. "La primera peculiaridad está ligada al hecho de que la Administración, normalmente, se presenta, como titular de un *poder soberano* (poder de imperio) frente a los

soberano frente aos particulares e, em decorrência desse poder, advinha outro, a coercividade, ou seja, o poder de obrigar, de forçar o particular a se submeter a sua vontade.

Deste modo, toda vez que o interesse de um particular entrava em rota de colisão com um interesse público, aquele, de antemão, sucumbia a este, o que abria, por certo, várias feridas nos direitos individuais, que, apesar de também serem constitucionalmente protegidos, curvavam-se quando em choque com aqueles. Diante desse impasse – qual dos interesses deveriam prevalecer, se o público ou privado, no caso concreto – necessitou-se partir para uma leitura constitucional dos interesses, que garantisse a correta aplicação do direito em jogo.

A constitucionalização de todos os ramos do Direito não pressupôs tão somente o acolhimento de matérias que antes eram tratadas no Código Civil e nas demais leis extravagantes e passaram a ter sede constitucional, como a família e a propriedade. Este movimento se traduziu na releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição, ou seja, observando-se os seus valores e princípios centrados na dignidade da pessoa humana.

Nesta linha, Gustavo Binenbojm defende a idéia de que a atuação pública deve observar os valores dos direitos fundamentais e da democracia, haja vista a constitucionalização do Direito Administrativo, respeitando-se, em última análise o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tais valores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o velho arcabouço dogmático do velho direito administrativo¹⁵.

2. A EXPRESSÃO INTERESSE PÚBLICO

Para se entender com exatidão o que é interesse público, mister dividi-lo em interesse público primário e secundário. O interesse primário é aquele que se traduz na prestação de serviços públicos propriamente ditos, tais como segurança, saúde e meio ambiente. Já o interesse secundário é aquele que visa o interesse patrimonial do Estado, que pode se dar através da arrecadação de tributos, com a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista para que disputem mercado, em igualdade de condições, com os particulares.

particulares. Por lo tanto, a la Administración lê compete, normalmente, el poder de hacer prevalecer coactivamente, la potestad de imperio”.

¹⁵ Binenbojm, Gustavo, apud Daniel Sarmento. Interesses Públicos versus Interesses Privados, 3ª ed., 2010, Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 129/130.

Deve-se observar que o interesse público, conforme apresentado, pode ser atendido ao se garantir o direito de um único cidadão. O interesse público não precisa, necessariamente, vincular-se a uma coletividade, podendo ter sua finalidade atendida na satisfação do direito de uma só pessoa. Por exemplo, quando o Estado garante acesso à educação de um só aluno que não conseguiu matricular-se em uma escola pública, está-se garantindo um interesse individual, que também é o interesse público. Ao se garantir paridade de tratamento entre uma empresa pública e uma privada, esta paridade de armas coincide com o interesse público.

Por gozar de valores a serem alcançados pelo Estado, o interesse público primário deve ser o ponto nodal do sistema constitucional e, nas palavras de Luís Roberto Barroso¹⁶

O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, a vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.

Não só o interesse público é constitucionalmente protegido, mas, da mesma forma, o do particular também o é. Para tanto basta verificar o rol do art. 5º da Carta Magna, em que estão traçados todos os direitos e garantias individuais. São eles tão importantes que são considerados cláusulas pétreas (art. 60, IV) não podendo ser alterados para menos, só em sentido oposto, ou seja, para a ampliação dos mesmos. Com isso, a Constituição Cidadã, como é conhecida, visa proteger preceitos basilares, que são a razão de ser do Estado brasileiro.

3. DO VALOR METAJURÍDICO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR.

O princípio da supremacia do interesse público, como hoje é conhecido e aplicado, é de subjetividade e vagueza abismal, que deixa o administrado ao completo arbítrio do administrador, à sua discricionariedade sem limites. Tal princípio nada mais é, ou pelos menos deveria ser assim utilizado, do que a preponderância dos valores da coletividade sobre os valores individuais. Tendo sido o Estado criado para satisfazer a vontade pública, em última análise, a sua vontade sempre será a da coletividade, certo? Errado!

Com essa assertiva, tornar-se-ia possível justificar quaisquer condutas públicas, mesmo aquelas antijurídicas, ou que desrespeitassem direitos de terceiros. O interesse público, acima de tudo, deve ser o de respeitar os direitos fundamentais e os direitos individuais, pois o interesse público, em muitas das vezes, pode ser o de atender ao interesse de uma só pessoa. Ao tratar de uma perspectiva constitucional do Direito Administrativo, Gustavo Binbenbujm afirma que a discricionariedade administrativa não

¹⁶ Barroso, Luís Roberto, apud Daniel Sarmento. *Interesses Públicos versus Interesses Privados*, 3ª ed., 2010, Rio de Janeiro: Lúmen Juris. p. xv/xvi

pode ser livre e desprovida parâmetros, mas, muito pelo contrário, a escolha pública deve pautar-se por “um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa¹⁷”.

Suponha-se que um idoso já tenha completado os requisitos para pleitear, perante o INSS, a sua aposentadoria, tendo aquela autarquia negado tal benefício em razão de supostamente não existirem mais verbas, pois se estaria construindo uma série de novas repartições que atenderiam milhares de pessoas. Neste caso, a negativa poderia ser facilmente justificada com o uso do princípio em apreço, pois se sacrificaria uma pessoa em benefício de inúmeras outras.

Lógico que esta fórmula jamais poderia prevalecer, haja vista que, no caso, o interesse público seria exatamente garantir o benefício a quem de direito, mesmo que inviabilizasse a construção de novas repartições. Assim, não há mais lugar em nosso ordenamento jurídico para escolhas desarrazoadas de parâmetros constitucionais. A Carta Magna estatuiu como um de seus pilares, o princípio da dignidade de pessoa humana e, ao se desrespeitar direitos fundamentais está-se atingido um de seus objetivos fundamentais e, assim, ferindo a constituição. Gustavo Binbenbim ao tratar sobre o tema em apreço, ensina em um artigo que: “Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado¹⁸”.

Vale à pena deixar registrado que modernamente há quem entenda que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, na verdade, não é um princípio, mas sim uma regra de preferência, somente utilizada no caso de choque entre o interesse público e o particular. Assim é que Humberto Ávila, ao discorrer sobre o tema, sustenta:

[...] não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é uma única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “prevalência”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter o maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma tensão entre princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de

¹⁷ op. cit. 130.

¹⁸ op. cit. 143.

prevalência, estabelecidas *a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade). O referido “princípio” é – tal como seria definido pela teoria geral do Direito – uma regra abstrata de preferência em caso de colisão (Kollisiospräferenzregel) em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*¹⁹.

3.1 Da colisão entre direitos individuais fundamentais e coletivos (interesse público)

Como vimos, em muitas das vezes que se tenta perseguir o interesse público, esbarra-se no interesse particular. Esta situação ganha maior contorno quando o dito direito particular for um direito fundamental. Como se resolver o conflito entre dois direitos constitucionalmente protegidos? Devemos partir da lição tradicional de que nenhum direito, seja ele fundamental ou não, é absoluto²⁰. Usando a metáfora da balança, ao se colocar dois direitos igualmente protegidos em seus dois pratos, deve-se observar para qual dos dois lados ela tenderá, se para um ou para o outro. Deve-se verificar, no caso em concreto, qual dos direitos têm mais peso, se o público ou o privado.

Alexandre de Mores²¹ defende a tese acima exposta e identifica que os direitos constitucionais encontram seus limites nos demais direitos constitucionais e, existindo colisão entre eles, deve ser utilizado a técnica da harmonização ou concordância prática, para buscar-se o “verdadeiro significado da norma”. Entretanto esse princípio ou princípio da ponderação – como se refere Daniel Sarmento – deve observar alguns limites, não podendo anular por completo o outro direito em jogo, é o chamado “limites dos limites”.²²

Jane Pereira, ao citar Karl August Betterman, explica que as limitações ao poder do Estado, criou a expressão “limite dos limites”, que segundo seus ensinamentos (Betterman), poderia ser entendida como “as limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições materiais e formais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos

¹⁹ Ávila, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular. Rere, Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. n° 11, set./dez. 2007, Salvador, p. 9/10. (<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>), acesso em 10/05/11, às 20:00h.

²⁰ Há quem defenda, como Ingo Sarlet, que direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana e proibição a tortura são absolutos.

²¹ Mores, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed., 2004, São Paulo: Atlas S.A. p. 63.

²² Sarmento, Daniel. Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, 2006, Rio de Janeiro: Renovar. p. 293.

fundamentais²³”. A própria Carta Magna brasileira, apesar de não conter regras expressas sobre os limites do Poder Público, tais podem ser facilmente deduzidos de diversos princípios, tais como a legalidade, proporcionalidade, reserva legal, entre outros. Alessi²⁴ também defendia a limitação do poder público, principalmente, com a utilização do princípio da legalidade. Entendia que somente com a edição de lei própria o Estado poderia intervir, até coercitivamente, sobre a esfera privada.

Todavia, antes de adentrarmos no ponto crucial da questão, devemos levantar algumas considerações para melhor situar o leitor acerca da complexidade do tema. Os direitos fundamentais são preceitos éticos e morais, da mais alta importância, as quais o constituinte dedicou uma maior proteção. Isto não fora à toa! O Brasil veio de uma história de marcante ditadura que perdurou até praticamente o final da década de 80. Várias arbitrariedades e atrocidades foram cometidas em nome do Estado. Por esta razão, ao editar a nova constituição brasileira de 1988, o constituinte originário tomou uma série de precauções com o fito de proteger e garantir, ao máximo, os direitos fundamentais. Tanto é assim que determinou que esses tipos de normas tivessem aplicação imediata²⁵, para que o legislador, em nenhum momento, pudesse condicionar ou restringir tais direitos através de regulamentos. Outra cautela adotada foi a proteção efetivada através do art. 60, IV, da Constituição da República.

Feito esse breve relato histórico, cabe indagar se normas fundamentais podem ser restringidas por outras normas que tutelam interesses coletivos. Em decorrência da exposição anterior poder-se-ia imaginar que os direitos e garantias fundamentais estariam a salvo de qualquer restrição, não podendo ser diminuídos.

Mas em se tratando de uma constituição social como é a nossa, esse juízo não pode prevalecer. O homem, segundo uma interpretação hermenêutica da nossa constituição, não é a razão do Estado, não está ele isolado no cenário moderno, ele faz parte de uma coletividade, de uma sociedade, sendo parte de um todo e não o todo. Então, como parte de um corpo social e observando a premissa inicial de que nenhum direito é absoluto, o direito fundamental pode ceder em razão do interesse público, contudo, não é sempre que isto irá ocorrer.

Observando quando os direitos fundamentais podem ser restringidos, em razão do interesse coletivo, conseguiremos ver, da mesma forma, o momento que isto não

²³ Pereira, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. p. 298

²⁴ Op. cit. pág.182: “[...] la Administración podrá hacer prevalecer coactivamente los intereses públicos (cuyo cuidado tiene encomendado) sobre los antitéticos intereses individuales, pero sólo cuando se trate de intereses cuya prevalencia haya sido establecida personalmente por un acto primario legislativo cuya aplicación concreta presuponga, precisamente, un futuro acto concreto por parte de la Administración (*principio de legalidad*)”.

²⁵ Art. 5º, § 1º da CRFB

poderá ocorrer. Para tanto, como ensina Sarmento²⁶, os direitos fundamentais encontram seus limites de três formas: quando estabelecidos na própria constituição, quando a constituição prevê a edição de lei para regular determinado direito, e nas restrições não expressamente previstas no texto constitucional.

As duas primeiras restrições não guardam maiores complexidades. Na primeira, por óbvio, a própria constituição estabelece o limite, como, por exemplo, o art. 5º, IV, em que se estipula a liberdade de pensamento, vedando-se o anonimato, ou, ainda o inciso XL, que diz que a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu. Com relação ao segundo limite, vale rápida ressalva de que o legislador não pode restringir o quanto desejar os direitos constitucionais, ele tem um limite que é a observância da previsão em lei geral, o respeito ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão e, em se tratando de direito fundamental, o enquadramento da restrição nos moldes desejados pelo constituinte.

Para melhor entender-se a segunda restrição, basta pensar no princípio da legalidade – art. 5º, II da CRFB – em que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Esta lei a que se refere a Carta Política deve obedecer os limites axiológicos acima apresentados. O legislador não poderia editar uma lei que compelissem a pessoa a doar todos os seus bens, caso não houvesse um herdeiro direto. Outro exemplo que nos vem à mente é o do inciso VII do mesmo artigo, em que é assegurada a assistência religiosa nas entidades civis e militares e de internação coletiva, nos termos da lei. Esta não poderia restringir a assistência religiosa a somente uma religião, pois estaria aniquilando por completo o direito de quem professasse outra fé.

Agora, quanto às restrições não expressamente autorizadas, somente podem ser verificadas se o bem jurídico em choque também tiver envergadura constitucional, caso contrário não, pois não seria constitucionalmente aceito e, portanto, válido, restringir-se um direito constitucional por um outro infraconstitucional. Caso ocorresse feriria-se o princípio da supremacia da constituição e da sua hierarquia. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Este é, alias, uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos²⁷.

4. DA SOLUÇÃO APRESENTADA PARA A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSES PÚBLICOS.

Antes de partirmos para uma análise do que deve ser feito existindo colisão de princípios e qual deverá prevalecer, indispensável saber distinguir se a suposta colisão realmente existe ou se é caso de convergência de direitos, ou seja, se apenas existe um

²⁶ op cit. p. 302.

²⁷ Op. Cit. p. 306.

conflito aparente entre o interesse público e o privado. Então, primeiramente, é necessário identificar os interesses em jogo e destacar o interesse público para, tão somente depois, determinar o outro valor a ser protegido.

A constituição garante a todos a livre manifestação do pensamento e a expressão artística, assim como o direito de se reunir publicamente. Então, supondo-se que um determinado artista que desejasse utilizar um local público para livremente expressar a sua arte, fosse impedido pela administração pública local, sob o argumento que iria incomodar a vizinhança. Veja que neste caso a Administração Pública utilizou-se exatamente do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e, para proteger uma determinada coletividade, negou o pedido do artista. Note-se, portanto, que existem dois interesses em jogo, o da coletividade e daquele que quer se apresentar em público. Como acima referido, deve-se identificar primeiro o interesse público, que no caso deve ser o direito fundamental de reunião e o da livre manifestação da expressão artística (art. 5º, IX e XVI). Portanto, inexistindo outra apresentação ou reunião previamente agendada para aquele mesmo local e hora, no caso inexistiria conflito de interesses, mas sim convergência entre o interesse público e o interesse do particular, pois o Estado deve garantir e proteger o exercício dos direitos fundamentais.

Ultrapassada esta primeira etapa, podem existir situações que o interesse público se colida com os direitos fundamentais, mas nem sempre este prevalecerá sobre aquele. Como destacado anteriormente, deve verificar se o interesse público em colisão detém um valor constitucionalmente protegido, pois somente este pode limitar direitos fundamentais. Em uma conclusão a *contrariu sensu*, se o interesse público não tiver proteção constitucional, não poderá restringir os direitos fundamentais.

Feito isto, deve-se partir para a utilização da ponderação de interesses²⁸, momento em que se deve lançar mão do princípio da proporcionalidade, para que a escolha seja feita de forma legítima. Segundo Marçal Justen Filho “Ponderar os valores significa compatibilizá-los, o que pode exigir uma relativa atenuação de cada qual dos

²⁸ STJ - RMS 27428 / GO. Recurso Ordinário em mandado de segurança 2008/0163682-7. Administrativo. Servidor público. Determinação de abertura de conta. Corrente em instituição financeira pré-determinada. Recebimento de proventos. Possibilidade.

1. O princípio constitucional da supremacia do interesse público, como modernamente compreendido, impõe ao administrador ponderar, diante do caso concreto, o conflito de interesses entre o público e o privado, a fim de definir, à luz da proporcionalidade, qual direito deve prevalecer sobre os demais.

2. A liberdade de escolha da instituição bancária que o servidor receberá sua remuneração não pode se contrapor ao princípio da eficiência, que exige do Administrador soluções que alcancem os resultados almejados do modo menos oneroso ao aparelho estatal.

3. Inviável possibilitar que cada servidor escolha o banco que melhor atenda seus interesses, inclusive escolhendo praça e agência, pois tal medida inviabilizaria a Administração Pública em sua tarefa de emitir, em tempo hábil, as devidas ordens de pagamento.

4. O fato de o recorrente receber os vencimentos em instituição indicada pela Administração não lhe tolhe o direito de escolher outra que ofereça melhores vantagens, pois a conta-salário é isenta de tarifas e deve permitir a transferência imediata dos créditos para outras contas bancárias de que o beneficiário seja titular, nos termos das Resoluções n. 3.402/2006 e n. 3.424/2006, editadas pelo Banco Central do Brasil, por meio do Conselho Monetário Nacional.

5. Recurso ordinário improvido

valores envolvidos²⁹”. Defende o citado autor a utilização da proporcionalidade como a forma mais correta de solucionar o conflito, apresentando esse princípio maior importância quanto maior for a liberdade do aplicador do direito (no caso o administrador público). Por ter o aplicador do direito uma ampla discricionariedade, deve ele observar com maior rigor o princípio da proporcionalidade.

De modo diverso, Sarmiento³⁰ afirma que nem através do princípio da proporcionalidade é possível solucionar a questão. Melhor dizendo, não há solução, pois, diante da abstração do princípio da supremacia do interesse público, faltariam parâmetros para a aferição da proporcionalidade, que para a sua correta aplicação deve ser observado sob três prismas diversos, que nas palavras de Luís Roberto Barroso são:

(a) a adequação que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão³¹.

Outra questão importante que fundamenta a assertiva de Sarmiento é a de que pelo princípio da supremacia do interesse público há, de antemão, um juízo de valor, um julgamento favorável à Administração Pública. Diante disso, não importa o bem jurídico ou direito fundamental que esteja se contrapondo ao interesse público, ele sempre irá ceder, o que jamais poderá ser aceito em um Estado Democrático de Direito, em que entre os valores éticos e morais escolhidos pela constituição estão, o respeito aos direitos fundamentais.

Direito é a tradução do bom senso, não havendo lugar, portanto, para radicalismos de um lado ou de outro. Não é sempre que o interesse público irá prevalecer e sobre o particular e, da mesma forma, não é sempre que este aniquilará aquele. Mas como resolver a questão se não é possível lançar mão do princípio da proporcionalidade, como defendido por Marçal? Deve-se utilizar um meio termo, mas tendo em vista que para que haja a superação de um direito fundamental – superação essa que não pode ser sinônimo de sua completa anulação – deve existir um trabalho de fundamentação muito forte a favor do interesse público, que nas palavras de Robert Alexy “devam corresponder razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais”.³²

²⁹ Filho, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed., 2010, São Paulo: Dialética. p.63.

³⁰ op. cit. 309/310.

³¹ op.cit. 99

³² Alexy, Robert, apud Ávial, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular. Rere, Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. n° 11, set./dez. 2007,

Na verdade, deve existir, como ensina, ainda utilizando os ensinamentos de Alexy³³, quando o princípio da supremacia do interesse público está em colisão com os direitos fundamentais, uma “precedência *prima facie*” destes. Far-se-á, sim, um exercício de ponderação, por meio da proporcionalidade, mas partindo-se da premissa que, em princípio, deve-se resguardar os direitos fundamentais. Pelo que se percebe, a nomenclatura deveria ser alterada, segundo minha própria sugestão, para “supremacia do direito fundamental”, pois este é que deve prevalecer – pelo menos *prima facie* – sobre o interesse público.

Sustenta-se que uma determinação genérica substancia a relação entre direitos individuais e bens coletivos está imposta por razões normativas em virtude de uma precedência *prima facie* dos direitos individuais. O argumento principal consiste na necessidade uma ordem normativa da vida social que respeite o indivíduo. O conceito de respeito não implica que os direitos dos indivíduos não possam ser eliminados ou restringidos em áreas de bens coletivos, mas sim, que para que isso ocorra será necessário uma maior fundamentação. Essa pretensão *prima facie* se traduz em uma carga argumentativa em favor dos direitos individuais e contra os bens coletivos³⁴.

Assim, até os direitos fundamentais podem sucumbir diante do interesse público, mas para tanto se deve ter o ônus de uma fundamentação que demonstre que as razões públicas devem sobrepor-se aos direitos fundamentais, usando-se, ainda a proporcionalidade, pois como dito por Alexy, a balança somente deve tender, *prima facie*, para os direitos fundamentais.

Ao que parece, há quase uma unanimidade entre os autores em afirmar que a colisão entre interesses públicos e privados deve ser resolvida através da proporcionalidade, mas cada um acrescenta um viés particular, uma pitada sua, que, no caso de Binenbojm, é o princípio da igualdade. Sustenta que qualquer restrição deve derivar de lei e apresenta três vias – uma releitura do princípio da proporcionalidade -

Salvador, p. 11. (<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>), acesso em 10/05/11, às 20:00h..

³³ Alexy, Robert. *Concepto y la Validez Del Derecho*. 1994. Barcelona: Gedisa. p. 207.

³⁴ Tradução do autor: “Se sostendrá que una determinación substancial general de la relación entre derechos individuales y bienes colectivos está impuesta por razones normativas em virtud de una precedencia *prima facie* de los derechos individuales. El argumento principal consiste em (...) la necesidad de un ordem normativo de la vida social que tome el individuo em serio. El concepto de tomar em serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas em áreas de biens coletivos pero sí que para ello tine de ser posible una justificacion suficiente. Esta pretendencia *prima facie* se expresa em una carga de la argumentación em favor de los derechos individuales y contra de los bienes colecivos”.

que devem ser percorridas, necessariamente, para que se tenha legitimidade na discriminação feita a favor da Administração Pública, são elas:

- (I) a compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela constituição ou pela lei;
- (II) o grau ou medida da compressão da isonomia, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (III) o grau ou medida de sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo³⁵.

Ao observar essas regras aqui expostas a restrição feita ao direito fundamental será considerada válida, uma escolha constitucionalmente adequada, pois norteadas pelos fins e objetivos estabelecidos pela Lei Maior, principalmente com a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da imprecisão atrelada ao princípio da supremacia do interesse público e em razão de sua *a priori* preponderância ao interesse privado, transparecendo que ambos são inconciliáveis, imprescindível sua compatibilização com os preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito. No Brasil atual não há lugar mais para critérios e escolhas desarrazoadas de parâmetros bem definidos. Deve-se sempre buscar a fundamentação de um instituto, de uma decisão administrativa, seja em prol da coletividade ou de um só indivíduo, nos princípios constitucionais, pois cabem a eles estabelecer e nortear os rumos desejados pelo constituinte.

O interesse público e o privado estão resguardados na Constituição da República, sendo, inclusive, o interesse privado, umas das finalidades do Estado. Humberto Ávila³⁶ ensina que a “verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados”.

Nesse desiderato, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não deve mais prevalecer quando em choque com direitos fundamentais, salvo se tais interesses também os forem. Entretanto, por si só, não autoriza a sua aplicação imediata, devendo-se lançar mão dos mecanismos aqui apresentados, como a proporcionalidade. E feito o exercício de ponderação de valores, a escolha pública será legítima, pois orientada pelos preceitos constitucionais. Ouso aqui a lançar uma nova proposta, “a supremacia dos direitos fundamentais quando em choque com interesses

³⁵ Op. cit. 157/158.

³⁶ Op. cit. 14.

públicos”, na qual, ao contrário do princípio guereado, poderá e deverá nortear as escolhas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, 1970, Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

ALEXY, Robert. Individualle Rechte und Kollektive Güter. In: Recht, Venunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhkamp, 1995.

ALEXY, Robert. Concepto y la Validez Del Derecho. 1994. Barcelona: Gedisa.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª ed., 2011, São Paulo: Malheiros Editores.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular. Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. nº 11, set./dez. 2007, Salvador, p. 9/10. (<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>) acesso em 10/05/11, às 20:00h.

BINENBOJM, Gustavo, apud Daniel Sarmento. Interesses Públicos versus Interesses Privados, 3ª ed., 2010, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO FILHO, José Santos. Manual de Direito Administrativo, 6ª ed., 2000, Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

DUGUIT, Léon. Transformaciones Del Derecho, 1975, Buenos Aires: Editorial Heliasta.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed., 2010, São Paulo: Dialética.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed., 2004, São Paulo: Atlas S.A.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed., 2009, São Paulo: Renovar.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres, 2006, Rio de Janeiro: Renovar.

SARMENTO, Daniel. A Normatividade da Constituição e a Constitucionalização do Direito Privado, 2003, Revista da EMERJ, v. 6, n. 23.