



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Visão Constitucional Contemporânea do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Fabiana Pimenta da Rocha

Rio de Janeiro

2010

FABIANA PIMENTA DA ROCHA

Visão Constitucional Contemporânea do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>ª</sup>. Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>ª</sup>. Mônica Areal  
Prof. Marcelo Pereira

Rio de Janeiro

2010

## Visão Constitucional Contemporânea do Princípio da Supremacia do Interesse Público

**Fabiana Pimenta da Rocha**

Graduada pela Faculdade de Direito  
Candido Mendes Tijuca.  
Advogada.

**Resumo:** Torna-se gradualmente mais predominante a aplicação do Direito Administrativo como ciência não somente destinada a regular o Poder Executivo perseguindo os interesses do Estado, mas que busca a gestão dos interesses da sociedade na sua mais variada dimensão. Para tanto, ocorre em situações específicas a ponderação de valores, de modo a alcançar a efetiva justiça. Nesse novo contexto fático-jurídico, deve-se proceder à releitura de princípios constitucionais e infraconstitucionais, de modo que sejam efetivamente observados os primados fundantes da atual Constituição, mormente a preservação da dignidade da pessoa humana. A essência do trabalho é abordar esse fenômeno, que culmina na gradual conversão de um Estado “administrativista” em um efetivo Estado democrático de direito, consequentemente, mais equitativo.

**Palavras-chaves:** Estado, Constituição, Supremacia, Interesse público, Ponderação, Coletividade.

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualização Histórica; 1.1. O Direito Administrativo; 1.2. Os Direitos Fundamentais; 2. O Princípio da Supremacia do Interesse Público; 2.1. Origem; 2.2. Conceito; 2.3. A Supremacia do Interesse Público na Legislação e Jurisprudência Brasileiras; 3. A Supremacia do Interesse Público e os Direitos Fundamentais; 3.1. Interesses Públicos X Interesses Privados; 3.2. A Identificação dos Direitos Fundamentais; 3.3. A Ponderação no caso concreto decorrente da observância dos Direitos Fundamentais. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado explora um enfoque alternativo que se passa a emprestar ao tradicional princípio da preponderância do interesse público, implícito na Constituição Federal, e de incontestável aplicação no Direito brasileiro. A compreensão desse primado sob

ótica diversa demonstrará que, por vezes, faz-se imperiosa sua relativização, com a predominância de valores e interesses que ganham maior relevância no caso concreto.

O estudo se concentra na demonstração dos aspectos da supremacia do interesse estatal sobre todo o ordenamento jurídico e na hodierna mitigação desse dever, com a eventual superelevação do direito do particular em detrimento da vontade do Estado. Para tanto, se procede à ponderação, para o que se lança mão dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, verificando-se que a relativização da discricionariedade estatal advém do novo modelo de Constituição, voltado à mais intensa proteção do indivíduo, em virtude da tão valorada dignidade da pessoa humana.

Busca-se demonstrar que, diferentemente de um modelo estatal pretérito, a ordem jurídica contemporânea não mais superestima o Estado como mantenedor exclusivamente de seus interesses, mas o Estado como garantidor de justiça, segurança e bem estar social, para o que prima-se, quando necessário for, por privilegiar interesse particular mais relevante, quando este não vai de encontro à função social do Direito.

Assim pretendendo, serão explorados no decorrer deste trabalho, num primeiro momento, uma abordagem histórica da formação do Estado de Direito e o estudo da gênese do Direito Administrativo, seguida da explanação da evolução do constitucionalismo e dos direitos fundamentais, visando a explicitar como a História conduziu à superação de um princípio que superestime o ente estatal. Posteriormente, definimos o princípio da supremacia do interesse público, expondo sua incidência na atividade legislativa constitucional e infraconstitucional. Por último, discorreremos sobre os direitos fundamentais e suas nuances, buscando ao final comprovar a existência de hipóteses em que se faz imperiosa a releitura constitucional da supremacia do interesse público (coletivo), o que acarreta sua mitigação, sendo forçosa a predominância de um interesse que embora particular, traduza-se como o verdadeiro interesse público.

Caminha-se, portanto, à justificação da necessidade de se aplicar a algumas situações concretas levadas aos tribunais brasileiros a relativização do “interesse público”, pois num Estado Democrático de Direito, nenhum valor ou princípio é, ou pelo menos não deveria ser, absoluto.

## 1. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Quando o assunto a ser explorado se refere a normas de otimização das regras de conduta pelas quais se deve pautar a atuação estatal, verifica-se emanada uma necessidade de conhecimento da formação dos Estados, do posterior Estado de Direito e dos regimes jurídicos que os regem. É igualmente essencial que se proceda à abordagem acerca do surgimento do Direito Administrativo e das categorias peculiares que nele vigoram, assim se explicando a gênese da idéia de supremacia do interesse público.

O constitucionalismo moderno e contemporâneo, fundamentalmente, devem ser também analisados, de modo que se compreenda a concepção e a evolução dos direitos fundamentais e sociais no ordenamento jurídico, vindo estes a se tornar no Estado contemporâneo, uma espécie de limitação à atividade do Estado.

A partir do século XI, com o fim das invasões bárbaras, o continente europeu, que ainda mantinha o sistema feudal, ingressou numa fase de estabilidade, caracterizada pelo renascimento da atividade econômica. O renascimento comercial e urbano que inicialmente ocorria dentro dos feudos expandiu-se a tal ponto que o parâmetro de riqueza deixou de ser a posse de terra, dando lugar ao acúmulo de renda em dinheiro. Ao longo dos séculos X a XII, apesar de o feudalismo permanecer como sistema dominante, notam-se traços de uma nova ordem, capitaneada pela burguesia.

No século XIV, acentuada crise decorrente do alastre da peste bubônica e da ocorrência de reiteradas guerras demonstraram a fragilidade da organização política burguesa ainda descentralizada, incapaz de superar o caos econômico, o que motivou aquela classe a incentivar o surgimento de uma instituição que coordenasse as camadas sociais, reconstruindo a sociedade.

Financiando o gradativo fortalecimento da autoridade real, a burguesia fomentou a formação do Estado Moderno, em que o poder político concentrava-se nas mãos do soberano de cada nação, já que, com um poder centralizado e forte nas mãos do rei, os burgueses alcançariam a unificação e desenvolvimento dos mercados internos. Assim nasceu o Estado Moderno absolutista.

Com o poder centralizado nas mãos do monarca, embora aferisse vantagens, as classes sociais passaram a ser atingidas por prejuízos advindos do autoritarismo real, que se tornaram superiores aos benefícios, fazendo-se imperiosa a confecção de leis destinadas a organizar, estruturar e limitar o poder até então ilimitado do Estado.

Verifica-se, nesse contexto, fático a migração de um constitucionalismo antigo, nascido em 1215 quando os barões da Inglaterra obrigaram João Sem Terra a assinar a Magna Carta já precursora de direitos fundamentais, como a propriedade e o devido processo legal, por exemplo, para um constitucionalismo moderno. Esse novo constitucionalismo difere do antigo por partir de uma premissa individualista, sendo distinguido por avanços substanciais, dentre eles a idéia de que o Estado é uma máquina criada artificialmente pelo homem através da Constituição, logo deve ter um governo de leis, não de homens.

O constitucionalismo moderno tem por marco inicial as revoluções inglesa e francesa e recebe influência das idéias jusnaturalistas nas quais se baseiam a teoria do contrato social, explicada por filósofos como Locke, afirmando-se a superioridade do indivíduo dotado de interesses intangíveis derivados do direito natural, que devem receber a proteção do Estado

através de uma conduta negativa, ou seja, exige-se um dever de abstenção do Estado, limitando sua atuação na vida de cada um.

Na primeira fase do constitucionalismo moderno, há, portanto, prevalência de um constitucionalismo liberal, cujo conceito fundamental é o Estado de Direito, que pressupõe a aplicação equitativa da lei a governantes e governados e a ascensão dos princípios da legalidade (Rousseau) e da separação dos poderes (Montesquieu). Desse Estado de Direito decorrem os direitos de primeira geração como vida, integridade física, propriedade, liberdade, sendo a liberdade o valor principal deles.

### 1.1. O DIREITO ADMINISTRATIVO

Em meio ao surgimento do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito, e da consequente superação da estrutura absolutista, emerge em paralelo, a noção de Direito Administrativo, como regime jurídico pelo qual passaria a ser regulada a atividade administrativa.

Alguns estudiosos apontam a *Loi 28 Pluviose*, editada em 1800, sob influência da França pós-revolucionária, como marco inicial do Direito Administrativo, pela subordinação imposta pela referida lei, do Estado e seus interesses ao ascendente regime de legalidade, já que foi o diploma legal promotor da organização jurídica da Administração Pública na França.

Em que pese tal entendimento, aqui se comunga do entendimento dos doutrinadores que lecionam de modo diverso, dissociando a gênese do Direito Administrativo, no dizer de Gustavo Binembojm (2008), da subordinação do Estado à vontade heterônoma do legislador. Na realidade, nota-se que foi graças principalmente à elaboração jurisprudencial do Conselho

de Estado da França que se construiu o regime administrativista, o que denota sua origem pretoriana.

O Conselho de Estado (Executivo) mantinha postura ativista e insubmissa à vontade do Parlamento (Legislativo), invocando soluções diversas nos casos concretos que envolviam o interesse do Estado, através da construção de categorias peculiares a serem aplicadas nessas situações, como a discricionariedade, a supremacia do interesse público e as prerrogativas da Administração. Essa conduta de buscar saídas diferentes daquelas que se derivariam da aplicação do Direito Civil comum produzido pelo Poder Legislativo afasta o Direito Administrativo dos ideais de legalidade, separação dos poderes e sistema dos freios e contrapesos, carreados pelo Estado de Direito, afastando conceitos que para muitos caminham atrelados.

Percebe-se, deste modo, que na formação do regime administrativista reside ainda outra incongruência que demonstra a incompatibilidade desses ideais com a emergente noção de separação de poderes e de sistema de freios e contrapesos: a criação da jurisdição administrativa própria. O fato de a própria Administração julgar seus litígios denotava mais uma supressão de poder, dessa vez, do Poder Judiciário.

Embora se justificasse que a delegação da jurisdição administrativa a um órgão do próprio Poder Executivo era um meio de evitar invasão de competências administrativas e a usurpação da função do administrador pelo Estado-juiz, ficava claro que, em verdade, essa competência estabelecida denotava uma prevenção que os dirigentes detinham em face do Poder Judiciário. Invocando o princípio da separação dos poderes, nota-se que a Administração Pública acabava por utilizá-lo às avessas, atentando contra uma decorrência essencial desse princípio, qual seja, o sistema de freios e contrapesos.

A contextualização histórica da formação do Direito Administrativo presta-se, portanto, à compreensão da concepção desse ramo jurídico e das prerrogativas da



Administração Pública que até hoje perduram em alguns ordenamentos jurídicos. Em especial no Brasil, há inúmeros resquícios dessa normatividade pretérita, o que se demonstra, dentre outras categorias, pelo princípio da supremacia e pela indisponibilidade do interesse público e sua preponderância em detrimento do particular.

## 1.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já mencionado, no então inaugurado Estado de Direito do século XIX, quando predominavam ideais liberais pós-revolucionários, foram declarados direitos fundamentais, como a vida, a propriedade, a segurança, a liberdade e a igualdade. O documento referência dessa primeira geração de direitos é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que exprime claramente a idéia de direitos fundamentais e sua significação política e jurídica.

Aos poucos, entretanto, notou-se que embora triunfasse a idéia dos direitos do Homem e do Cidadão na maior parte dos Estados europeus e da América, isso não significou a efetivação desses direitos. A “pouca intervenção do Estado na vida privada culminava nas intensas desigualdades sociais e na exploração do homem pelo homem”, o que veio a ser chamado por Karl Marx (1978) de “capitalismo selvagem” condutor da “luta de classes” e da apresentação dos direitos fundamentais como meramente formais.

A inexistência de condições materiais de aplicabilidade dos direitos propostos pelo constitucionalismo moderno acarretou a afirmação dos direitos sociais, tendo como documento símbolo, para a maioria da doutrina, a Constituição alemã de Weimar, datada de 1919. Inicia-se, então, nas primeiras décadas do século XX, um desenvolvimento filosófico que culminou na segunda fase do constitucionalismo moderno: o chamado constitucionalismo social contemporâneo.

A finalidade da Constituição passa a ser mais do que limitar o poder do Estado, protegendo a liberdade individual de cada um, mas também de assegurar a todos uma vida digna e de igualdade de oportunidades, através da disposição de condições básicas materiais a cada indivíduo. Dá-se, portanto, origem aos direitos de segunda geração, que se traduzem em prestações estatais positivas reveladoras de um Estado preocupado com a saúde, a educação, o trabalho, a previdência, a moradia, a assistência social.

Pode-se dizer, então, que na segunda década do século XX, ocorre a consagração constitucional dos direitos sociais, tendo essa claro reflexo na Constituição Brasileira de 1934, o que se pode ver, por exemplo, pela previsão de uma ordem econômica capaz de propiciar a todos os homens uma existência digna. Verifica-se a presença desse mandamento até hoje no artigo 170 da atual Carta Republicana, quando reclama o respeito aos “ditames da justiça social” e dispõe como finalidade da ordem econômica “assegurar a todos uma existência digna”.

A ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988 reproduziu igualmente e com ainda mais riqueza, a previsão de direitos fundamentais e das respectivas garantias destinadas à proteção daqueles. A Carta de 1988 baseia-se, dentre outros princípios, “no sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade”.

A satisfação efetiva dos direitos fundamentais como um todo pressupõe a conduta estatal ou até mesmo a eventual implementação de políticas públicas que, por vezes, podem esbarrar no que o Estado-Administração chama de interesse público, interpretando-o como interesse da coletividade.

Assim se verifica que a mesma Constituição garantista que sobreleva os direitos fundamentais lhes conferindo *status* de cláusulas imutáveis e de imperiosa observância traz implicitamente em seu bojo princípios como a supremacia do interesse público, que embora herdado de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, é até hoje de incontestável aplicação.

Nesse aspecto reside o grande questionamento que se coloca na ordem jurídica contemporânea: o princípio constitucional implícito que preconiza a supremacia do interesse público sobre o interesse particular deve se sobrepor aos deveres decorrentes da Carta Suprema, de obrigatoriedade de satisfação dos direitos fundamentais?

A melhor solução deve ser encontrada através da interpretação do conceito de “interesse público”. Considerar a supremacia do interesse público como interesse da coletividade um princípio incondicional e absoluto, impassível de relativização, seria atentar contra a própria ordem constitucional dirigente e social preconizada a partir de 1934 no Brasil, e que prevalece ainda mais evoluída desde 1988.

## 2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

### 2.1. ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

Conforme já mencionado, sabe-se que o Direito Administrativo foi sendo construído na França pós-revolucionária, por obra da jurisprudência de um órgão do Poder Executivo, que funcionava como jurisdição administrativa, dirimindo os conflitos entre o Estado e os administrados com definitividade. Essa relação, por força da soberania do Estado, dentre outras justificativas, demandava uma disciplina jurídica específica, o que posteriormente veio

a ser conhecido como normas exorbitantes, porquanto ventilavam princípios e concepções que exorbitavam o até então conhecido Direito comum.

Algumas dessas normas exorbitantes que constituem as bases teóricas do regime jurídico-administrativo são: a discricionariedade administrativa, as prerrogativas jurídicas da administração, a indisponibilidade do interesse público, sendo o princípio da supremacia do interesse público a categoria advinda da especialidade do Direito Administrativo que mais nos importa.

São normas que configurariam as próprias bases ideológicas do Direito Administrativo, justificadas pelo dever deste ramo jurídico de servir à coletividade, ou seja, pelo encargo de atender as necessidades gerais.

Aqui, no entanto, mais uma vez se comunga do entendimento doutrinário que leciona no sentido de que tais categorias jurídicas se prestam a nada mais que demonstrar o surgimento do Direito Administrativo em favor do poder do próprio Estado, o que derroga a legitimidade das prerrogativas da Administração, criadas em seu mesmo benefício.

Não há dúvidas de que o sistema de Direito Administrativo clássico se alicerça sobre a idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), um dos autores que compartilham dessa máxima, a característica do regime de Direito Público que sobreleva o interesse público ou coletivo em detrimento do particular tem natureza jurídica de princípio, sendo “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas.” Deste modo, tem-se que a violação desse princípio seria mais grave que a violação a uma regra.

Em contrário, muitos doutrinadores como Humberto Bergman Ávila (1999), desconstroem a noção da superioridade do mérito público como um princípio, já que não

decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico, não admite a dissociação do interesse privado e demonstra-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional contemporânea. Além disso, como um princípio, deveria ser passível de ponderação, não absoluto conforme lecionam seus defensores.

Não obstante se assinta que a supremacia do interesse público não guarde contornos perfeitamente ajustáveis à noção de princípio, assim será tratada nesse estudo porquanto se entende que a supremacia é absoluta, mas o interesse público será aferido de acordo com a ponderação de valores feita no caso concreto, o que usualmente ocorre com os princípios.

## 2.2. O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

De acordo com o que leciona a doutrina clássica, interesse público não se confunde com o interesse do Estado, do aparato administrativo ou do agente público. O interesse público constitui-se no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, o que significa que o indivíduo deve ser visualizado como integrante da sociedade, não podendo seus direitos particulares, em regra, serem sobrelevados em detrimento dos direitos da coletividade.

Assim, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas pelo Estado para benefício de todos, sob pena de desvio de finalidade, o que configuraria um vício do ato administrativo.

Essa concepção de interesse público conduz ao pensamento de impossibilidade de existir um interesse do todo que fosse ao mesmo tempo contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem, podendo, entretanto, ser desfavorável ao interesse de determinado indivíduo. Trata-se, então, de uma dimensão pública dos interesses individuais, ou ainda, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade.

Partindo da concepção de interesse público como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado aplicável ao regime jurídico-administrativo justificar-se-ia por ser uma prerrogativa da Administração Pública asseguradora do ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social e estaria sempre acompanhado de outro princípio que dele decorre, qual seja, o da indisponibilidade do interesse público.

O alegado objetivo “social” do princípio funcionaria, portanto, como fator de legitimação para sua utilização, ficando assim explicado o conjunto de privilégios indisponíveis de natureza material e processual de que goza a Administração Pública, em nome da hegemonia do interesse coletivo.

Ocorre que a ausência de instrumento jurídico para determinar o efetivo interesse público, por vezes, daria margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais. Isso porque se verifica a invocação do interesse público por autoridades administrativas de modo a evitar o controle de seus atos pela sociedade.

Sobrevêm manipulações e desvirtuamentos do princípio, em prestígio a interesses escusos, a autoritarismos injustificados, ou para eventualmente, explicar qualquer inércia do Poder Executivo na prestação de direitos sociais fundamentais.

Essa dimensão absoluta e muitas vezes desarrazoada de interesse público ensejou o nascimento de um movimento doutrinário contemporâneo que milita em desfavor da aplicação inflexível de sua preponderância. Não se almeja a extirpação da supremacia do interesse público do ordenamento jurídico, o que poderia inviabilizar qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum, mas de uma releitura dessa noção, delimitando-a com exatidão e com as necessárias cautelas, de modo que guarde maior compatibilidade com a ordem constitucional vigente.

Nota-se, então, que o grande percalço encontrado na aplicação do princípio da supremacia do interesse público é a confusão dolosa por vezes feita pelo Administrador entre a aplicação correta da noção de interesse público e a leitura do interesse público numa dimensão retrógrada, autoritária e puramente administrativista, que por vezes atenta contra a impessoalidade e a moralidade administrativa.

Hoje percebe-se através de uma interpretação fundada na Constituição vigente, que interesse público é a realização possível da vontade constitucional e dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover no caso concreto (Gustavo Binembojm, 2010). Assim, na sua dimensão asseguradora de uma ordem social estável e justa, verifica-se que, por vezes, o interesse do particular é o próprio interesse público, desde que obtido por um processo ponderativo razoável.

### 2.3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

A idéia clássica de sobrelevação do interesse público em detrimento do particular pode ser observada em diversas passagens de nossa legislação constitucional e infraconstitucional. Na Constituição da República, as normas protetivas dos bens e valores coletivos, aliadas àquelas que regulam a atividade administrativa, denotam o aparecimento implícito do interesse público e de sua superioridade sobre o privado.

Normas como o artigo 37 da Constituição Federal, informador de algumas das regras pelas quais se pautam as atividades da Administração Pública, estabelecendo seus princípios e diretrizes, são incontestavelmente eivadas de interesse público. Dentre outras razões, estabelecem lisura e probidade como características irrefutáveis do regime administrativo,

requisitos essenciais dos atos do Poder Executivo, cuja função típica é administrar a coisa pública, executando as leis existentes.

O inciso IX do referido artigo 37 traz um caso de contratação temporária de pessoal excepcional, em situação de imperiosa necessidade, relativizando a regra do concurso público. Isso demonstra que a inércia da administração em realizar o certame de pessoal não pode acarretar consequências danosas à coletividade, colocando em risco a continuidade do serviço público. Portanto, em nome do interesse do grupo social, quando for preciso, a própria Constituição respalda o ato exorbitante do administrador.

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, porquanto se pauta no princípio da isonomia para realizar a mais ampla disputa entre os agentes econômicos mais capacitados, de modo que contrate com a Administração aquele que mais se amolda ao interesse perquirido pelo Estado, que, obviamente, é o da coletividade. Percebemos, assim, no inciso XXI ainda do artigo 37 da Constituição Federal, que a obrigatoriedade de licitação é mais uma manifestação da supremacia do interesse público no ordenamento constitucional.

Pode ser verificado em dispositivos como o artigo 49, XII e o artigo 223, ambos da Constituição, dentre outras previsões constitucionais e infraconstitucionais, que o legislador elencou a “autorização” como uma das modalidades de prestação de serviço público. Trata-se de ato de natureza precária, ou seja, pode ser revogado pela Administração de acordo com sua conveniência e oportunidade, sempre em nome do interesse do grupo social. Isso denota a discricionariedade aliada ao interesse público, enquanto prerrogativas da Administração Pública mantenedora do interesse da coletividade.

Até mesmo o direito de veto do Presidente da República, previsto no artigo 66, § 1º da Constituição, pode ser exercido de maneira não objetiva, sob a justificativa do interesse público. Seria essa uma hipótese em que, embora permanesse o dever de exposição das



razões do veto, o Chefe do Executivo poderia manejá-lo por motivo pouco razoável, respaldado no interesse da coletividade.

Outra prerrogativa ainda do Presidente da República, qual seja, a expedição de decreto autônomo, prevista no artigo 84 da Constituição Federal, há muito controvertida em nossos Tribunais, é também previsão que guarda um de seus fundamentos na preservação do interesse da coletividade.

A limitação constitucional ao direito de greve, tanto dos trabalhadores da iniciativa privada, previsto no artigo 9º, quanto dos servidores públicos, previsto no artigo 37, VII, ambos da Constituição, e que de acordo com a jurisprudência atual são regulamentados pela lei 7.783/89, são sinais de que até quando previu o direito de paralisação de categorias, o legislador constitucional preocupou-se em limitá-lo, de modo a não ocasionar o caos geral, seja na iniciativa privada, seja na iniciativa pública, em resguardo ao interesse do grupo social.

Exemplo tradicional da aparição do princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular na Constituição encontra-se outrossim no artigo 5º, XXIV, combinado com o artigo 184, ambos da Carta Republicana, dispositivos que discorrem sobre a desapropriação. A propriedade é vista como direito relativo e condicionado, passando a ser um mecanismo para alcançar um fim: a função social.

Vale dizer que, além da desapropriação, outros atos administrativos que culminam na limitação do direito constitucional à propriedade são resguardados pela lei, tendo por fundamento a supremacia do interesse público. São estes a requisição, a servidão e as limitações administrativas, a ocupação temporária e o tombamento. Verifica-se, assim, a aparição da idéia da hegemonia do interesse público em relação ao privado em diversas passagens da Carta Republicana.

Na legislação infraconstitucional, a lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, foi a primeira a mencionar de forma expressa a regulação do regime administrativo pelo interesse público, o que se depreende do artigo 2º do referido diploma legal.

Ainda na legislação infraconstitucional, observamos que a lei 8.666/93 guarda diversas disposições que têm por fundamento a sobrelevação do interesse público sobre o privado. O artigo 58 do diploma legal referido, por exemplo, dispõe sobre a possibilidade de rescisão unilateral do contrato administrativo, nos casos especificados em lei, e ainda, o artigo 78, XV, traz a impossibilidade de alegação pelo particular de exceção de contrato não cumprido, quando do inadimplemento da Administração Pública, salvo em casos excepcionados pela própria lei.

Nota-se, pelo último dispositivo citado, que da supremacia do interesse coletivo podem decorrer certos princípios, como a continuidade do serviço público, fundamento utilizado pela doutrina tradicional para justificar a impossibilidade de o particular contratado paralisar suas atividades prestadas à Administração Pública contratante, ainda que esta última descumpra o contrato.

Há variadas manifestações da supremacia do interesse público também no Direito Processual Civil. Exemplo disso é a previsão que concede à Fazenda Pública prazo quádruplo para contestar as ações judiciais e prazo em dobro para recorrer das decisões em juízo, vantagem preconizada pelo artigo 188 do Código de Processo Civil.

A Fazenda Pública detém outras prerrogativas em juízo, também trazidas ao ordenamento por leis como a 6.830/80, que regula as execuções fiscais. Tais privilégios são igualmente fundados na idéia de predominância do interesse da coletividade porquanto, em verdade, é a Fazenda, seja ela Municipal, Estadual, ou Federal, o próprio Poder Executivo, ou

seja, o órgão ao qual incumbe a viabilização do bem estar social do grupo, isto é, a manutenção do interesse coletivo.

Na jurisprudência, nota-se que é expressiva e recorrente a utilização pelo Estado, através de seus procuradores, do argumento fundado na supremacia do interesse da coletividade como fundamento jurídico para abonar a inadimplência do ente público no provimento de direitos fundamentais que se revelem em prestações positivas. Alegando limitações materiais, o Poder Executivo eventualmente se furta a atender necessidades básicas e fundamentais.

Conhecida como reserva do possível, o Estado lança mão dessa tese para respaldar sua eventual inércia no que tange à implementação de políticas públicas carecedoras de investimentos vultosos. Assim, sustenta que os direitos fundamentais individuais serão assegurados até determinado limite, ou seja, desde que não agridam o interesse público lê-se, interesse coletivo.

Como será visto a seguir, essa tese não vem sendo acolhida pela jurisprudência de nossos tribunais, uma vez que esbarra em um dos valores preponderantes na ordem constitucional vigente predominantemente social, o que se conhece por dignidade da pessoa humana.

### 3. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Viu-se que, segundo a concepção prevalente, o Direito Administrativo se alicerça na idéia de supremacia e indisponibilidade do interesse público. A supremacia significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade; a indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício deste interesse em detrimento de outro, sendo uma decorrência da supremacia.

Não obstante a visão tradicional, ventilante da incontestável aplicação do princípio da supremacia do interesse público e de sua conseqüente indisponibilidade, entende-se pela inaplicação desses princípios de modo absoluto, e pelo equívoco no que tange a considerar o interesse público taxativamente indisponível, porquanto o contrário se traduziria numa regra de prestígio de um interesse em detrimento de outro, denotando uma hierarquia de interesses que não existe.

A organização do aparato administrativo se modelou baseada em uma rígida hierarquia, que não acompanhou a evolução sociopolítica posterior, impregnadas por princípios e valores democráticos. Necessário, portanto, impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos ali positivados.

Em verdade, mais importará a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, devendo esta ser o núcleo real e concreto da atividade administrativa. Isso equivale a inviabilizar o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas, como a discricionariedade administrativa traduzida na conveniência e oportunidade para tomadas de decisão, e a famigerada supremacia/indisponibilidade do interesse público.

A distinção entre interesse público e privado não se assenta numa questão puramente técnica. Um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não pode ser objeto de transigência, ou seja, o interesse é público por ser indisponível, e não o contrário. Portanto, verifica-se equivocada a idéia de que algum interesse, por ser público, seja indisponível. Em verdade, o interesse é conhecido como público porque sua natureza exige que seja realizado, sendo, por isso sim, indisponível.

Esse raciocínio exprime a idéia de constitucionalização do Direito Administrativo, ganhando enfoque a observância dos direitos fundamentais. Para estar em conformidade com a nova ordem constitucional, o núcleo do Direito Administrativo não deve residir na

concepção pretérita de interesse público, mas na contemporânea promoção dos direitos fundamentais por serem estes o verdadeiro interesse público.

Deste modo, é mister que a definição de interesse público se evada do arbítrio do administrador, pois que não é esta pré-concebida, não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória. Somente uma decisão emanada de procedimento satisfatório, com a observância dos direitos fundamentais e dos interesses legítimos, poderá ser reputada como reveladora do verdadeiro interesse público.

Na jurisprudência dos tribunais superiores, em especial da Corte Constitucional, os direitos fundamentais são privilegiados sob a roupagem de interesse público, o que denota que o verdadeiro interesse da coletividade corresponde não raramente a um direito constitucional fundamental.

Em julgado datado de 03.11.2005, o Supremo Tribunal Federal lançou mão da idéia da preponderância do interesse da coletividade, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1950, cujo relator foi o Ministro Eros Grau. Nesse acórdão, ao proceder à ponderação entre a livre iniciativa e o efetivo acesso ao direito à educação, à cultura e ao desporto, privilegiou o interesse segundo, por se tratar de meios complementares à formação dos estudantes, configurando, portanto, interesse público primário.

Guiando-se ainda pelo interesse da coletividade, em julgado de 12.12.2007, a relatora Ministra Ellen Gracie ponderou no STA n.º 171-AgR, a exigência de preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica, concluindo pela impossibilidade de importação de pneus usados porquanto esse ato causaria grave lesão à saúde e ordem pública, consubstanciado no dano ambiental.

Nota-se, então, que a aferição de interesse público passa a depender de juízos de ponderação no caso concreto, entre os direitos fundamentais e sociais e outros valores administrativos consagrados constitucionalmente.

### 3.1. A IDENTIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são definidos pela doutrina de Marçal Justen Filho (2009) como “um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados e estatais.”

Respaldados por regras e princípios, apresentam tanto uma dimensão subjetiva quanto uma consistência objetiva. São instituídos por uma pluralidade de dispositivos constitucionais, sendo reconhecida a existência de normas de direito fundamental derivadas, ou seja, produzidas ou reconhecidas no processo de aplicação e concretização das normas diretamente estatuídas. O próprio § 2º do artigo 5º da Constituição Federal denota que os direitos e garantias fundamentais não se limitam àqueles expressos na Constituição, podendo decorrer do regime e princípio por ela adotados, ou ainda de tratados internacionais.

A abundância de direitos fundamentais desvaloriza a eles mesmos. Na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009), “tal proliferação levará à perda do sentido essencial dos direitos fundamentais que é serem importante expressão da eminente dignidade humana, e não meramente direitos importantes num dado contexto.” É necessário, entretanto, afastar qualquer leitura reducionista que sustente uma concepção estritamente formal de direitos fundamentais.

Não há dúvidas acerca da classificação dos direitos sociais como fundamentais, seja sob um ponto de vista formal, uma vez que sua topografia na Carta da República os agrupa aos demais direitos fundamentais, seja por razões substanciais, já que são direitos definidores de necessidades que decorrem da própria natureza humana. Tem-se, assim que para definição

de um direito como fundamental, mais importa seu conteúdo material do que qualquer outro fator.

Entre os direitos fundamentais, podem-se distinguir as liberdades ou direitos de primeira geração, os direitos prestacionais ou de segunda geração, e, para alguns autores, e os direitos de solidariedade, que correspondem aos direitos metaindividuais, relativos a todo um grupo de pessoas, como o direito a um meio ambiente equilibrado.

A afirmação de direitos fundamentais ficaria vazia se não fosse acompanhada pelo estabelecimento de garantias. Logo, há na Constituição várias espécies de garantias oferecidas aos direitos fundamentais, dentre elas as garantias-sistema, as garantias institucionais, as garantias-limite e, ainda, as garantias instrumentais (remédios constitucionais). Funcionam tais garantias como mantenedoras da finalidade principal da Constituição, de assegurar os direitos ali previstos.

Os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Embora minimamente, são limitados a fim de que o direito de um indivíduo não abata o de outro. A lei é o veículo limitador dos direitos fundamentais, podendo sempre regular o exercício deles, sem, contudo, eliminá-los. Quando da colisão entre direitos de titulares diferentes, impossibilitada a conciliação, o melhor caminho é o da ponderação, dando-se preferência ao direito que mais diretamente esteja em causa.

É essa técnica que será usada também quando da observância de colisão entre direitos fundamentais particulares e direitos invocados pelo Estado como indisponíveis porquanto respaldados no interesse da coletividade.

### 3.2. A PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO DECORRENTE DA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proporcionalidade é fundamental para preservação dos valores fundamentais e pela manutenção harmônica do sistema jurídico. Trata-se de instrumento hermenêutico capaz de solucionar problemas gerados pela contraposição de regras e princípios de idêntica hierarquia, através de um processo de ponderação.

Em lugar de uso de um sistema administrativo tendente a excessos ou omissões, o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o estado da proporcionalidade, libertando as relações administrativas da discricionariedade destemperada. Sob esta ótica, as normas restritivas de direitos individuais devem ser relativizadas, em prestígio à efetiva observância do interesse primordial.

A melhor forma de constatar-se a alteração do paradigma administrativo para se adequar à ordem constitucional vigente é a observância das decisões recentes dos Tribunais Superiores. As situações mais recorrentes e que ganham maior notoriedade na jurisprudência brasileira são as hipóteses em que o Estado se nega a adimplir direitos sociais como a saúde, a educação, ou a moradia, sob a justificativa de que tais prestações positivas afrontariam o interesse público, já que iriam além das possibilidades materiais do ente público. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, vem rejeitando de modo cada vez mais evidente essa argumentação.

Entendem os julgadores que casos em que se postula fornecimento de medicamentos, patrocínio de tratamentos de saúde, instalação de estabelecimentos de ensino, oportunização de condições mínimas de habitação são matérias afetas à preservação da sobrevivência digna, tangenciando inclusive o mínimo existencial. Assim, a teoria da reserva do possível não escusa o ente federado da evasão do cumprimento de norma constitucional que visa a efetivar um direito erigido à categoria de direito fundamental.

Acompanhando esse entendimento, tribunais de todo o Brasil têm produzido decisões reiteradas que impõem a implementação de políticas públicas pelo respectivo ente



demandado, sem acolher o argumento de afronta ao interesse público, porque a dignidade da pessoa humana sobrepõe-se aos interesses da Administração Pública.

Há decisão que estende esse âmbito de proteção constitucional ao também direito fundamental de propriedade, quando elide o interesse social alegado, determinando a impossibilidade de o Poder Público proceder à desapropriação de determinadas áreas.

Alargando o conceito de direito fundamental, a jurisprudência tem entendido inclusive que é uma espécie desse gênero o direito do contribuinte a não sofrer excesso de exação do Poder Público, sendo por vezes concedido o direito de se abster ao pagamento de determinado tributo dissonante à lei.

Nota-se, portanto, que a ponderação é técnica a ser realizada em cada situação concreta, sendo a regra hermenêutica atual aquela que prestigia o direito fundamental do postulante, de modo a ser atingida uma sociedade que prime de modo inequívoco pela observância da proposta constitucional vigente.

## CONCLUSÃO

A proposta de abordagem do tema tratado ainda não é absoluta em nossa doutrina. Não se pode, todavia, negar sua relevância e sua constante expansão dentre os estudiosos do Direito. Os administrativistas tradicionais devem ficar atentos às mudanças sociais, para que o Direito possa suprir as carências da coletividade efetivamente, não apenas de modo formal.

Melhor do que a condução reiterada de conflitos ao Poder Judiciário para obtenção do mínimo existencial seria o reconhecimento pelo Poder Executivo de seus deveres constitucionais, em atenção ao interesse público como resultado e não como pressuposto da decisão. Não é, infelizmente, o que ocorre, e, em repetidas ocasiões, observa-se a proposição

de demandas judiciais destinadas a desconstruir a pretérita noção de interesse da coletividade administrativista.

Espera-se que aqui tenha ficado elucidada a imperiosidade de se emprestar ao princípio da supremacia do interesse público uma visão constitucional, para o que foi proposta não uma abolição, mas uma releitura do princípio administrativo, mais especificamente, do conceito de “interesse público”.

Vale dizer que aqui não se pretende defender a supremacia do interesse individual privado, mas apenas a impossibilidade de se identificar um conceito abstrato e geral para a expressão “interesse público”, ao passo que se prima pela consagração dos direitos fundamentais como alicerce de todo o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando a Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Páginas 99-127.

BINEMBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 17 mar. 2010.

*Contrato Social*. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Contrato\\_social](http://pt.wikipedia.org/wiki/Contrato_social)>. Acesso em: 15 mar. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARX, Karl, 1818-1883. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos/Karl Marx*; seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Carlos Bruni ... (et al.) – 2. Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PAZZINATO, Alceu Luiz; SENISE, Maria Helena Valente. *História Moderna e Contemporânea*. 11. ed. São Paulo: Ática, 1997.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.