



Escola da Magistratura do Rio de Janeiro

A Limitação da Supremacia do Interesse Público

Danielle Moreira de Oliveira

Rio de Janeiro  
2009

DANIELLE MOREIRA DE OLIVEIRA

A Limitação da Supremacia do Interesse Público

Artigo Científico apresentado à Escola de 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

Rio de Janeiro  
2009

## A LIMITAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

**Danielle Moreira de Oliveira**

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho busca apresentar a aplicação dos princípios constitucionais na relação entre interesses públicos e privados, relação essa não mais de supremacia de um interesse em face do outro, mas de equilíbrio. Atualmente, em caso de conflitos entre tais interesses, a postura do intérprete deve ser de analisar o caso concreto para determinar, segundo as circunstâncias, qual interesse irá prevalecer naquele caso, pautando-se em um sistema de ponderação equilibrado.

**Palavras-chaves:** Princípios, interesse público; interesse privado; conflito; ponderação.

**Sumário:** Introdução; 1. Interesses Públicos e Privados: Origem e evolução da Dicotomia público-privada; 1.2. Definição de interesse público e privado; 1.3. Relação entre os interesses públicos e privados; 1.3.1. Concepções Organicista, Utilitarista, Individualista e Personalista; 1.4. Princípio da Supremacia do Interesse Público?; 2. A Constituição da República diante da suposta supremacia do interesse público; 3. A Ponderação de Valores como freio à Supremacia do Interesse Público; Conclusão; Referências.

### INTRODUÇÃO

Grande tem sido a discussão acerca da aplicação dos Princípios Constitucionais no ordenamento jurídico pátrio. Apesar de não ser algo atual a existência de princípios, esses, em

constituições anteriores, não tinham sua aplicação reconhecida, visto que não se reconhecia força normativa à Constituição. Com a colocação da Constituição no centro do ordenamento, a atenção se voltou para a situação dos princípios, que antes serviam apenas como conselhos, orientações dadas à sociedade e ao próprio Poder Político e, hoje, possuem sua força coercitiva e sua aplicabilidade direta nas relações sociais reconhecidas.

Dentro dessa lógica principiológica, não se pode esquecer de abordar que o desenvolvimento social gerou uma complexidade das relações humanas, que teve de ser acompanhada pela ordem jurídica e tem-se, como resultado disso, um aumento quantitativo dos princípios constitucionais. Assim, diante de tal constatação, não se pode negar a possibilidade de haver conflitos de interesses que tenham por base princípios diversos, ou normas que afetem reflexamente princípios. Assim, dentro da idéia de Ponderação de valores, deve o aplicador do Direito tentar alcançar um equilíbrio entre esses interesses.

Esmiuçando-se os interesses em conflito, percebe-se a diferenciação desses interesses em dois grandes grupos: um grupo relacionado à tutela privada e outro à tutela pública. Grande é a disputa, dentro desses conflitos, por um lugar de destaque entre os interesses públicos e os privados, não sendo algo recente, restrito à contemporaneidade. Ao longo da história, intensa foi a gangorra entre a dicotomia público-privado e que tal entrave é composto, na verdade, por ciclos, momentos em que um se sobrepõe ao outro e vice-versa.

Da análise do ordenamento jurídico atual, nota-se a ocorrência de uma fase de transição doutrinária, em que uma parte da doutrina tradicional, principalmente ligado ao ramo do Direito Administrativo, mantém como princípio basilar de sua disciplina a idéia de supremacia do interesse público sobre o particular. No entanto, também é notório o surgimento de doutrinadores que questionam esse posicionamento, dando forte ênfase aos interesses individuais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, inseridos dentro de uma lógica social

trazida pela atual Constituição de 1988, na qual a manutenção de interesses individuais corresponde à proteção dos interesses públicos, jogando por terra a idéia de dicotomia, de antinomia entre esses dois tipos de interesses, criando, dessa maneira, uma idéia de complementaridade, de correlação.

Com isso, apesar de ainda haver, doutrinariamente, a rígida dicotomia entre o público e o privado, evidencia-se o surgimento de uma ligação entre os dois, visto que o público, em muitos casos, tem a função de permitir a satisfação do privado, não se podendo mais falar, de antemão, antes de uma análise no caso concreto, de uma supremacia do interesse público sobre o particular, muito menos do particular sobre o público. Inevitável, portanto, será a Ponderação dos Princípios envolvidos no caso concreto, principalmente nas hipóteses em que o legislador já não tenha feito uma Pré-Ponderação. Mesmo nesse último caso a vontade do legislador deve ser interpretada de acordo com a lógica Constitucional vigente.

Busca-se, então, nesta pesquisa, delimitar as noções de Princípios Constitucionais e sua relação com interesses públicos e privados, dentro da atual lógica de Interpretação e Ponderação Constitucional.

## **1. INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS: ORIGEM E EVOLUÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADA**

Desde a Antigüidade Clássica, período que se estende aproximadamente do século VIII a.C. ao século V d.C., observa-se a distinção entre o público e o privado, conforme apresenta SARMENTO (2005). No entanto, apesar de haver essa distinção, clara era a predominância da

esfera pública, visto que o que era considerado mais importante, tanto na Grécia antiga como em Roma era a vida pública do cidadão, que em praças públicas participava ativamente da política. A esfera privada era restrita ao seu lar, onde o homem exercia o seu poder.

A Idade Média, também conhecida como Idade das trevas, se caracterizou pela formação social em feudos, fortificados para se protegerem das invasões bárbaras. Durante esse período o poder político esteve descentralizado, não havendo um governo único nem divisão em Estados. Cada Senhor feudal era “rei” em seu feudo, e os que nele habitavam e trabalhavam se submetiam ao seu poder em troca de proteção. Não se podia viver fora dos muros dos feudos. Dentro dos feudos produzia-se o que se necessitava para a sobrevivência. A cultura era Teocêntrica e a Igreja determinava o modelo de vida da sociedade. Nota-se que nesse período não havia praças públicas para debates políticos, ficando o interesse público restrito ao interesse privado do senhor feudal. Aqueles que viviam sob seu governo não tinham direitos, já que as regras eram ditadas e decididas pelo senhor feudal. Há, nesse período, um extermínio do interesse público como interesse da coletividade e do interesse privado de cada indivíduo da sociedade.

Com o fim das invasões bárbaras, por volta do ano 900 d.C., explica PAZZINATO e SENISE (1999) que houve um período de calmaria na Europa que possibilitou a expansão das áreas produtivas, havendo assim excedente de produção que estimulou a retomada do comércio. Uma nova classe social surgia: a burguesia. Com o monopólio das cidades italianas sobre a rota das especiarias, surgiu a necessidade de unificação do poder, para que grandes expedições marítimas em busca de uma nova rota para as Índias fosse alcançada. Diante desse quadro, houve a formação dos Estados Nacionais, com a concentração do poder nas mãos do Rei Absolutista. Ressurge, assim, as esferas pública e privada. Deve-se ressaltar que a utilização do poder pelo rei não era limitada, agindo ele assim segundo seus interesses e os interesses das classes dominantes, que o mantinham no poder. O interesse público aqui mais uma vez não correspondia ao interesse

da sociedade como um todo. Além disso, com o crescimento da burguesia, houve o fortalecimento dos interesses privados.

Com o início do século das Luzes, século XVIII, o Iluminismo surgiu como uma resposta aos problemas da burguesia, que sofria com a intervenção do Estado na economia, impondo limites ao seu desenvolvimento. Tendo o Iluminismo seu foco no homem e na sua liberdade, apresentava uma proposta de reorganização social, com a valorização do bem-estar e do progresso, causas tão almejadas pela classe burguesa, conforme explica PAZZINATO e SENISE (1999).

Em 1789, com a Revolução Francesa, sob as idéias de liberdade, igualdade e fraternidade o espaço privado tem seu apogeu. Vivendo a fase do Liberalismo, o Estado passou a não intervir na economia, que se regulava pela mão-invisível. Conforme SARMENTO (2005), a autonomia da vontade preponderava em meio à avalanche capitalista, distinguindo, claramente, o espaço do Estado e o espaço da sociedade.

O progresso comercial foi expandido com a ocorrência das Revoluções Industriais, que, apesar de trazer evolução, trouxe uma gama de conflitos e abusos por outro, principalmente no que tange às relações trabalhistas, havendo grande exploração da mão-de-obra não só masculina, mas também feminina e infantil. Jornadas de trabalho desumanas, péssimas condições de trabalho, entre outros levaram os trabalhadores a se unir e exigir uma atitude do Estado, que não podia mais se manter inerte diante de tal situação. Nesse cenário, ressurgiu o interesse público como aquele voltado aos anseios da coletividade, que agora apoiada nas idéias iluministas de valorização da razão, questiona o poder público e fiscaliza suas funções. Surge também, nesse período, a Tripartição dos Poderes como forma de limitação ao poder absoluto do rei. Assim, o exercício da soberania se reparte em três “Poderes”, independentes e harmônicos.

A passagem do Estado Liberal para o Social se consolidou com a inclusão nas cartas constitucionais dos direitos sociais, garantias fundamentais e da função regulamentadora da

economia pelo Estado como forma de se evitar a liberdade abusiva que tinha sido legitimada pelo Liberalismo.

Atualmente, vivemos o período da Pós-Modernidade. Período este em que, após tamanha intervenção do Estado na economia e na sociedade, verificou-se que este não poderia controlar todo o desenvolvimento socioeconômico, seja em razão do grande aumento dos gastos públicos, seja porque, diante da formação de grandes conglomerados econômicos, a intervenção demasiada do Estado gerava desaceleração do crescimento.

Foi nesse cenário que surgiu o neoliberalismo. A característica mais marcante está na globalização, fenômeno que torna o mundo em uma grande aldeia global.

A idéia de globalização está inserida na lógica neoliberalista que busca a maximização dos lucros e a redução dos custos. Essa doutrina prega a plena liberdade de mercado e uma restrição à intervenção do Estado na economia, que só deve ocorrer em um grau mínimo e apenas em setores nos quais for imprescindível. A ideologia neoliberal busca um retorno ao liberalismo para se alcançar maior eficiência econômica.

Esta nova ideologia foi adotada por todos os países capitalistas, desenvolvidos, subdesenvolvidos, em desenvolvimento. No entanto, não se pode ser inocente. Países que pregam o neoliberalismo já passaram por completo pela fase do Estado Social, em que proporcionaram à população condições de vida dignas, com redução das desigualdades e fortalecimento das classes sociais. Já países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, não propiciaram essa base à população. Enquanto as escolas públicas americanas possuem um nível elevadíssimo, as do Brasil são, em boa parte, decadentes.

Mesmo sufocados pela dependência econômica, todos estão engolindo a seco esse novo modelo. Há, no Brasil, uma constituição social, mas vive-se sob um regime econômico neoliberal. A grande consequência disso é a existência de várias normas constitucionais



programáticas que não saem do papel. Um governo dependente internacionalmente que, diante do interesse coletivo de sua nação, deve atender aos anseios capitalistas estrangeiros.

Não se está aqui adotando uma posição radical contra o neoliberalismo. Uma menor intervenção na economia deve ocorrer sim, privatizações são necessárias para por fim à ineficiência e à burocratização também. No entanto, quem deve ditar as regras são as necessidades da sociedade. Privatizar sim, mas não tudo. Onde está o princípio da indisponibilidade do interesse público? Pena que ele só seja aplicado quando há literalmente uma relação de subordinação interna.

Outro aspecto que se deve atentar é para o avanço da tecnologia de comunicação com a globalização. Sabe-se de tudo o que ocorre em qualquer lugar de maneira praticamente instantânea. O espaço privado se confunde com o público. O direito a informação banaliza a privacidade. Qual o limite? Tênué é até aonde vai o direito à informação e onde começa o espaço privado.

## **1.2. DEFINIÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO**

A grande questão desse tópico está em se definir o que é interesse público. Termo genérico, abstrato e indeterminado, tem sido usado com frequência sem a menor determinação de sua abrangência. Tudo tem se tornado interesse público. Deve-se observar, principalmente no que se refere ao conflito entre interesses públicos e privados, os danos que podem advir de se ponderar ambos os interesses sem ter o conceito acerca de um deles. Nesse sentido, adverte TAVARES (2006) sobre os limites de ingerência na esfera privada, o que pode gerar um

desrespeito ao direito da personalidade e à dignidade humana em favor de um suposto interesse público, visto que, apesar de haver sociedade, esta é composta por indivíduos, pela congregação destes, que necessitam da garantia de seus direitos para que a harmonia, a segurança e a confiança social possam existir.

Na busca, então, pelo melhor conceito de interesse público, depara-se com o conhecido entendimento de MELLO (2004), para o qual o interesse público é composto pelo interesse de toda a coletividade, sem que este fira o interesse individual de cada membro da mesma. Isso quer dizer que toda a sociedade deve estar de acordo com aquele anseio ou necessidade, mesmo que não tenha interesse em ser atingido diretamente por ele. Um exemplo claro sobre essa posição é a necessidade de se regular o trânsito por meio do Código Brasileiro de Trânsito, que estabelece normas para organizar o tráfego e melhorar assim a qualidade de vida. Essa regulamentação faz parte do interesse de toda sociedade, mesmo que, individualmente, ninguém queria ser punido ao violar um de seus preceitos primários.

Para JUSTEN FILHO (2006), não há um conteúdo próprio que defina interesse público. Para ele, não se pode considerar como interesse público o interesse privado comum a toda a coletividade, pois não há a possibilidade de se chegar a uma unanimidade e, caso um membro da sociedade tenha um interesse diferente, não haverá assim interesse público.

Também não se pode considerar como interesse público o interesse da maioria da sociedade, visto ser esse aspecto um critério antidemocrático. No Estado Democrático de Direito, em que se vive, não se pode buscar o interesse da maioria sem respeitar as minorias. Além disso, há interesses coletivos e difusos que continuam a ser privados e interesses privados essencialmente individuais, que não serão públicos se uma maioria os tiver.

Uma terceira hipótese seria considerar o interesse público como o interesse da sociedade, sendo esse diverso do somatório de interesses individuais. Essa posição também vai de

encontro ao ideal de democracia, pois considera o todo como algo superior a qualquer interesse individual.

Poder-se-ia também alcançar a idéia de interesse público por meio de exclusão, fazendo-se uma conceituação negativa, visto que. Nessa esteira, o interesse público não se confunde com o interesse do Estado; o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo; e o interesse público não se confunde com o interesse do agente público.

Pela primeira afirmativa se depreende que o Estado é mero titular do interesse público, já que foi criado para satisfazer as necessidades sociais. O interesse público está predominantemente nas mãos do Estado, mas não é exclusivo deste. A segunda idéia trata do interesse da Administração Pública, do chamado interesse secundário abordado acima. Interesse público é diferente do interesse da Administração Pública, que prioriza os interesses do próprio ente administrativo em detrimento do interesse coletivo. Para JUSTEN FILHO (2006), esses interesses da Administração não poderiam ser considerados como interesses, de acordo com a concepção jurídica do termo, sendo considerados como simples conveniências circunstanciais. Já a terceira hipótese, de mais fácil percepção, apresenta a diferenciação entre o interesse público e o interesse do agente público. O agente público, apesar de estar investido na função, tem seus interesses privados, que em nada se misturam com os interesses públicos.

Não se pode também deixar de mencionar que o uso da expressão “interesse público” pode levar à falsa concepção de que há apenas um único interesse público. A sociedade atual é complexa e rodeada de diversos interesses, não se podendo considerar que há apenas um único interesse público. Entende ARAGÃO (2005) e JUSTEN FILHO (2006) que, quando se analisa concretamente, vários interesses podem ser pinçados como a preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, melhoria dos serviços públicos entre outros, que podem, casuisticamente,

até entrar em conflito, não se podendo resolver com base na preponderância do interesse público, como se esse fosse único.

Outro aspecto de grande relevo é a distinção existente dentro da própria idéia interesse público. Grande parte da doutrina brasileira não aborda essa diferenciação que foi trazida da doutrina italiana por MELLO (2004). Divide-se o interesse público em primário e secundário. O interesse público primário seria aquele que resulta do interesse da coletividade, da sociedade como um todo, enquanto o interesse público secundário é aquele do próprio ente administrativo, como pessoa participante de uma relação jurídica.

Apesar de pouco difundida na doutrina, já há precedentes jurisprudenciais nesse sentido, como se pode depreender do voto do Ministro Marco Aurélio na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário 413478/ PR, no qual distinguiu o interesse público primário, que se irradia a ponto de se colocar no patrimônio dos cidadãos em geral, do interesse público secundário. Defendeu ainda no caso concreto decidido que o Estado, quando comparece em juízo, quando é parte numa relação processual, evidentemente, não goza de soberania e se igualiza, portanto, às pessoas naturais e jurídicas em geral, demonstrando não haver, *prima facie*, uma preponderância do Estado por ser este o portador do interesse público se considerado genericamente.

No que tange à definição dos interesses privados, não há grande dificuldade em se determinar seu conceito. Esse corresponde ao interesse de uma pessoa considerada na sua singularidade. Interessante destacar aqui o atual enfoque dado ao interesse privado, diante da atual constitucionalização do Direito Privado.

A base de todo o ordenamento jurídico brasileiro se encontra no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, prevista na carta constitucional no seu artigo 1º, inciso III. Dentro dessa visão, não pode o interesse privado ser visto como o interesse do indivíduo da forma que se considerava na fase do liberalismo, interesse esse desvinculado de qualquer função

social, restrito apenas à satisfação individual. Hoje, de acordo com NEGREIROS (2004) há a garantia da autonomia privada sim, mas essa liberdade de escolher e de agir é limitada pelo impacto que ela acarretará na sociedade, observando sempre o respeito entre os homens, considerados como pessoas.

Assim, essa mudança de paradigma influenciou substancialmente a dicotomia público-privada. Não se pode mais afirmar que a esfera pública se contrapõe à privada, mas que se complementam. Nessa idéia, dispõe Teresa Negreiros que vive-se, com a atual Constituição, o fim dessas dicotomias com o relacionamento entre a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade solidária, o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento da pessoa. Para ela, mais do que indivíduos a sociedade é formada por pessoas, que não possuem uma liberdade independente da realidade social, não havendo autonomia, seja da pessoa, seja da sociedade.

### **1.3. RELAÇÃO ENTRE OS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS**

A relação entre os interesses públicos e privados não pode ser considerada estática. Como já visto, sua oscilação pode ser demonstrada pela balança da história. Se o período em foco é liberal, valoriza-se mais os interesses privados. Se mais social, prevalecem os interesses públicos.

#### **1.3.1 CONCEPÇÕES ORGANICISTAS, UTILITARISTAS, INDIVIDUALISTA E PERSONALISTA**

A superioridade do interesse público sobre o privado é a base da concepção organicista de Estado. Pelo Organicismo, o todo se sobrepõe às partes, sendo desvinculado dos interesses individuais de cada membro. Há um enaltecimento da sociedade, que é considerada como um organismo vivo em que os indivíduos são simples células.

Não se pode esquecer que o radicalismo da concepção organicista levou ao surgimento de governos totalitários, ditatoriais como os nazistas e fascistas, em que a pessoa humana não tinha qualquer relevância, não sendo considerada como é, dotada de vontade e racionalidade. Além disso, tal concepção não se adequa à realidade atual. Vive-se, conforme explica SARMENTO (2005) em uma sociedade complexa, pluralista, em que não se pode determinar que haja uma comunhão plena entre as pessoas. Os interesses são múltiplos e as relações entre as pessoas mais frágeis. Valoriza-se a diversidade, estimula-se a diferença. No contexto econômico do neoliberalismo, houve o retorno à ênfase ao individualismo. No contexto jurídico do constitucionalismo, o despontar da dignidade da pessoa humana. Considerar o interesse público sobre o particular seria andar na contra-mão do sistema.

Na mesma linha do organicismo há o utilitarismo, em que não há tal desvinculação do interesse público do particular, sendo aquele o somatório destes. Pela filosofia utilitarista, deve-se sempre agir buscando o bem-estar de todos. Apesar de buscar um ideal louvável, não se coaduna com o espírito democrático da nossa constituição, já que em prol do interesse da maioria suprime-se a vontade das minorias.

Em contraposição ao Organicismo e também ao Utilitarismo, encontra-se a concepção individualista, em que há uma superioridade incondicional dos interesses individuais sobre os públicos. Nela, o Estado não pode interferir na autonomia privada, limitando a ação individual.

Para NEGREIROS (2004), no individualismo, que teve seu auge no período do liberalismo, a maior realização da liberdade do homem se dava na propriedade privada e no contrato.

SARMENTO (2005) propõe que, atualmente, vivemos sob a égide da concepção Personalista, na qual há uma ponderação equilibrada, pautada na proporcionalidade entre os interesses públicos e privados. Ambos os interesses se controlam. O Estado deve respeitar os direitos individuais, tendo o seu poder limitado no tocante à ingerência na esfera privada. Entretanto, os interesses individuais também são limitados pela atuação do Estado que buscar manter a atuação dos particulares no campo do respeito e da solidariedade.

Assim, a possibilidade da existência de choque entre esses interesses é real, mas não se pode olvidar que esses interesses em muitos casos se complementam. Isso pode ser visto principalmente pelo fato de que a garantia dos interesses individuais, privados, pode ser considerada um interesse público legítimo, já que o Estado foi criado para atender aos anseios dos indivíduos e não o inverso. Acerca disso, aborda a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como se verifica no Agravo de Instrumento nº 70019259621, julgado em 13.04.2007 na Décima Câmara Cível, que teve como relator o Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima, que, dentro dos questionamentos decididos no caso, as providências em favor do interesse privado buscam a efetividade da justiça e o cumprimento das decisões judiciais, situando-se também na esfera do público.

#### **1.4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO?**

Destaque deve ser dado ao posicionamento da maioria dos doutrinadores publicistas, principalmente no ramo do Direito Administrativo. Para esses, há uma supremacia absoluta e inquestionável do interesse público sobre o privado. Nessa esteira, defende MOREIRA NETO (2006) a diferenciação das relações tipicamente privadas, onde há a coordenação de interesses e o direito deve agir de forma isonômica, das relações tipicamente públicas, nas quais se verifica a subordinação de interesses, devendo a lei identificar um interesse geral, público, priorizando seu entendimento sobre qualquer outro interesse.

DI PIETRO (2003) também defende incisivamente a prevalência do interesse público sobre o privado, fundamentando no bem-estar coletivo e na superação do individualismo.

Mas posição mais enfática quanto à preponderância do interesse público sobre o particular fica a cargo do professor MELLO (2004, p.60), que considera tal supremacia como “verdadeiro axioma”, idéia aceita por todos de maneira incontestável, sendo uma verdade obtida por sua simples afirmação, considerada inclusive como condição de manutenção do interesse privado.

Apesar do peso doutrinário de tais posições, defende-se, nesta pesquisa, posicionamento diverso. Não se pode admitir que no afã da saída de um individualismo exacerbado chegue-se exatamente no seu ponto oposto, com a total submissão dos interesses privados aos públicos. Como já abordado, a relação entre esses interesses é de cooperação e não de exclusão. A aplicação de uma norma de interesse público não pode apenas proteger reflexamente um interesse privado, mas tem que ter como um de seus objetivos direito o respeito a esses.

Além disso, a observância da prática demonstra que atribuir-se antecipadamente a supremacia ao interesse público, dando um poder irrestrito ao poder público não gera maior efetividade. Para SOUTO (2002), a busca de um acordo entre o público e o privado traz maior possibilidade de bem-estar para a sociedade em geral, atendendo-se aos anseios individuais e coletivos por meio de compromissos livremente ajustados.



## **2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DIANTE DA SUPOSTA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

A atual Constituição da República Federativa do Brasil é uma constituição social e traz em seu bojo vários interesses públicos, que devem ser perseguidos pela Administração Pública no exercício de suas funções.

No entanto, o centro da Constituição está o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a garantia dos Direitos Fundamentais, afirmação essa que pode ser alcançada com a observância dos primeiros artigos do texto Constitucional, que consideram a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, em decorrência disso, dá aos direitos fundamentais força de cláusulas pétreas. Além disso, o preâmbulo da Constituição, quando elenca os fins do Estado Democrático, coloca em um mesmo patamar os interesses públicos e privados, determinando que o Estado Brasileiro deve buscar assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça para termos uma sociedade fraterna e harmônica.

Diante desse cenário, defende SARMENTO (2005) que não pode haver uma proteção incondicionada do interesse público que descarte o princípio da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, já que isso seria uma afronta ao próprio espírito constitucional.

Dessa forma, nota-se que a nossa carta constitucional, que faz do Brasil um Estado Democrático de Direito, busca proteger e harmonizar tanto os interesses públicos, representados como os interesses do Estado e de membros de determinados grupos socialmente organizados, quanto os privados, individuais, o que demonstra serem todos essenciais à vida em sociedade.

Assim, para conciliar os diversos interesses inseridos no texto constitucional e evitar o excesso de obediência a um princípio que desprestigie o outro, deve-se utilizar da metodologia de interpretação especificamente constitucional. Nesse sentido defende SILVA NETO (2006) que a posição dos interesses públicos e privados e a força a eles atribuída devem ser entendidas de acordo com alguns Princípios de Interpretação Constitucional.

Princípio de relevo nessa relação é o da unidade da constituição. A Constituição é uma, apesar de haver dentro dela vários dispositivos. Dentro dessa lógica, o interprete deve buscar interpretar a constituição como um todo, evitando antinomias, harmonizando sempre as possíveis tensões no momento de concretizar a normas constitucionais.

Relacionado ao princípio da unidade da constituição está o princípio da concordância prática, pelo qual se deve confrontar os interesses em conflito para se saber, diante do caso concreto, qual deve prevalecer, buscando sempre preservar o outro, evitando assim o sacrifício total de um frente à superposição do outro. Esse princípio é de extrema importância na relação entre interesses públicos e privados, pois gera maior harmonização entre eles, indo de encontro à idéia de supremacia do interesse público.

Outro princípio importante é o do efeito integrador. A Constituição tem a função de criar e manter a unidade política. Assim, o aplicador do direito deve buscar soluções que priorizem essa unidade, evitando priorizar, de antemão, um princípio em relação ao outro pelo simples argumento de que ele tutela um suposto interesse público.

Pelo princípio da máxima efetividade, o interprete deve escolher a interpretação para o caso que gere maior efetividade. Por ele, deve-se buscar concretizar as normas constitucionais com a maior amplitude, não podendo restringi-la, excluí-la completamente para aplicação de outra norma.

Além dos princípios já elencados, não se pode deixar de abordar um dos princípios de maior importância, qual seja, o Princípio da Proporcionalidade, corolário da Ponderação de Valores. Esse princípio pode ser considerado como um dos mais relevantes de todo ordenamento jurídico, já que, diante da aplicação de qualquer norma, deve-se observar os limites da proporcionalidade, ponderando a dureza e insensibilidade da norma na sua abstratividade diante do fato social.

Teve sua origem na necessidade de se limitar o Poder do Estado em face dos indivíduos, com o objetivo de evitar o abuso de poder legitimado pela lei. Tal postulado, atualmente, não está mais restrito às relações que envolvem o Estado, sendo requisito necessário de qualquer comportamento em sociedade, dentro de qualquer tipo de relação jurídica.

O princípio da proporcionalidade desenvolvido na Alemanha está intimamente relacionado ao princípio da razoabilidade aplicado nos Estados Unidos. Na Alemanha, a nomenclatura do princípio também é utilizada como proibição de excessos. Aqui no Brasil, nossa doutrina e jurisprudência, na sua grande maioria, tratam indistintamente dos dois termos.

Atualmente, esse princípio permite também que o Poder Judiciário possa examinar, na essência da norma, uma compatibilidade entre o ato propriamente dito, portanto a norma em si, e os objetivos a que ela se dirige. Autoriza que o Poder Judiciário venha a legislar que uma norma possa ser injusta, apesar de ser esta norma, do ponto de vista estrutural, legítima. Está bem posta do ponto de vista de sua existência fática; todavia, no que tange ao objetivo a que ela se dirige, está despossuída de razoabilidade.

No Brasil, o princípio da Proporcionalidade, ou da Proibição do Excesso, deve ser aplicado observando-se três momentos distintos, a adequação, a exigibilidade ou necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação está voltada a se observar se a medida é adequada para atingir determinada finalidade, sua aptidão para alcançar o objetivo. Para a exigibilidade ou necessidade, não basta que a medida seja adequada, ela tem que ser necessária, exigível. Não pode haver outra medida menos danosa, menos restritiva. Se não for a mais exigível, a solução não terá sido aplicada de forma proporcional. Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, deve-se atentar para a relação custo- benefício. O ônus na aplicação da solução planejada não pode superar o bônus. Para se proporcional, o benefício deve superar o prejuízo.

Diante desses princípios, pode-se notar que a relação entre os interesses públicos e privados deve ser interpretada analisando-se o espírito constitucional, buscando sempre proteger ao máximo cada um dos referidos interesses de forma que nenhum deles fique completamente afastado, já que a constituição prioriza os dois, e, no caso de conflito concreto, deve-se ponderar os interesses em jogo, preservando sempre a harmonia das normas.

Dentro desse quadro, demonstra-se mais um argumento a favor da análise equilibrada entre os interesses públicos e privados, não se podendo considerar, em abstrato, a prevalência de um sobre o outro. Ambos, segundo a moderna hermenêutica constitucional, que analisa a constituição sobre o enfoque do pluralismo e da defesa da democracia e da igualdade, estão no mesmo patamar, com a mesma importância e proteção dada pelo constituinte, determinando, com isso, pela aplicação dos princípios constitucionais de interpretação, o estabelecimento de uma gangorra nos casos concretos, onde ora um prevalece, ora o outro, mas mantendo sempre os dois na gangorra, sem valorizar um e excluir outro. A consideração de uma suposta supremacia na relação entre tais interesses só pode ser considerada prejudicial tanto à sociedade, quanto às pessoas consideradas na sua individualidade, trazendo um ônus insustentável à convivência dos interesses.

### **3. A PONDERAÇÃO DE VALORES COMO FREIO À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Frente a um possível conflito entre princípios constitucionais de mesma hierarquia, a técnica da Ponderação de Valores. A aplicação da Ponderação ocorre por meio de três etapas.

A primeira etapa diz respeito à fase em que o aplicador irá buscar no ordenamento as normas relevantes para o caso em concreto. É nesse momento que se encontram os conflitos. Cabe lembrar que, em alguns casos, o legislador constituinte já ponderou previamente, em abstrato, alguns conflitos de interesses, apresentando exceções no corpo da lei. Outro aspecto que importante é que não se pode confundir normas com artigos de lei, enunciados normativos, sendo a norma, em alguns casos, a combinação de mais de um dispositivo, podendo inclusive se extrair de um dispositivo mais de uma norma. Assim, nessa etapa deve-se ajuntar os fundamentos de acordo com a solução que propõem.

A segunda etapa corresponde à análise dos fatos, das suas peculiaridades e sua relação com os elementos normativos. O relevante nesse momento é observar a consequência da aplicação de cada norma (ou de cada conjunto de argumentos anteriormente separados) no caso concreto.

A ponderação se diferencia dos outros métodos de solução de conflitos na terceira etapa, no qual o intérprete irá decidir. Aqui os diferentes grupos de normas e suas consequências no caso serão analisados em conjunto, de forma a se sopesar cada grupo à luz dos valores constitucionais e sociais vigentes e, no caso, chegar à conclusão de qual irá preponderar,

determinando o quanto cada grupo irá ceder ao outro. Destacam-se mais uma vez as lições de BARCELLOS (2005) sobre o tema, ensinando que, neste momento, com a “distribuição dos pesos”, sendo este o diferencial da ponderação, podemos definir se há a possibilidade da conciliação dos elementos normativos ou a necessidade de preponderância de algum deles.

Mister se faz frisar, segundo PEREIRA (2006), que a relação de precedência que se alcança por meio da ponderação só tem utilidade no caso concreto específico, estabelecendo uma hierarquia móvel ou relação de precedência condicionada entre os bens jurídicos conflitantes no caso, exigindo uma aplicação dinâmica das normas constitucionais. Assim, o grau de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que a ele foi atribuído no caso concreto, o que torna a decisão do conflito casuística.

Afirma SARMENTO (2004), nesta lógica, que essa ponderação pela qual se atribui peso aos interesses não é feita de forma matemática, devendo ser feita não pela lógica formal, mas pela “lógica do razoável”.

Não se nega por tais idéias a indisponibilidade do interesse público, mas dentro do próprio conceito de interesse público primário esse não pode ir de encontro ao interesse individual garantido constitucionalmente, principalmente quando afronta direitos individuais fundamentais. Considerar que há um princípio da Supremacia do Interesse Público absoluto é uma afronta ao próprio espírito constitucional, chocando-se com toda a hermenêutica constitucional. Além disso, a própria aplicação de um princípio se dá por meio da ponderação de seu valor, sopesado com o outro princípio em conflito. Não há um princípio preponderante, absoluto, acima de todos os outros dentro do ordenamento jurídico. Quando entra em conflito o interesse público à informação e o interesse privado à privacidade, têm-se que analisar, no caso concreto, os limites de cada interesse, para que o núcleo básico de cada princípio não seja

violado. Pode-se considerar, ao fim de uma análise pautada na ponderação dos valores em conflito, pela prevalência casuística do interesse público, mas não de forma abstratamente considerada da Supremacia do interesse público sobre o particular.

Nessa esteira defende também MEDAUAR (2004), para quem cabe à Administração realizar a ponderação dos interesses existentes em certa situação, de maneira que não se sacrifique *a priori* nenhum interesse, buscando assim a compatibilização e conciliação dos interesses com a redução dos sacrifícios.

Não pode haver uma ponderação geral abstrata. A entrega de um Princípio da Supremacia do interesse público sobre o particular ao Poder Público é conferir ao Estado, que já detém grande poder em suas mãos, uma autoridade praticamente massacrante sobre o particular. Essa situação pode causar graves violações ao direito privado, gerando uma forte insegurança, instabilidade jurídica devido à liberdade do Estado em adentrar na esfera particular. Nesse contexto encontra-se a Constituição que, apesar de determinar a formação e organização do Estado, bem como dos interesses públicos que por ele devem ser perseguidos, se apresenta também como a maior garantidora dos direitos fundamentais, servindo como um limite à atuação do Estado.

Pode sim haver casos específicos de exceções previstas constitucionalmente em que o constituinte, já prevendo alguns conflitos, determinou qual prevaleceria naquele caso em abstrato. Há também a possibilidade de a constituição permitir que lei limite os interesses privados em determinados casos. Nessas situações, essa permissão não é incondicionada, devendo a aplicação do interesse público ser limitada pelo princípio da proporcionalidade. No entanto, deve-se frisar que isso se trata de uma exceção, sendo a regra o equilíbrio, a unidade entre o interesse público e o privado. A constituição equiparou esses dois interesses, colocando-os no mesmo patamar. Em caso de colisão, a preponderância será alcançada no caso concreto. Nessa lógica, trabalha

SCHIER (2005) de que a regra é a unidade, pelo qual interesses públicos e privados não se contradizem nem excluem, mas se harmonizam. O fato de o constituinte originário estabelecer, previamente, em alguns casos, a prevalência de um sobre o outro não gera uma supremacia formal. Explica, assim, que deve se verificar na realidade a ocorrência de conflitos, devendo a solução se reportar à ponderação, onde não há qualquer preferência prévia, mas a relevância casuística de cada interesse.

Necessário se faz pontuar que há uma parcela da doutrina que não defende a supremacia do interesse público sobre o privado, mas apenas uma prevalência *prima facie*, alegando que a regra no nosso ordenamento é a precedência do interesse público sobre o privado mas que, de forma excepcional, pode ocorrer o inverso, havendo uma preponderância, no caso, do interesse privado sobre o público. Essa posição, mais moderada, flexibiliza o absolutismo do Princípio da Supremacia do interesse público, no entanto, falha com relação à valoração que atribui ao interesse privado. Como já abordado, a Constituição supervaloriza a pessoa humana, sua dignidade e liberdade, protegendo como cláusulas pétreas seus direitos fundamentais. Nesse cenário, então, não se pode alegar uma excepcionalidade na prevalência dos direitos privados.

No tocante aos direitos fundamentais, podem estes ser definidos como direitos subjetivos instituídos pelo ordenamento jurídico com aplicação nas relações das pessoas com o Estado e na sociedade, preceituados ou não na Constituição. A natureza jurídica desses direitos é dúplice. São uma categoria especial de direitos subjetivos e parte integrante do direito objetivo, visto que são princípios.

Esse caráter principiológico mostra não serem eles absolutos. Assim, como são considerados pela constituição como cláusulas pétreas, não podem ser abolidas, de forma direta ou obliquamente, mas podem sofrer restrições.



Entende SARMENTO (2005) que podem os direitos fundamentais ser restringidos pela própria constituição ou com autorização dela, havendo inclusive a possibilidade de restrição não expressamente referida no texto constitucional para a proteção de um bem jurídico protegido constitucionalmente. Pode a restrição ser feita tanto por meio legislativo quanto por meio do próprio Judiciário. Entretanto, não se pode esquecer que qualquer restrição não pode levar à abolição desse direito, devendo respeitar o núcleo essencial do direito.

Essa idéia demonstra que, diante de colisão de direito fundamental com algum interesse público previsto constitucionalmente, também deve haver um sopesamento entre os dois, com o objetivo de alcançar a solução mais razoável no caso concreto. O cuidado que se tem que ter nessa hipótese é a de não restringir o direito fundamental pela alegação genérica de proteção ao interesse público.

## **CONCLUSÃO**

A relação entre interesses públicos e privados é caracterizada, pela doutrina tradicional, pela supremacia do interesse público frente ao interesse privado. Não se trata de especificar qual interesse público e qual interesse privado estão em choque. O interesse público sempre prevalece.

Geral e abstrata, a expressão interesse público se tornou, ao longo da história, uma arma na mão do Poder Público, que transforma em interesse público tudo o que convém, subjugando o interesse particular, impotente diante do poderio da Administração Pública. Dessa

discricionabilidade ilimitada tem se observado o autoritarismo com que o Estado, que antes fora criado para proteger o cidadão, impõe sua vontade sobre ele.

Nesse cenário, surge uma doutrina moderna dentro do direito público que defende não mais a supremacia do interesse público sobre o privado, mas o equilíbrio entre eles. Essa corrente moderna tem seu fundamento na carta constitucional de 1988, carta essa que valoriza o indivíduo e seus direitos fundamentais. Essa constituição social, apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana, aparece como um freio ao Poder Público, pois, apesar de proteger o interesse público como aquele decorrente de toda a sociedade, salvaguarda os interesses privados, estabelecendo um equilíbrio hierárquico entre tais interesses. Ambos possuem a mesma relevância constitucional, considerando-se abstratamente. É claro que a constituição, prevendo já alguns casos de conflito, ora se manifesta em favor de um, ora em favor do outro. No entanto, diante do caráter principiológico de cada um deles, não há na busca da solução do caso concreto a exclusão de um e aplicação do outro, mas a aplicação de ambos em graus diferentes, de acordo com as situações fáticas e possibilidades jurídicas. O núcleo essencial de cada interesse deve ser preservado. Além disso, essa prevalência é apenas casuística, não podendo ser usada diretamente em outros casos em que haja o conflito entre os mesmos interesses, sem o estudo de suas peculiaridades.

Quando o legislador constituinte não determinou anteriormente a solução na hipótese de determinado conflito, cabe ao aplicador do direito solucionar a colisão com base na Ponderação de interesses, visto não serem os métodos clássicos de interpretação e solução de antinomias suficientes para isso. Importante destacar que a decisão tomada deve ser sempre bem fundamentada, com argumentação coerente, sob o risco de apenas se deslocar o momento de atribuição do amplo poder discricionário. Assim, a solução correta deve ser alcançada com base

na observação do postulado da proporcionalidade, pelo qual a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito devem estar presentes.

Portanto, não se pretende aqui afirmar categoricamente que o interesse público não prevalece sobre o particular. Há momentos sim em que haverá tal supremacia, que, no entanto, não pode ser considerada a regra. A escolha de qual interesse tem mais relevância deve ser determinada pela análise fática do caso, alcançando assim a justiça no caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5<sup>o</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, Racionalidade e atividade Jurisdicional*, 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FILHO, Marçal Justen Filho. *Curso de Direito Administrativo*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *A Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios* in TORRES, Ricardo Lobo (org), *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PAZZINATO, Alceu Luiz. SENISE, Maria Helena Valente. *História Moderna e Contemporânea*. 13ª ed. São Paulo: Ática, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *A Estrutura Normativa das Normas Constitucionais. Notas sobre a distinção entre Princípios e Regras. Os Princípios da Constituição de 1988*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

\_\_\_\_\_. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens in Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Org. Ricardo Lobo Torres, Editora Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado. Hard cases e soluções jurídicas adequadas*. 1ª ed. São Paulo: Método, 2006.