



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Mitigação do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Mario Alexandre Fernandes Chagas

Rio de Janeiro

2013

MARIO ALEXANDRE FERNANDES CHAGAS

Mitigação do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Artigo apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professora Orientadora:

Lilian Dias Coelho Lins de Menezes Guerra

Rio de Janeiro

2013

MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Mario Alexandre Fernandes Chagas

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho. Pós-graduado em Administração Judiciária pela Fundação Getúlio Vargas. Analista Judiciário do TJ/RJ.

Resumo: A pesquisa tem por escopo proceder a análise da relativização do princípio da supremacia do interesse público, diante do regime jurídico do Direito Administrativo, considerando sobremaneira a satisfação dos direitos fundamentais, que integram o denominado núcleo rígido da Constituição da República Federativa do Brasil. Na mesma toada, será constatado que o interesse público consubstancia-se em conceito jurídico indeterminado, muito embora não se sujeite ao alvedrio do administrador de plantão, na medida em que este agente público deverá custodiar de forma justa os interesses que lhes são confiados e não meramente perseguir a satisfação própria ou o seu capricho.

Palavras-chave: Interesse público. Princípio da supremacia do interesse público. Concretude constitucional.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de interesse público e sua evolução. 2. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. 3. Proporcionalidade do interesse público. 4. A necessidade da mitigação do princípio da supremacia do interesse público para satisfação dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O atual estudo do Direito Constitucional clama pela efetividade dos direitos dos cidadãos, razão pela qual iniciou uma verdadeira revisão de certos conceitos fechados, que funcionam como matiz de todo um sistema normativo.

A constitucionalização do direito administrativo tem levado ao natural enfrentamento de paradigmas. Um deles é o identificado pela doutrina como princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Objeto de profunda reformulação por doutrinadores de escol, esse princípio teve até mesmo negada sua existência por alguns.

O sistema brasileiro adotou o direito público francês como referência, que nega a responsabilidade incondicional do governo soberano e admite a opção da Administração pela utilização de arquétipos do direito privado.

Por sua vez, o Direito Público fundamenta-se na premissa da supremacia do interesse público sobre o privado e, decompondo esse princípio, encontram-se duas vertentes: a supremacia e o interesse público.

No entanto, esta dicotomia, como será observado, enquadra-se dentro dos conceitos jurídicos indeterminados, que dão margem à competência discricionária, segundo a doutrina mais abalizada. Além disso, demonstrar-se-á que o interesse público não pode ser definido em abstrato: é um conceito atrelado à realidade.

É ao entorno dessas ideias que se desenvolverá o presente trabalho.

Assim, inicialmente a pesquisa tratará do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Em momento posterior será abordada a proporcionalidade do interesse público para, ao final, discutir a necessidade da mitigação do princípio da supremacia do interesse público para a satisfação dos direitos fundamentais.

1. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO E SUA EVOLUÇÃO

Ao analisar a variação do conceito de interesse público ao longo dos tempos constata-se que a noção do que seja o interesse público propriamente dito é regida por uma variação grande de interesses. Percebe-se, nesse cenário, que a fragmentação e a diversidade dos interesses que integram a noção de interesse público primário, não significa exclusões mútuas, pois, primordialmente, tenta-se harmonizá-los.

Além disso, em razão do fato do conceito de interesse público ser indeterminado sob a ótica do ordenamento jurídico, ocorre uma confusão entre o que seja interesse público propriamente dito (primário) com os demais interesses, sejam eles interesses do próprio Estado, da Administração Pública ou do agente público (então ditos secundários).

A confusão sobre o que efetivamente seja interesse público resulta do processo de despatrimonialização e despersonalização do poder.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto vaticina com rara propriedade:

A partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – v.g., o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade.¹

¹ MARQUES NETO, Florian Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

Max Weber lançou nova perspectiva ao Direito Administrativo ao atribuir à burocracia o papel de operacionalização do monopólio estatal decisório, na medida em que esse ramo do Direito surgiu relacionado a um sujeito, isto é, a Administração Pública.

Entretantes, as consequências advindas da Revolução Industrial redimensionou o interesse público de forma a exigir uma atuação estatal positiva e isso somente poderia ser feito através do Estado, que adotou a denominação de social de direito, com a finalidade de atendimento às demandas sociais.

A sociedade democrática reclama pelos mais variados interesses e somente o confronto destes com a Constituição possibilitará a plena identificação do que seja o verdadeiro interesse público, que não se confunde com o interesse estatal (então classificado como secundário), nem com os interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou o conjunto dos interesses particulares, muito embora os acolha em diferentes oportunidades.

O interesse público não é algo rotulado objetivamente. Necessita ser sempre aferido caso a caso, tendo por referência valores de índole constitucional. Não raro, encontra sede em regras constitucionais e, em outras ocasiões, resulta da concretização de princípios, ao passo que, noutros momentos, necessita ser verdadeiramente descortinado em meio às várias normas constitucionais.

Celso Antônio Bandeira de Mello² afirma que o interesse público não se constitui autonomamente, alheio ao interesse das partes e, portanto, passível de ser invocado como categoria jurídica, na medida em que nada mais significa do que os interesses dos indivíduos enquanto membros de um corpo social.

² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71.

A grande questão em deixar ao alvedrio da lei a definição de uma categoria de interesse público é exatamente abrir a possibilidade para atuação ampla pela Administração, que vai executar a lei e interpretar o que seja interesse público segundo suas conveniências, podendo dar sopro de vida ao arbítrio outrora afastado pela subsunção ao princípio da legalidade administrativa.

Atualmente interesse público tem sido conceituado como a exteriorização coletiva das vontades individuais. Assim, não se colocaria singelamente como uma categoria autônoma, sendo tão somente uma qualificação dos interesses privados em razão da sua intensidade, ao ponto de conceder prioridade aos anseios dos cidadãos e conformá-los à Constituição.

2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

Durante longo tempo a doutrina administrativista sustentou a aplicação indiscriminada do princípio da supremacia do interesse público, fazendo-o incidir sobre toda e qualquer hipótese de litígio entre o Poder Público e o administrado. Contemporaneamente rechaça-se tal entendimento, ao argumento de que a adequada aferição da prevalência do mencionado princípio deverá ser feita à luz do caso concreto. Isso porque nem sempre o poder público defende os interesses da coletividade quando exerce atividades que lhe são constitucionalmente destinadas, agindo, por vezes, como particular no plano das relações jurídicas de direito privado.

Cumpre esclarecer que o interesse público lícito e autêntico é aquele que propala uma concepção ética, podendo se tratar tanto de um interesse individual, difuso

ou coletivo, desde que esteja na defensiva de valores fundamentais, o que não exclui a presença de mais de um deles em determinadas situações.

A partir da concepção de que o Direito Administrativo moderno está voltado para assegurar o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, torna-se evidente o caráter instrumental do mesmo, na medida em que implica na promoção da dignidade da pessoa humana, consoante adverte Gabriel de Araújo Lima:

Ao estabelecer a prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado e ao mesmo tempo ressaltar que o interesse público não se confunde com o interesse estatal, a teoria da supremacia revela nítida feição formalista, pois quando invocada para resolver um caso concreto se revela insuficiente. Por si só, ela não comporta elementos que lhe facultem acompanhar a diversidade das ocorrências e, daí, de soluções distintas³.

Portanto, não pairam dúvidas de que apenas será recepcionada alguma supremacia intrínseca ao referido princípio a partir do momento em que possa assumir um viés instrumental, destinado à satisfação dos direitos fundamentais, posto que estes são os integrantes do verdadeiro núcleo rígido da CRFB/88.

Entende-se neste trabalho que existe um princípio relacionado ao atendimento do interesse público. Não é de sua supremacia, porque se há supremacia de alguma coisa, esta deverá ser atribuída à Constituição, então promulgada no Estado Democrático de Direito com o objetivo de melhor atender o interesse público primário. Sendo este interesse o resultado a ser alcançado da supremacia da Constituição, não pode ser considerado norma, e sim tão somente um axioma, como sustenta Humberto Ávila.

³ LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do Interesse Público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº 36, p. 123-153, abr./jun. 2009.

3. PROPORCIONALIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Importante repisar, desde logo, que os direitos fundamentais não devem se excluir mutuamente, ainda que se encontrem em rota de colisão, posto que devem ser harmonizados a fim de serem assegurados, tal como ocorre com os princípios constitucionais.

Dáí se conclui o quanto será árduo o caminho a percorrer para resolver questões que envolvam iminente choque de interesses, entendidos tanto aqueles públicos quanto os privados.

Nessa esteira, portanto, a situação fática deverá ser solucionada por meio da ponderação de interesses, sob as ensanchas da opção administrativa, que será resolvida pela própria Administração quando da sua conduta, tendo por norte a proporcionalidade, ou seja, deverá verificar qual a medida mais adequada para conformar os interesses postos em conflito.

Dentro desse raciocínio extrai-se o dever da Administração Pública em considerar, por meio da proporção dos interesses envolvidos, qual é a medida mais ajustada para harmonização do dissenso. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ afirma que a supremacia do interesse público está presente tanto no momento da elaboração da lei como quando da sua execução pela Administração, a ponto de “inspirar o legislador e vincular a autoridade administrativa em sua atuação”.

A ponderação de interesses acontece mediante a incidência do princípio da proporcionalidade, não obstante a Constituição Federal não tê-lo expressamente consagrado, mas que, a toda evidência, se mostra como necessário para modulação com vistas à vedação do excesso e conformação dos princípios em contraposição.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Veja-se, a propósito, o escólio de Gustavo Binbenbojm:

Na maioria dos casos, todavia, nem a Constituição nem a lei realizam o juízo de ponderação, por completo, entre os interesses conflitantes. Aqui, tal como o legislador, incumbirá ao administrador público percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.⁵

4. A NECESSIDADE DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO PARA SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, a aplicação do postulado da proporcionalidade para integrar a proteção dos interesses particulares no conceito de interesse público significa dar fortes credenciais à necessidade da mitigação do princípio da supremacia do interesse público, na medida em que a harmonização idealizada não se compatibiliza com a existência de regras de aplicabilidade absoluta.

Portanto, na hipótese de conflito entre direitos fundamentais e o interesse público, este deverá ceder e dar lugar para prevalência daqueles, tendo em vista o intenso caráter de fundamentalidade, impondo ao intérprete maior carga argumentativa para eventualmente sobrepor o risco prescindível de tais direitos.

O magistério de Daniel Sarmento bem complementa o quanto afirmado:

E tal ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia *prima facie* dos direitos fundamentais poderá incorrer em inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações em concreto.⁶

⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 3, nº 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.

⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

Assim, considerando o atual contexto sócio normativo, em que a dignidade da pessoa humana se tornou pedra angular para toda e qualquer atuação estatal, ficam sem sentido as concepções tradicionais, porquanto se mostram insuficientes para traçar o conteúdo do que seja efetivamente interesse público, de modo a diferenciá-lo de outros interesses, como por exemplo, da Administração ou mesmo do administrador.

Ora, partindo da premissa que o Estado existe para servir ao indivíduo, e não o indivíduo para servir ao Estado, pode-se afirmar que a Constituição terá o firme propósito de proteger os direitos fundamentais então expressados no seu texto, de sorte que somente haverá a possibilidade da restrição de direitos fundamentais quando houver expressa autorização constitucional, e ainda, que essa restrição ocorra na exata medida da sua necessidade.

Para tanto, impõe-se a configuração daquilo que se denomina de abrandamento (mitigação) da supremacia do interesse público, por meio da utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, posto que a primazia da dignidade da pessoa humana está diretamente ligada ao núcleo rígido da Constituição, que, por sua vez, deverá assegurar aos indivíduos da sociedade a proteção contra desvios e desmandos no que tange à prestação da tutela jurisdicional, sobretudo em relação às minorias, de sorte a conferir um tratamento isonômico.

Daniel Sarmiento traz a lume exemplar passagem ao verberar:

O constituinte também não quis que o generoso e não exaustivo elenco de direitos que reconheceu quedasse inefetivo, consagrando assim o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF).

Ademais, pela primeira vez na nossa história, os direitos fundamentais foram explicitamente convertidos à condição de cláusulas pétreas, limitando o próprio constituinte derivado.

Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão “forte”, seja na sua alternativa

mais “débil” – devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira.⁷

Celso Antonio Bandeira de Mello⁸ afirma que a Administração Pública somente tem como justificadas suas prerrogativas em razão da existência do dever/poder de almejar a finalidade pública, donde decorre a necessidade de um objetivo determinado, fato que justifica, por exemplo, o instituto da desapropriação.

Então, a finalidade e as prioridades conferidas ao Estado somente poderão ser alcançadas por meio de condutas que mitiguem o interesse público.

Entretantes, em que pese o fato da doutrina mais tradicional ainda defender a supremacia abstrata do interesse público, sem considerar o alcance do caso concreto apresentado, tal teoria não encontra possibilidades para se coadunar com a CRFB/88, uma vez que, a partir da consideração dos valores constitucionais, constata-se em destaques os direitos fundamentais, de modo tal que as concepções que não conferem a prevalência a tais direitos devem ser descartadas em razão de estarem em rota de colisão com a ordem constitucional, além de serem moralmente desabonadoras.

Por fim, cabe mencionar o magistério de Paulo Ricardo Schier⁹, segundo o qual nega a existência de interesse fundamental privado, difuso ou coletivo em contraposição ao interesse público, na medida em que estes formam unidade normativa, devendo aqueles integrar o conceito de interesse público em virtude de serem indisponíveis, e que, a satisfação de um implicará na satisfação do outro. Portanto, devem ser entendidos como complementos, e não como excludentes mútuos.

⁷ Idem. p. 104.

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 2, nº 4, p. 167-185, Jan./Mar. 2004.

CONCLUSÃO

Diante do tanto quanto apresentado, percebe-se a nítida necessidade da mitigação da supremacia do interesse público, sobretudo a pecha de princípio abonador da atuação indiscriminada da Administração Pública, posto que a atual ordem social reclama a tutela dos diversos interesses que estão a merecer a proteção constitucional em razão da carga de fundamentalidade que transportam em si.

A única ideia sustentável dá conta da relação estabelecida e mantida entre o Estado e o cidadão por meio da reciprocidade de interesses, cujos fundamentos maiores serão as normas e preceitos constitucionais.

Como exemplificação da pretensão do presente trabalho, pode-se mencionar que mesmo discricionário e infenso ao exame judicial no que toca ao seu mérito, não se exclui da apreciação do Judiciário a legalidade, moralidade e finalidade do ato administrativo, mormente porque entre os aspectos que lhes são inerentes, destaca-se a motivação, alavancada ao patamar de princípio de observância necessária pela Administração Pública.

Dessa forma, a suposta supremacia do interesse público não deve ser entendida como princípio, porquanto os princípios não devem ser entendidos com prevalência abstrata, posto que inexistente hierarquia entre normas constitucionais, fato este em que vários doutrinadores se apegam para justificar a inexistência do referido princípio sob o argumento da unidade da Constituição.

No entanto, ainda deve ser admitida a existência de normas que impõem a supremacia do interesse público sobre o privado, como aquelas que tratam da desapropriação e da autotutela da Administração, o que somente vem reforçar a ideia que o agente público deverá custodiar de forma justa os interesses que lhes são confiados e não meramente perseguir a satisfação própria ou o seu capricho.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BINENBJOM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 3, nº 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (atualizada).
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- FERREIRA, D’Andrea. O controle da administração pública pelo judiciário (direito aplicado). Rio de Janeiro; Renovar, 1998.
- LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do Interesse Público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº 36, abril/junho 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo, Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 14ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

Revista de Direito e Administração Pública, nº 31. Brasília: Ed. Consulex, Janeiro 2001.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. APUD FRANÇA, 2000.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. Revista Brasileira de Direito Público, nº 4, Belo Horizonte, Janeiro/Março 2004.

VERGARA, Sylvia Constant. Projetos e relatórios de pesquisa em administração. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.