



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O manejo dos atos administrativos em caso de interesses públicos contrapostos

Felipe Ataíde Menezes de Almeida

Rio de Janeiro

2015

FELIPE ATAÍDE MENEZES DE ALMEIDA

O manejo dos atos administrativos em caso de interesses públicos contrapostos

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

Professor Orientador:

Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2015

O MANEJO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EM CASO DE INTERESSES PÚBLICOS CONTRAPOSTOS

Felipe Ataíde Menezes de Almeida

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Procurador do Município de São João de Meriti. Pós-graduado em Direito tributário e legislação de impostos pela Universidade Estácio de Sá. MBA em Direito da economia e da empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo: Os atos administrativos normalmente têm como destinatário um particular, que se vê exposto às suas consequências porquanto, conforme largamente aceito, o interesse privado cede terreno diante do interesse público. O que anima o trabalho é investigar o regime jurídico de regência de uma situação em que o destinatário do ato administrativo é outra pessoa jurídica de direito público, hipótese em que a noção de interesse público, usada para impor um ato, seja manejada para resistir-lhe.

Palavras-chave: Direito administrativo. Ato administrativo. Interesse público. Federação.

Sumário: Introdução. 1. Um cenário de interesses públicos colidentes. 2. Federação e coexistência dos entes que a compõem. 3. Interesse público e sua titularidade. 4. A conciliação de interesses públicos contrapostos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nas relações que interessam ao direito administrativo (em especial o ato administrativo que restringe ou suprime direitos, ou impõe um dever de tolerância), é comum encontrar o particular como destinatário de seus efeitos. Em tal cenário, mantém-se o ambiente controlado (idealizado) que legitima a adoção, por repetição e de forma automática, da premissa de que o interesse privado cede ante o interesse público. Legitimada, portanto, a atuação estatal pela “evidente” ascendência deste relativamente àquele.

Para que façamos um corte epistemológico, anote-se que a doutrina assenta que o ato administrativo pode ser encarado pelo ângulo de seus atributos e de seus elementos. Fala-se, como

atributos, em presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade. Os *elementos* são sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo.

Dentre os *atributos* do ato administrativo figuram a imperatividade (efeito de impor-se a terceiros) e autoexecutoriedade (dar vazão a seus desígnios sem concurso do Judiciário). Noutra ângulo, como um *elemento* do ato administrativo há a finalidade, que guarda estreitas relações com a noção de interesse público. Interessa-nos, assim, investigar como interagem aqueles atributos e elementos do ato administrativo quando seu destinatário é outra pessoa jurídica de direito público.

Nesse rumo, o ato administrativo, armado com o cutelo da autoexecutoriedade e o barão de ser portador de uma finalidade pública, se impõe provocando pouco ruído e, para o seu executor, nenhum remorso. Afinal, como ser contra a viabilização e promoção do interesse público?

Há vozes que questionam o que haveria de tão divino nessa noção tão abrangente (e talvez por isso mesmo) quanto fugidia. São esforços louváveis e a custo abrem pequenas fendas no muro que vem sendo cimentado pela doutrina que domina o direito administrativo brasileiro nas últimas décadas e que vê na supremacia do interesse público pedra de toque de todo um sistema.

O problema se torna complexo quando a vontade unilateral da administração se abate não sobre o particular, mas sobre a própria administração. Sim, porque se uma entidade pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), encarna aquilo que se convencionou chamar de interesse público, agora existem dois (ou mais) interesses públicos que não são concorrentes, assumindo, antes, ângulos contrapostos. E mais: justamente o interesse público, manejado para impor um determinado ato, pode ser esgrimido para resistir-lhe.

1. UM CENÁRIO DE INTERESSES PÚBLICOS COLIDENTES

Imaginemos o seguinte cenário, com foco no ao direito ambiental, que figura no rol do art. 23 da CRFB (inc. VI) que trata da competência comum da União, Estados e Municípios.

Um Município deseja implantar em certa área da cidade um parque e desapropria os imóveis necessários. O proprietário, sob o peso de tolerar o interesse público, pode pouco. Resta-lhe entrar no túnel do Poder Judiciário, caso a indenização não lhe satisfaça, em cujo fim talvez brilhe um dia a luz tantalizante do precatório. Para o entendimento tradicional e predominante, nada de excepcional. Afinal o interesse particular deve ceder espaço diante do interesse público.

Esse Município, a seu turno, vem a ser destinatário de um investimento estadual consistente na construção de um aterro sanitário. O Estado, por sua vez, figura como alvo para hospedar obra federal de instalação de uma unidade que armazenará os resíduos de uma usina nuclear.

Por razões mais que intuitivas, invocando o interesse público, o Município e o Estado resistem a tais intervenções porque os benefícios de tais obras (geração de empregos, aumento de arrecadação etc.) são mais modestos que os ônus delas decorrentes. Posta tal situação, o Município e o Estado decidem se insurgir. E devem fazê-lo? Sim. É sempre pertinente a advertência de JHERING¹ de que aquele que rasteja não pode se queixar por ter sido pisado.

Fica, assim, problematizado o cenário cujo equacionamento reclama argumentos *jurídicos*. É dizer: três entes dotados de claras competências constitucionais julgam ser adequado acenar com a noção de interesse público relativamente a um ato administrativo, ora para impô-lo, ora para opor-lhe resistência. A discussão é de interesse atual. Além do problema apresentado, podem ser mencionadas a transferência de presos entre Estados e a discussão que ora se desenrola entre Rio de Janeiro e São Paulo sobre a possibilidade deste tomar parte da vazão de rio que atende àquele.

Na dogmática que envolve o ato administrativo, a questão que se coloca é se um tal ato pode se *impor* e, sendo possível, em que condições e observadas que cautelas. Preocupa-nos identificar o *regime jurídico* em que tais atos administrativos se materializam.

¹ “Aquele que não sente, quando o seu direito é insolentemente desprezado e calcado aos pés, que não se trata simplesmente do objeto desse direito, mas da sua própria pessoa; àquele que não experimenta a irresistível necessidade de defender a sua pessoa e o seu justo direito, não temos que prestar auxílio e nenhum interesse tenho em o converter. (...) Para esse não tenho eu frase diversa das palavras de KANT, que, aliás, só conheci depois da publicação do meu trabalho: ‘Aquele que anda de rastos como um verme nunca deverá queixar-se de que foi calcado aos pés’”. (*in*, JHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. VIII/IX.)

1. DA FEDERAÇÃO E DA COEXISTÊNCIA DOS ENTES QUE A COMPÕEM

Convém alinhar considerações para entender como a União, os Estados (e doravante a menção a Estado abrangerá o Distrito Federal) e os Municípios se concatenam na federação.

De fato, a CRFB afirma no art. 18, ecoando (ainda que não meramente repetindo) o contido já em seu art. 1º, que, sob a perspectiva político-administrativa (e a referência aqui a um viés *administrativo* é feliz), a República Federativa do Brasil compreende a junção das seguintes entidades *autônomas*: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Esse artigo (o de número 18), tomado isoladamente, sugere que aqueles entes, *autônomos*, em tudo ombreiam, o que desautorizaria *a priori* a prevalência de um sobre os demais. Ademais, quando a CRFB fala em *autonomia*, assinala que inexistente hierarquia, aqui entendida, com DE PLÁCIDO E SILVA², como um sistema fundado na lógica de subordinação.

Concorre para lustrar ainda mais a *autonomia* a existência de competências assinaladas na CRFB, reveladores, de inequívoca potestade. Mire-se, *e.g.*, no poder de tributar. Cada um daqueles entes foi aquinhado com exações de arrecadação exclusiva. Mais ainda, todos se sujeitam à observância de um regime de limitações ao poder de tributar que abrange, sem a tal se circunscrever, o acatamento das imunidades, inclusive a chamada imunidade recíproca que lhes veda a cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços *uns dos outros* (art. 150, VI, “a”).

Veja-se também que não há na CRFB comando idêntico (sem desconhecer o art. 24, §4º) ao do art. 31³ da Carta alemã pelo o qual o direito federal sobrepõe-se ao estadual. Ou, em sentido análogo, que direito estadual tem primazia sobre direito municipal. Aliás, bem feitas as contas, se alguma prevalência devesse existir nessa concorrência entre Estados e Municípios, tenderíamos a achar que os Municípios levam vantagem mercê da maior densidade normativa contida no art. 30 relativamente ao quanto dispõe o art. 25, §1º. Há, portanto, autonomia e não hierarquia.

² SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico/ atualizadores: Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 679.

³ No original. Artikel 31 [Vorrang des Bundesrechtes] Bundesrecht bricht Landesrecht. Em tradução livre: Artigo 31 [Primazia do direito federal] Direito federal derroga direito estadual.

Isso, porém, não importa na aceitação de que Municípios sejam entes federados. AGUIAR⁴ tem posição diversa. Afirma que “não há mais dúvida de que o Município é componente de nossa Federação”⁵. Aduz que a dicção dos artigos 1º e 18 da CRFB não autoriza conclusão que negue aos Municípios a categoria de entes propriamente federados. Desenvolve ainda raciocínio incisivo ao ponderar, *a contrario sensu*, que apenas os Estados unitários são dotados de “apenas um centro constitucional de poder”⁶. De fato, não há que questionar, como já assinalamos acima, que os Municípios são centros de poder. Prossegue sugerindo que a força dos Municípios não decorre só do fato de terem sido mencionados na CRFB como formadores da federação, mas sim de uma interpretação mais abrangente. Exemplifica mencionando as regiões metropolitanas (art. 25, §3º da CRFB) que, diferentemente do que sucede com os Municípios, não representam centros de poder e, portanto, não integram a federação. Esse contraste, em desfavor da região metropolitana, realçaria a posição de destaque de que gozam os Municípios.

A despeito de não sermos indiferentes à abordagem, não nos convencemos de que isso baste para superar as restrições de que padecem os Municípios relativamente aos Estados. A ver, *v.g.*, inexistência de representação municipal no Senado e impossibilidade (ao menos em regra⁷) de controle concentrado no STF de leis municipais em desalinho com a CRFB.

SILVA⁸ reconhece que ao menos formalmente a CRFB positivou a tese de que Municípios integram a federação. Articula, porém, uma série de argumentos que negam os efeitos práticos que deveriam advir de tal constatação. Relembra que se um Município ensaiar secessão será o Estado em que se situa o destinatário da intervenção, e não o Município em si. Traz ainda à lume o argumento que nos parece decisivo para manter o Município como divisão do Estado: criação, fusão, incorporação e desmembramento operam-se conforme dispuser lei estadual⁹, na forma do estabelecido no art. 18, §4º da CRFB, mesmo na nova redação, veiculada pela EC 15, de 1996. Por

⁴ AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e autonomia dos municípios na nova constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

⁵ Ibid., p. 9.

⁶ Ibid., p. 5.

⁷ Há que se fazer exceção às limitadas hipótese de manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 450.

⁹ Ibid., p. 451.

derradeiro, mencione-se que o STF dá ao art. 102, I, “f” da CRFB interpretação textual ao declinar da competência para dirimir conflito entre a União e Municípios¹⁰.

Para o que interessa ao estudo, essa “fragilidade” municipal concorre para acentuar que o critério *jurídico* a ser adotado para solucionar a hipótese proposta, não será o da “maior” força institucional de que se acham investidos a União e os Estados. Noutras palavras: conquanto sejam entes de classe institucionalmente inferior, renovadas as vênias aos que têm entendimento diverso, não falta aos Municípios instrumental para que, sendo pertinente, resistam a investidas estaduais e federais. No mesmo sentido, pode um Estado mostrar-se refratário a uma intenção federal.

2. DO INTERESSE PÚBLICO E SUA TITULARIDADE

É arriscado encapsular a noção de interesse público. Basta dizer que é temerário traduzir uma ideia tão elástica, especialmente quando seu manejo se preste a “legitimar” consequências práticas bastante concretas. Para ficarmos numa constatação numérica, há realmente *valores* (cuja carga axiológica é exponencialmente mais sensível que a carga normativa) que interessam a todos de modo indiscriminado. Toca indistintamente ao argenteiro e ao proletário o interesse que o Estado proveja justiça e segurança, aqui entendidos para além do significado dos serviços públicos de justiça e segurança.

Apenas para instigar o debate e acentuar que quem quer que se coloque como tradutor do *interesse público* deve ser extremamente cauteloso (para dizer o mínimo) convém rememorar que a CRFB não trata pessoas de forma etérea e abstrata, já que fala *como tais e com direitos específicos* em presidiária lactente (art. 5º, L), criança, adolescente, jovem e idoso (art. 226), índio (art. 231 e 232), garimpeiro (art. 174, §3º), pescador artesanal (art. 195, §8º) etc. Essa *segmentação* social

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. AC n. 3542. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283542%20ENUME%2E+OU+3542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/npg>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

desautoriza uma solução única, linear e apriorística de pretensão e universal *interesse público*. Deveras, os riscos de contrafação são muito maiores que as chances de acerto.

Assim, quando alguém empunha a bandeira do *interesse público* pode ter certeza de que atende a todas aquelas “categorias”? Será a boa intenção maior que a usurpação? Isso sem ainda insinuar que por vezes acontece que o amplíssimo guarda-chuva do *interesse público* degenera-se em valhacouto de interesses inconfessáveis do gestor do momento. O interesse público vira então um biombo diáfano que permite entrever os contornos de motivos pessoais e não republicanos. Note-se que mesmo para a doutrina que reconhece no *interesse público* um critério que garante supremacia relativamente particular, há algum desconforto com a fluidez do conceito¹¹.

Impossível, por outro lado, não referir a contundente crítica formulada por BINEMBOJN¹², que nega à noção de *interesse público* até mesmo a característica de princípio já que se apresenta inconcebível um “princípio” que sempre prevalece, refratário que seria ao cenário de, mediante ponderação tópica, ceder espaço ao seu antípoda idealizado (o interesse privado). Numa síntese, e a afirmação é nossa, a ideia de *interesse público* antes de ser princípio, degenera-se em genuína petição de princípio.

BARROSO parece figurar numa posição intermediária que, sem deixar de reconhecer maior relevo ao interesse público, preocupa-se em segregar suas feições primária e secundária. Aquela seria tradutora de interesse de toda a sociedade; esta, o da pessoa jurídica de direito público que toma parte numa relação jurídica. A partir de tal ressalva pondera que o interesse público dito secundário nem sempre prevalecerá relativamente ao interesse particular¹³ (ou, para o que nos toca, a outro interesse público).

¹¹ “Ninguém duvida da importância da noção *jurídica* de interesse público. (...) sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizá-lhe os contornos abstratos. (in, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.)

¹² “Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um ‘princípio’ que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público”. (in, BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 98).

¹³ “O interesse público secundário – i.e, o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.”

Veja-se um exemplo do zelo que se exige para o estudo da matéria. KELSEN, tratando da distinção da abordagem do princípio da legalidade no âmbito dos chamados direito público e privado, oposição que reputa como “ideológica”, chega a afirmar que a persecução do interesse público pode dar-se inclusive contra a lei¹⁴.

O fato, todavia, é que por mais deformável que seja (ou talvez até mesmo por isso), trata-se de noção largamente utilizada, o que exige do intérprete um esforço para manuseá-la *juridicamente*.

Como visto, definir interesse público como categoria isolada (*rectius*, premissa maior incontrastável num silogismo cuja premissa menor é a prática de um ato concreto que pode ser ablativo) é tarefa ingrata. Todavia, parece aflorar clara sua titularidade. Parece indisputado que *interesse público* é uma das formas de exercício de poder. E o poder, como diz CRFB, já no art. 1º, §1º, é do povo. Não é menos verdade que isso traduz uma pequena certeza (o poder é do povo) cercada de grandes dúvidas (saber o que são poder e povo). Vejamos o *poder*.

Os léxicos¹⁵ quando tratam do substantivo “poder” alinham-se ao encará-lo como expressão de força. Noções como ação, mando, vigor, potência, domínio, autoridade, atribuição, influência, império, entre outras, são invocadas. Não dissentem os juristas. BOBBIO fala textualmente em direito como “ordenamento com eficácia reforçada”¹⁶, sem descurar da utilíssima noção de *consenso* que retomaremos mais à frente. KELSEN, decerto ecoando sua noção de norma fundamental, afirma que poder é a validade e eficácia da ordem jurídica¹⁷.

(in, BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 70/71.)

¹⁴ “Acolá [no Direito público] domina, diferentemente do que sucede aqui [no Direito privado], não tanto o Direito estrito, mas antes o interesse do Estado, o bem público; e este deve ser realizado em todas as circunstâncias. Por isso, a relação entre norma geral e órgão de execução seria, no domínio do Direito público, diferente da que se verifica no Direito privado: não, como neste último caso, aplicação vinculada das leis a casos concretos, mas realização livre do fim do Estado tão somente delimitada pelos quadros da lei e, em caso de necessidade – isto é, no caso do chamado estado de necessidade do Estado –, mesmo contra a lei. (in, KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 312/313).

¹⁵ FREIRE, Laudelino. Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa. Volume IV. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957 (p. 4022) e FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1591.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 66.

¹⁷ “O poder do Estado ao qual o povo está sujeito nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resultam a unidade do território e a do povo” (in, KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 250).

O que nos interessa, e essa é uma inflexão vital, é que a ideia de poder se encontra jungida à de direito, de tal sorte que o poder se apresenta como um recurso do direito e não como uma força desprovida de amarras. Se preferido, é a ordem sobre a força, e não o contrário. FERRAZ JUNIOR¹⁸ é muito preciso ao observar que a força é o derradeiro recurso, cujo uso indiscriminado deve ser evitado e “que seria uma loucura provocar seu uso”.

Já no que diz respeito a *povo*, algumas considerações afiguram-se pertinentes. O que é povo? Povo e população são sinônimos? Para que se tenha uma ideia das imprecisões que grassam na espécie, basta referir que a noção de “povo”, um dos elementos do Estado, ao lado do território e do governo, foi abordada por tradicional doutrina através de componentes que parecem inconciliáveis. De fato, MACHADO PAUPÉRIO¹⁹, trata povo como população e a define como “nação” sob a forma de uma unidade de raça, língua e religião. ROMANO²⁰ não esclarece muito ao sugerir que *povo* é uma noção mais ampla que *população*. DALLARI já qualifica o conceito de povo, relativamente à população. Ou seja: nem toda população é povo. Ao menos com essa última conclusão, concordamos. Em idêntico sentido, ZIPPELIUS²¹, ainda que numa conotação distinta, colocando o “povo” não titular, mas como “paciente” do poder. Já TEMER²² afirma que povo é quem figura no art. 12 da CRFB. Parece-nos que MENEZES foi quem melhor captou distinções entre tais figuras. Enquanto *população* traduziria uma grandeza numérica, *povo* encerraria uma noção política²³.

¹⁸ “(...) embora a força não seja poder, ela é constitutiva do poder enquanto alternativa a evitar. (...) Por exemplo, no nível de relação intersubjetiva, entendemos os esforços feitos por qualquer detentor do poder em manter a força como uma alternativa a evitar, de tal modo que, quando ela é usada concretamente, este uso é demonstrado como paradigmático e não como exercício contínuo e normal. Mais importante do que usar a força é demonstrar que seria uma loucura provocar seu uso.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002, p. 55.

¹⁹ “População – Constitui a Nação, que, em síntese, ao menos no seu núcleo básico, apresenta-se una, quanto à raça, à língua e à religião”. (p. 132)

²⁰ “E por povo se entende não apenas os indivíduos que existem em um determinado momento, mas a sua coletividade, considerada em seu complexo e na sua unidade, que não se torna menor nem se modifica com a incessante mutação de seus componentes.” (p. 67)

²¹ “O ‘povo’ sujeito ao poder de regulação de um Estado também não é idêntico à soma dos seus nacionais”. ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 93.

²² TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33.

²³ “Quando usamos o vocábulo *população* queremos apontar o número de habitantes do estado, indicando por isso mesmo um conjunto de homens em sentido quantitativo. É, portanto, um conceito aritmético, de caráter demográfico, de alcance estatístico, de expressão censitária. Quer dizer: massa de indivíduos que, em dado momento, vivem dentro da jurisdição de certo Estado. (...). Com referência ao vocábulo *povo*, há a observar que traduz um sentido político

Disso tudo interessa-nos afirmar que, se juridicamente, povo e população são coisas distintas, a adoção de um critério estritamente numérico (população) não legitima discriminação em nome do detentor do poder (povo). É essencial observar que as soluções “numéricas”, quando desejadas, foram explicitamente adotadas pela Constituição. Assim, há regra prevendo maioria simples (art. 47), maioria absoluta (art. 69), maioria qualificada (art. 60, §2º) e, até mesmo, minoria (art. 58, §3º).

Como sói acontecer, estas palavras (povo e população), cujo alcance vem sendo com dificuldade cunhado pela doutrina, foram usadas sem muito critério dentro da CRFB. De fato, refere-se ela ao aspecto quantitativo como população (art. 45, §1º), habitantes (alíneas do inciso IV do art. 29) e até mesmo povo (art. 78). Noutros momentos, fala em população para significar um viés político (que, dogmaticamente, seria representado por povo, na forma dos §§ 3º e 4º do art. 18). E verifica-se, ainda, aqui e acolá a adoção de locuções, de que é exemplo a expressão “critério populacional” (conforme se fez nos artigos 165, §7º e 77, §2º do ADCT), seja empregando o vocábulo “população” (de que são exemplos os incisos do art. 29-A), seja, ainda, quando fala em “habitantes” (nos termos das alíneas do inciso IV do art. 29). Assim, é inadequado coincidir os conceitos de povo e população, o que exige se descarte o critério objetivo e numérico, mesmo porque, como já dito, sempre que a CRFB quis adotar critério numérico o fez expressamente.

À guisa de conclusão preliminar assente-se que, sim, o poder se exerce em nome do povo. Mais: o direito cavalga o poder, e não o inverso. Mais: povo e população são noções distintas, de tal sorte que não sendo povo uma expressão meramente numérica, não legitima a adoção *a priori* de soluções que pareçam satisfazer uma maioria, o que repele a prevalência da União sobre os Estados, dos Estados maiores sobre os menores, dos Estados sobre os Municípios e, por que não dizê-lo, de Municípios mais populosos relativamente a Estados com menor expressão demográfica.

inconfundível. O povo é o conjunto de súditos de um Estado, daqueles que participam ativamente da vida nacional, de cidadãos, numa palavra.” MENEZES, Aderson de. Teoria geral do Estado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 133/4.

3. FORMA DE CONCILIAÇÃO DE INTERESSES PÚBLICOS CONTRAPOSTOS

O Brasil é um país de inegável memória autoritária. Atestam-no os longos períodos que passamos sob ditaduras. Digna de menção ainda é nossa experiência imperial, com a figura onipresente do Poder Moderador, do art. 98²⁴ da Carta de 1824. Calha ainda não esquecer situações peculiares. Por exemplo: Artur Bernardes, cujo mandato foi de 15/11/1922 a 15/11/1926, ascendeu ao poder pela via eleitoral. Todavia, seu governo transcorreu integralmente sob a vigência de estado de sítio. A rigor, não foi uma ditadura. Não foi democracia, tampouco. Não há como desconsiderar ademais que, espelhando nossa acidentada história, grassa no Brasil um inequívoco viés centralizador que dá à União posição de exagerada prevalência. Vêm à mente suas competências legislativas privativas, previstas no art. 22 da CRFB, e a acentuada primazia de receitas tributárias. Para ficarmos apenas nos impostos, dos treze que a Constituição previu, sete são da União.

Nossas instituições são vazadas de palpável vocação centralizadora. Um passar de olhos no nosso desenvolvimento institucional (desde a colônia até a proclamação da república, passando pelas províncias e pelas capitanias hereditárias) permitirá concluir que somos resultado de uma federação que se *consentiu*, não de uma que se impôs ou que se formasse de baixo para cima. Os Estados assemelham-se mais centros de *acomodação* de poder do que propriamente núcleos de vazão de competências constitucionais. É interessante (e preocupante) notar que esse caráter que *desconfia* das soluções locais é atávico é redivivo. Hoje, por exemplo, se discute se o Conselho Nacional de Justiça, instituição *nova* criada por emenda constitucional de 2004, realmente pode dar curso a todas as iniciativas de que se ocupa, passando não raro por cima de determinações (não apenas administrativas) dos Tribunais Estaduais²⁵.

O fato é que esse autoritarismo não é fruto de geração espontânea, sendo, ao revés, uma das muitas manifestações de prestígio do poder central. Essa constatação, porém, não autoriza que a

²⁴ Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes Políticos.

²⁵ Cite-se como exemplo o MS 32865 por meio do qual o TJRJ questiona se o CNJ pode interferir na organização judiciária estadual.

solução da hipótese que investigamos (superação de interesses públicos contrapostos) seja a que se curve a tal fato. E a própria União o reconhece. Não fosse assim, não teria criado a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal²⁶. Vê-se uma vez mais que a noção de *consenso* se insinua. Noutra dizer: havendo interesses públicos contrapostos ou não necessariamente alinhados, não há critério apriorístico que determine que a União prevaleça. De fato, soa possível figurar cenário em que claramente pode um Município, mesmo sem ser a rigor um ente federado, impor-se, como se verá mais à frente.

É argumentável que a solução mais atraente para o impasse, posto que cômoda e até objetiva (de fácil controle), seria cotejar o número de pessoas impactadas. Dessa forma, se o volume de pessoas ofendidas fosse menor que o volume de pessoas beneficiadas, o ente que tutela *aquele* interesse público deveria prevalecer. Sucede que essa linha de ação é de todo imprestável. Se tal critério fosse válido, a vontade da União, que, em tese, agasalha um interesse público mais abrangente, sempre prevaleceria. Ou, como visto, os interesses de um Estado mais populoso sempre prevaleceriam sobre Estados com menor demografia. Mas a pergunta permanece: por que razão essa solução não serve? Em primeiro lugar, *tout court*, porque a CRFB não adotou tal critério de decisão. Há mais, porém. Ora, já vimos que o titular do poder (e, portanto, o real detentor do interesse público) é o povo. E que povo é noção mais sutil que a de população. Esta é uma grandeza censitária (passível de mensuração), aquele uma noção jurídica (que exige ponderação). Não interessa, em absoluto, que determinada obra beneficie milhões de pessoas. Esse dado por si só simplesmente é insuficiente para justificar que, por exemplo, uma cidade com trinta mil habitantes seja riscada do mapa para dar lugar ao reservatório de uma usina hidrelétrica. Veja que não estamos dizendo que isso não possa ocorrer. Nossa afirmativa é apenas no sentido de que o critério unicamente numérico, por ser objetivamente apriorístico e refratário às ponderações não numéricas, não basta para legitimar tal decisão. Se não se pode afirmar peremptoriamente, conforme assinala

²⁶ Conforme Ato Regimental da AGU n. 5, de 27 de setembro de 2007, com estrutura definida pelo Decreto 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

GRAU²⁷, que exista uma única solução correta para um determinado caso, deve-se pôr de lado a pretensa “solução” que obrigue àquele prévio e incontrastável critério.

Mas se aquele critério não basta, outros haverão de existir. Como, então, definir o interesse público que deve prevalecer? Em primeiro lugar, as onipresentes razoabilidade e proporcionalidade. Em segundo lugar, verificação de competência. Em terceiro lugar, autocontenção no exercício do poder.

Razoabilidade e proporcionalidade são grandezas ubíquas no chamado Estado de ponderação²⁸. Não são sinônimos. A razoabilidade é algo que se impõe a, digamos, *olho nu*. A proporcionalidade, a seu turno, é dotada de filtros mais precisos, quais sejam a pertinência ou aptidão, a necessidade e a proporcionalidade *strico sensu*²⁹.

Aliás, a razoabilidade sequer é princípio. Trata-se, na verdade, de exigência comum porquanto revela-se de todo inaceitável adentrar a esfera de direitos de outrem sem que tal medida seja, ao menos, razoável. Afigura-se bastante pertinente a máxima de CAMUS de que os princípios devem ser deixados para as grandes coisas posto que, para as pequenas, basta misericórdia³⁰. E nem se diga que, por não ser jurista, a referência seria inadequada. A rigor, a razoabilidade é exigência que antecede o direito. Permitimo-nos até mesmo ponderar que a razoabilidade, que se impõe por seus próprios argumentos, pode até prescindir de motivação. Deveras, por exemplo, seria necessário exteriorizar as razões pelas quais os guarda-vidas devem saber nadar ou, ainda, que o morro do Corcovado não deve ser utilizado como plataforma de lançamento de satélites espaciais?

Se a medida que se pretende adotar logrou passar pelos filtros de razoabilidade e proporcionalidade, cumpre investigar se o ato que se pretende impor não afronta claras

²⁷ “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado ao sistema jurídico. (...). O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira”. (*in*, GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30).

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 360/361.

³⁰ “É bem verdade que criei uma máxima para uso próprio: ‘É preciso colocar princípios nas grandes coisas; para as pequenas, basta misericórdia’. Infelizmente criamos máximas para preencher as lacunas de nossa própria natureza”. CAMUS, Albert. O avesso e o direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1995, p. 23.

competências de outros entes. Assim, por exemplo, se a União disser que vai instalar um depósito de lixo nuclear em determinada área de um Município haverá que submeter-se ao zoneamento urbano definido pela edilidade. Vê-se, aqui, que se trata de cenário em que o Município, exercendo a competência que lhe assinala o art. 182 da Constituição, terá primazia relativamente à União.

Por derradeiro, quando falamos em autocontenção no exercício de poder queremos referir a uma circunstância que deve ser observada: a imposição é o último recurso, que deve ser *necessariamente* antecedida pela busca de *consenso*. Como assinalamos acima, BOBBIO já o antecipara³¹. A força é ancilar ao direito, não prévia. Auxilia o direito, não o precede. O direito pode utilizar a força, mas o ideal é que possa dela prescindir. Na felicíssima síntese do mesmo autor, a força é uma necessidade do poder, não seu fundamento ou sua justificação³². Acentua STOPPINO³³ que o poder se exerce de variadas maneiras, que vão da persuasão até a punição, encarecendo que abordagens de cunho antagônico não são necessariamente inatas à noção de potestade. Ou seja: antes do atrito costuma existir considerável área de acordo. E, se esta última não existir, deve ser construída. E a pergunta que afinal necessariamente se impõe é: qual seria então a diferença da gestão de dissenso de interesses públicos entre si, comparativamente à oposição de interesses público e privado? Nenhuma. A rigor, o tratamento de um específico *interesse público* que se contrapõe a outro interesse (e já aqui é irrelevante se o oposto é também público ou privado) exige idênticas cautelas, quais sejam: proporcionalidade e razoabilidade, competência e autocontenção.

Dita conclusão pode ser encarada de duas maneiras. Por um lado, tratar-se-ia de constatação em nada original e de natureza meramente circular (é dizer: parte-se da oposição entre interesse público e privado e, no final das contas, se houver embate entre interesses públicos usa-se o mesmo método que deve presidir o equacionamento do dilema que existe entre interesse público e privado).

³¹ “Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso”. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 66.

³² “Nesse sentido, a força é um instrumento necessário do poder. Isso não significa que ela seja o fundamento. A força é necessária para exercer o poder, mas não para justificá-lo.” BOBBIO. Op. Cit. p. 66.

³³ STOPPINO, Mario. Verbete “Poder”. in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Coords.). Dicionário de Política. 8 ed. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 938/939.

Por outro, há explicação que nos parece mais importante (evidente até). Antes de se acoimar a solução como meramente repetidora, prefere-se encará-la como reveladora de um *critério geral de exercício de poder*, independentemente de natureza da pessoa que seja destinatária direta de seus efeitos.

Ora, se o exercício de um poder ocorrer dentro dos limites de um *regime* que não discrimina o destinatário imediato de seus atos concretos, adstrito que estará a balizas de observância obrigatória, poder-se-á falar num Estado democrático de direito, sob cujo pálio quer-se crer que vivemos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Joaquim Castro. Competência e autonomia dos municípios na nova constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. Os Conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMUS, Albert. O avesso e o direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jan. 2015.

Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 22 jan. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Estudos de filosofia do direito. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FREIRE, Laudelino. Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa. Volume IV. 3 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEZES, Aderson de. Teoria geral do Estado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

PAUPÉRIO, A. Machado. Teoria geral do Estado. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ROMANO, Santi. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico/ atualizadores: Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

STOPPINO, Mario. (Verbete “Poder”. *in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Coords.). Dicionário de Política. 8 Ed. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 1995.

Supremo Tribunal Federal. AC n. 3542. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283542%2EENUME%2E+OU+3542%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/npg>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

Supremo Tribunal Federal. MS n. 32865. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[ww.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4554074](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4554074)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.