

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maysa Ketrin Rodrigues Parrechio¹

Resumo: O presente trabalho visa realizar uma análise crítica acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, confrontando-o com os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos por meio da Carta Constitucional e por Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que buscam cada vez mais garantir e efetivar as liberdades e direitos individuais, tendo como norteador desse movimento o princípio da dignidade da pessoa humana. Para isso, será necessário realizar uma análise dos direitos fundamentais, do interesse público primário e do interesse público secundário, com a finalidade de demonstrar que, interpretando-se o princípio da supremacia do interesse público em sua concepção moderna, desvinculada do arcaico modelo político no qual surgiu, este em nada se confronta com os direitos fundamentais, mas, ao contrário, torna-se um dos principais mecanismos de efetivação e proteção dos mesmos direitos.

Palavras-chave: interesse público, supremacia, direitos fundamentais, direito administrativo moderno, ordem constitucional.

1. INTRODUÇÃO

A moderna concepção da ordem constitucional se funda preponderantemente nas garantias e direitos fundamentais, buscando meios que sejam idôneos a ensejar sua melhor e maior efetivação no contexto social, possibilitando o acesso amplo de todos os cidadãos a uma vida digna, onde os mesmos possam ver protegidos seus direitos pelo Estado soberano ao qual pertencem.

A Constituição é o documento político supremo de um ordenamento jurídico, estando em posição de privilégio sobre todas as demais normas, que têm sua validade sujeita à concordância com as normas constitucionais. Isso implica dizer que todos os valores e princípios expressos no texto constitucional devem fazer-se presentes e ser considerados quando da interpretação ou validade de uma norma infraconstitucional.

Conforme preleciona o ilustre LUÍS ROBERTO BARROSO:

¹ Acadêmica do 8º semestre do Curso de Direito pelo Centro Universitário Toledo – Unitoledo Araçatuba.

O princípio da supremacia da Constituição, que tem como premissa rigidez constitucional, é a idéia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos. Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de Kelsen, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem (1996, p. 64).

Nesse sentido também argumenta o conceituado constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que a constituição confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas (2014, p. 47).

Em outras palavras, vivemos um atual fenômeno de constitucionalização de todos os ramos do direito, e com o Direito Administrativo não é diferente, mesmo porque esse ramo não possui um código específico de compilação de suas normas e, por isso, relevante parte dos dispositivos que o regem encontra-se na Constituição. Portanto, os princípios e regras do Direito Administrativo devem estar em conformidade com os princípios e regras do Direito Constitucional.

Ocorre que um número considerável de autores vem defendendo uma modernização ou reforma do Direito Administrativo, questionando alguns institutos antigos de tal ramo, com o objetivo de demonstrar a necessidade de sua modificação ou, para os mais radicais, a própria extinção de tais institutos. Tal pensamento encontra inspiração no direito comparado, mais especificamente no sistema jurídico da *Common Law*, que estrutura o Direito Administrativo sob o enfoque do direito privado, não adotando os institutos do sistema europeu continental, que tradicionalmente tratam tal ramo balizando-o pelas normas de caráter essencialmente público.

É nesse diapasão que surge a controvérsia que suscitou o presente estudo, a fim de verificar a compatibilidade entre um dos princípios basilares do Direito Administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público – analisando os pontos levantados pelos críticos que defendem sua redefinição ou sua extinção – com os direitos fundamentais, hoje também vistos sob o ponto de vista do

direito comunitário, tendo em vista a introdução no ordenamento jurídico interno de tratados internacionais sobre o tema, como, por exemplo, o *Pacto San José da Costa Rica*. Para isso, é necessário o esclarecimento mais detido de alguns pontos de extrema relevância para o tema, conforme se fará adiante.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos ou fundamentais decorrem da ideia de direito natural, como aquele conjunto de direitos inatos a todos os indivíduos, que deles não podem dispor. A título de esclarecimento, a diferenciação entre as expressões direitos humanos e direitos fundamentais tem importância apenas teórica, sendo a primeira geralmente utilizada para se referir aos valores essenciais consagrados no direito internacional, e a segunda quando esses direitos estiverem consagrados no ordenamento constitucional interno de um determinado Estado. Ainda é possível falar-se em direitos dos homens, entendidos esses como os direitos fundamentais não positivados, quer no plano do direito interno, quer no do direito internacional, aproximando-se mais da noção de direito natural.

Os direitos humanos caracterizam-se por sua historicidade, sendo construídos ao longo do tempo como produtos da história. Têm também natureza universal, sendo garantidos indistintamente a todos, bastando para isso, que se pertença à raça humana. São essenciais, irrenunciáveis e indisponíveis, pois, mesmo mediante autorização de seu titular, não podem ser violados. São também inalienáveis, não podendo, portanto, ser transferidos ou cedidos a outrem, seja onerosa ou gratuitamente. São imprescindíveis e inexauríveis, pois não se esgotam, não deixando de ser exigíveis com o tempo (imprescritíveis).

Veda-se, por fim, o retrocesso no que tange aos direitos humanos. Ao revés, é preciso que se busque o progresso desses direitos, uma proteção mais ampla e eficaz, aumentando, desta forma, seu campo de alcance e atuação. Vale mencionar ainda que tais direitos formam um sistema indivisível, interdependente e complementar entre suas normas, a fim de buscar sua efetividade plena.

No âmbito do direito interno, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, houve um impactante avanço em matéria

de direitos humanos, pois, por meio dela consolidou-se a ruptura definitiva com o regime de governo autoritário militar, que havia se iniciado no ano de 1964, instituindo no Estado brasileiro um processo de democratização, reaproximando o direito da ética e dos valores, inovando a Carta Constitucional ao consolidar garantias e direitos fundamentais, com a proteção aos setores mais vulneráveis da sociedade brasileira, revelando sua forte tendência axiológica.

Nesse contexto, os direitos humanos ganham destaque, sendo atribuída uma importância nunca antes vista à matéria, que passou a ser abordada de maneira abrangente e pormenorizada, inaugurando, assim, um cenário promissor em termos de evolução dos direitos humanos e, além disso, um reconhecimento significativo de obrigações internacionais nesse sentido, fazendo com que as transformações internas repercutissem no âmbito internacional.

A Constituição vem a concretizar, desse modo, a concepção de que “os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si”, no dizer de Antonio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são, assim, dotados de especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico (PÉREZ LUÑO, 1988, p. 310 *apud* PIOVESAN, 2012, p. 91).

Portanto, os direitos fundamentais vêm ganhando uma importância ímpar atualmente, sem precedentes na história. Nunca antes se buscou por tantos meios a garantia e a efetivação de tais direitos, que são agora vistos sob o prisma internacional, passando os indivíduos a ser titulares de direitos não apenas enquanto jurisdicionados de um determinado Estado soberano, mas, também, como sujeitos de direitos internacionalmente garantidos. Ainda segundo as sábias lições de FLÁVIA PIOVESAN:

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado, na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados. Verificar-se-á como, na ordem contemporânea, se reforça, cada vez mais, esse complexo sistema de “concorrência institucional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comunidade

internacional. Importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos (2012, p. 65).

Desta maneira, conforme é possível se observar, sob a nova ótica de internacionalização dos direitos humanos e com a simultânea e progressiva incorporação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos à ordem jurídica interna, exige-se a plena efetividade na atuação do Estado, com a repressão às violações existentes a esses mesmos direitos, bem como, paralelamente, com a ampliação dos meios de proteção e máxima efetivação de políticas internas que visem coibir futuras violações, ampliando, assim, os direitos fundamentais em si e os mecanismos para resguardá-los, ainda que, para isso, seja necessária a intervenção de organismos internacionais no âmbito do sistema jurídico interno.

Destarte, é nítida uma relativização da soberania do Estado Nacional em face dos organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, a fim de possibilitar a eficácia e o cumprimento das normas estipuladas por tais organizações mediante documentos pactuados entre elas e os Estados que os ratificam e incorporam, introduzindo-os no ordenamento jurídico do mesmo.

3. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Com essa moderna visão de máxima proteção e ampliação dos direitos fundamentais, foram levantando-se posicionamentos de alguns autores, no sentido de questionar alguns institutos consagrados pelos diversos ramos do ordenamento interno, indagando sobre sua compatibilidade com os direitos humanos ou fundamentais. Em termos de Direito Administrativo, foi enfaticamente atacado, dentre outros, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular que, vale lembrar, é princípio basilar de toda Administração Pública, que sobre ele se alicerça.

3.1. Conceito

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio do Direito Administrativo que não se encontra expresso na Carta Constitucional. É princípio implícito, decorrendo de uma análise sistemática do ordenamento constitucional, mormente das normas que restringem direitos individuais face ao interesse público e das que estabelecem prerrogativas à Administração Pública.

Todavia, não perde tal princípio relevância, sendo, ao revés, o princípio maior do qual decorrem todos os demais, constituindo-se a base de todas as normas de estruturação da Administração Pública. Isto porque seria insustentável uma sociedade que não se pautasse em tal premissa. Conforme bem ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência” (2014, p. 99).

Por este princípio, afirma-se que na hipótese de conflito entre o interesse público com o interesse privado, deverá prevalecer o primeiro, pois o Estado deve dedicar-se antes ao interesse da sociedade como um todo e apenas em segundo plano aos interesses particulares. “Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 34). Portanto, atuando no atendimento do interesse público, pode a Administração Pública, em situações concretas, limitar direitos individuais, em benefício do interesse público. Desta maneira, “a Administração Pública goza de posição jurídica privilegiada em face dos particulares porque representa o interesse público” (CUSTÓDIO FILHO, 2012, p.)

Este princípio deve ser considerado pelo legislador quando da elaboração da lei e pelo administrador no momento de executá-la. “Esse princípio está presente tanto no momento de **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação” (DI PIETRO, 2012, p. 65).

Ainda, conforme assevera a ilustre jurista EVELISE PEDROSO TEIXEIRA PRADO VIEIRA:

A Administração Pública não está no mesmo plano que o particular as relações que mantém com este. Está em situação de verticalidade, em situação de superioridade, sustentando interesse coletivo, que tem predominância sobre o interesse individual.

O Estado não poderia desincumbir-se de suas tarefas se estivesse no mesmo plano que os particulares, os quais possuem autonomia de vontade e interesses individuais nem sempre coincidentes com o interesse da sociedade.

Para propiciar o atingimento dos fins do Estado é que se reconhece à Administração Pública a supremacia de seus interesses, que preponderam sobre os interesses individuais. (...) O interesse da Administração prevalece sobre o particular porque é titularizado por toda sociedade (2011, p.34).

É relevante ainda, destacar a lição do ilustre e eterno administrativista, HELY LOPES MEIRELLES, que assim preleciona:

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado e do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica, em cada caso concreto;

(...) Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, mas essa desigualdade advém da lei, que, assim, define os limites da própria supremacia (2014, p. 111).

Por meio deste princípio, pois, é dada ao Estado a autonomia para restringir direitos individuais em prol do interesse coletivo, visando o bem comum, o interesse público. Afinal, as normas que integram o sistema administrativo são essencialmente públicas e, portanto, são elaboradas tendo como fundamento e finalidade o interesse público.

3.2. Interesse público primário e secundário: distinção

Como afirmado, a Administração Pública tem como objetivo final atender ao interesse público, visando, assim, o bem-estar coletivo e uma maior justiça social. Entretanto, o princípio da supremacia do interesse público não tutela todo tipo de interesse da Administração Pública, mas apenas o interesse público propriamente dito. Para tanto, por influência do Direito Italiano, passou-se a diferenciar o interesse público primário do interesse público secundário.

Conforme preceitua FERNANDA MARINELA:

Considera-se **interesse público primário** o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, também denominados interesses públicos propriamente ditos. De outro lado, tem-se o **interesse público secundário**, que consiste nos anseios do Estado, considerado como pessoa jurídica, um simples sujeito de direitos; são os interesses privados desse sujeito. Ressalte-se que o Estado, da forma como foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, só poderá defender seus próprios interesses privados (interesses secundários) quando não existir conflito com os interesses públicos primários (2012, p. 29).

Com a precisão que lhe é peculiar, assim conceitua LUÍS ROBERTO BARROSO:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. (...)

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la (2007, p. XV-XVI).

No mesmo sentido, assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (Capítulo I, ns. 43 a 47), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois é o interesse que a lei consagra e entrega a compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais (2014, p. 103).

Assim, o interesse público primário é o próprio interesse da sociedade, um reflexo da vontade desta, atuando o Estado em prol do bem comum e objetivando

atender aos anseios dos cidadãos que a compõem. Já o interesse público secundário constitui o interesse privado do Estado enquanto ente dotado de personalidade, operando em benefício próprio. Desta feita, o interesse público secundário só poderá ser atendido pelo Estado quando este não conflitar com o interesse público primário, que deverá sempre preponderar.

Torna-se evidente, portanto, que não é todo tipo de interesse público que goza de supremacia sobre os interesses privados, mas apenas aqueles que constituem interesses públicos propriamente ditos, ou seja, que refletem a vontade geral de uma coletividade, consubstanciando-se, assim, na união das vontades individuais convergentes que formam a vontade social (e não na vontade da Administração Pública como sujeito de direitos).

Em outras palavras, o atendimento ao interesse público primário consubstancia-se na própria satisfação dos interesses privados dos indivíduos que compõem determinado grupo ou sociedade, pois, conforme as lições do ilustre jurista LUÍS ROBERTO BARROSO, “o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão” (2009, p. 70-71).

Destarte, a busca do Estado quanto ao interesse público é, antes de tudo, uma busca pela satisfação das pretensões e expectativas individuais predominantes na sociedade quanto ao posicionamento do mesmo, frente a uma situação de conflito entre dois bens jurídicos relevantes. Nesse sentido, ROUSSEAU, utilizando-se da expressão “vontade geral” para referir-se ao que hoje denominamos interesse público, assim discorre:

(...) só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada (1973, p. 49).

O seu tradutor, LOURIVAL GOMES MACHADO, na mesma obra comenta que, para ROUSSEAU, “vontade geral só era aquela que traduzisse o que há de comum em todas as vontades individuais, ou seja, o substrato coletivo das consciências” (1973, p.49).

No mesmo sentido se posiciona HECTOR JORGE ESCOLA, conforme se depreende de suas lições:

O interesse público não é mais que um querer majoritário orientado à obtenção de valores pretendidos, isto é, uma maioria de interesses individuais coincidentes, que é interesse porque se orienta à busca de um valor, proveito ou utilidade resultante daquilo sobre o qual recai tal consciência majoritária, e que é público porque se destina a toda comunidade, como resultado dessa maioria coincidente.

O interesse público – de tal modo – é o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos, que se destina a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no querer axiológico de seus indivíduos, aparecendo com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, pessoal e direto a respeito deles, que nele podem reconhecer seu querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou o afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los (1989, p. 236)

Portanto, resta evidente que o conceito de interesse público abrangido pelo princípio ora em comento não é amplo, mas restrito ao interesse público propriamente dito, qual seja, o primário, não legitimando a flexibilização de direitos individuais em prol dos interesses do Estado enquanto ente dotado de personalidade, mas apenas quando este age na defesa do bem-estar social, cumprindo os anseios sociais e atendendo aos valores da coletividade.

4. DA DESCONSTRUÇÃO À RECONSTRUÇÃO

Conforme já salientado, vivemos atualmente o fenômeno da constitucionalização do Direito como um todo, e de cada um de seus ramos, tendo por finalidade a busca de uma maior efetivação e proteção de direitos e garantias fundamentais. Diante desta realidade, tornou-se propício o cenário para que jovens e renomados juristas – impulsionados por intenções louváveis e visando o questionamento de conceitos de importância não apenas teórica, mas, sobretudo, prática – passassem a defender a necessidade da desconstrução do princípio da

supremacia do interesse público, por enxergá-lo como um instituto reacionário, autoritário e retrógrado, já não adequado à nossa realidade.

Porém, a “alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da ‘supremacia do interesse público’ – sem dúvida uma interessante crítica, que, por sua vez, merece ser refutada” (GABARDO; HACHEM, 2010, p. 15).

O principal argumento utilizado pelos autores que vêm enfaticamente defender a desconstrução do mencionado princípio é o de que a supremacia do interesse público sobre o privado ofenderia os direitos fundamentais, colocando-os em alarmante situação de perigo.

Bem rebete esse ideia JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2010, p. 78), ao afirmar que sempre existirão riscos para os direitos fundamentais, que “nunca deixaram de existir e sua ocorrência provém do natural confronto entre Estado e sociedade”, mas que esses riscos não decorrem da supremacia do interesse público, que aos direitos fundamentais não gera ofensa alguma. Ao contrário: “protege-os contra interesses privados e egocêntricos de indivíduos e grupos”. Dispõe ainda o mesmo autor que o “enfrentamento dos supostos riscos se desenvolve mediante a aplicação da Constituição: afinal é nela que se enumeram e prescrevem, expressamente ou não, os direitos fundamentais”.

Além disso, toda a estrutura da Administração Pública tem por sustentáculo dois pilares básicos e fundamentais, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim sendo, desconstruir qualquer desses dois institutos significa desmoronar, ruir, todo o arcabouço administrativo.

Afinal, caso o Estado não possa mais fazer uso de suas prerrogativas de potestade pública, flexibilizando ou mitigando direitos individuais em benefício do bem-estar e justiça coletivos, tornar-se-á a sociedade, indubitavelmente, anárquica e insegura, retroagindo ao chamado “estado de natureza” dos clássicos contratualistas, onde prevalece a lei do mais forte ou mais astuto.

Para JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em rota de colisão”, pois “seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais” (2010, p. 73).

Para corroborar esse entendimento, é de extrema relevância o seguinte trecho, extraído da DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM de 1789:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; assim, a existência dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados por lei.

Assim, muito mais viável que a “desconstrução”, é a “reconstrução” desse princípio basilar da Administração Pública, adequando-o à atual conjuntura nacional, hoje voltada à defesa e garantia dos direitos fundamentais, previstos não somente na legislação interna, como também em tratados e convenções internacionais – muitos deles não somente ratificados pelo Brasil, mas, também, integrados ao nosso ordenamento jurídico interno.

Nesse sentido é o posicionamento do ilustre JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

Algumas vezes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto (2014, p. 34-35).

Outrossim, é importante que se faça a necessária distinção entre o princípio da supremacia do interesse público – entendendo-se este conforme conceituado até aqui: como o interesse de uma maioria social (interesse público primário) – e sua má utilização por determinadas autoridades administrativas, que arbitrariamente desvirtuam tal postulado em benefício de interesses próprios.

Tal medida é imperiosa para que se possa observar mais detidamente que os problemas relacionados por muitos dos autores que enfaticamente criticam o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular encontram-se relacionados não diretamente ao princípio, mas sim à sua aplicação prática.

Desta maneira, torna-se ainda mais evidente a necessidade de reformulação de tal conceito, adequando-o à legislação e realidade social por meios eficazes para sua real garantia e efetividade, a fim de que se concretize em plenitude o interesse social predominante e, assim, sejam efetivados da melhor forma e na maior quantidade possível, os direitos e garantias individuais fundamentais.

5. DO CONFLITO À PONDERAÇÃO

Conforme aponta a literatura, “princípios jurídicos” são as bases fundamentais de todo o ordenamento jurídico, formando seus alicerces. São, portanto, normas de alta carga axiológica, positivadas ou não pela legislação interna.

O ilustre civilista CARLOS ROBERTO GONÇALVES, ao discorrer sobre os princípios gerais do direito, ensina que:

São estes constituídos de regras que se encontram na consciência dos povos e são universalmente aceitas, mesmo não escritas. Tais regras, de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídas no direito positivo (2011, p.76).

Ou ainda, nas palavras de SÉRGIO PINTO MARTINS:

São os princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas. São os princípios como as vigas ou alicerces que dão sustentação ao edifício. Este é o ordenamento jurídico, que é subdividido em tantos andares quantos são seus ramos (2012, p. 63).

É importante, ainda, ressaltar a distinção de princípios e regras, de acordo com a notável teoria de ROBERT ALEXY, que tão bem explorou o tema. Para o autor, regras e princípios são subespécies de normas, pois ambas dizem o “dever ser” do Direito, distinguindo-se, segundo ele, em alguns pontos principais.

Um dos mais relevantes pontos de distinção se refere à *generalidade*, pois os princípios, se comparados às regras, são dotados de uma carga muito mais elevada dessa característica.

Entretanto, o que mais interessa ao presente estudo é a diferenciação entre a forma de aplicação dos princípios e regras e a resolução de conflitos que surjam entre essas espécies de normas. Pois conforme a teoria desenvolvida pelo mencionado autor, as regras resolvem-se na base do “tudo ou nada”, ou seja: ou se aplica determinada norma, ou não se aplica. Assim, havendo duas normas-regras aplicáveis a uma determinada situação, uma delas deverá ser declarada inválida.

De modo completamente distinto das regras, os princípios resolvem-se pela ponderação. Deste modo, em caso de colisão entre princípios, um dos dois deixará de ser aplicado no caso concreto, sem deixar, entretanto, de existir e ser válido abstratamente, sendo mitigado apenas naquela situação específica. Os princípios não possuem um valor certo, não se sobrepondo uns aos outros, portanto. O que irá determinar qual deles deverá prevalecer, serão as circunstâncias da hipótese sob análise.

Diante da afirmação que os princípios resolvem-se pela ponderação, podemos perceber que o conflito entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e princípios que veiculam direitos fundamentais não é motivo que torne necessária a desconstrução daquele primeiro. Isto porque, como vimos, é um problema que encontra solução na ponderação, pois nenhum princípio é absoluto e nenhum deles possui valor determinado. Portanto, nas palavras de MARIA SYVIA ZANELLA DI PIETRO, “a ideia de que o interesse público **sempre, em qualquer situação**, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação (a não ser, talvez, em regimes totalitários)” (2010, p. 94).

Ademais, vale ainda ressaltar que não necessariamente o interesse público será algo oposto aos interesses privados, mas, via de regra, aquele será atendido quando houver a plena satisfação destes últimos. O conflito entre o interesse público e os interesses individuais tem, deste modo, caráter de exceção.

No mesmo sentido são as lições de HECTOR ESCOLA:

O interesse público, de tal maneira, não é entidade superior ao interesse privado, nem existe contraposição entre ambos: o interesse público só é prevalecente com respeito ao interesse privado, só tem prioridade ou predominância, por ser um interesse majoritário, que se confunde e assimila com o querer valorativo atribuído à comunidade.

Esta prevalência se funda, também, no fato de que o interesse público, concebido dessa forma, e como o caracteriza Gordillo, haverá de resultar em maiores direitos e benefícios para todos e cada um dos indivíduos da comunidade, que, por isso, justamente aceitam voluntariamente aquela predominância, que lhes é vantajosa (1989, p.243)

Assim sendo, a supremacia do interesse público não é sinônimo de imposição aos particulares da vontade autoritária e exclusiva do Estado, pois, como já abordado, o interesse público defendido pelo referido princípio é o primário, constituindo, portanto, a soma das vontades individuais. Desta maneira, cabe à Administração Pública a árdua e não tão simples tarefa de corretamente interpretar a vontade majoritária da sociedade – aquilo que a mesma espera de retorno do Estado – para que, assim, o interesse público possa ser satisfeito.

5.1. A proporcionalidade como meio de resolução

Munidos da informação de que, ao surgir uma colisão entre princípios, a mesma deverá ser resolvida por meio da ponderação, resta determinar o método pelo qual o intérprete analisará, no caso concreto, qual desses princípios – o da supremacia do interesse público sobre o particular ou algum princípio que veicule direito fundamental – deverá prevalecer.

Essa análise deve ser racional e pautada em critérios valorativos, realizada caso a caso, por intermédio de um estudo aprofundado de todas as circunstâncias e do contexto em que o conflito surgiu e se desenvolveu, visando à solução que, de maneira mais ampla, satisfaça o atendimento dos interesses públicos e individuais conflitantes, de modo a preservar, o quanto for possível, os bens jurídicos tutelados por tais princípios.

Para tanto, é indispensável que o intérprete se baseie no postulado da proporcionalidade, como instrumento apto a melhor valorar a importância dos bens jurídicos que cada princípio veicula e, deste modo, determinar qual deles deverá prevalecer.

Bem pondera GUSTAVO BINENBOJN, ao dispor que:

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (2005, p. 167)

A ponderação, portanto, consiste no sopesamento dos valores conflitantes, a fim de encontrar uma solução que possibilite a mais abrangente realização dos interesses divergentes.

Consoante as lições de LUÍS ROBERTO BARROSO, o princípio da proporcionalidade se desenvolve em três subprincípios, que devem estar presentes para que aquele ocorra. Os princípios (destaque não original):

- a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos;
- b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da
- c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão (1996, p. 209).

Portanto, ao vislumbrar um conflito entre o princípio da supremacia do interesse público com algum direito fundamental, deverá ser realizada essa análise tripartida da proporcionalidade, para que seja possível atingir a solução mais razoável diante do caso concreto.

Ao imaginar uma potencial saída para determinada situação conflituosa, a Administração Pública ou o Poder Judiciário – conforme o caso – deverá questionar, num primeiro momento, se esta é a solução mais *adequada* à situação que lhe foi apresentada. Isto implica verificar se a medida é eficaz para que se atinja o resultado pretendido, ou seja, se é a mais apta a promover o fim almejado, mitigando minimamente os efeitos do princípio contraposto, quando comparado aos outros meios possíveis de resolução do conflito.

Em um momento seguinte, deve-se questionar se a solução é *necessária*, *exigível*, ou seja, se de todas as possibilidades existentes para resolução do desacordo, esta será a mais viável, constituindo-se a menos prejudicial dentre outras. A colisão deverá ser resolvida, portanto, optando-se pelo meio menos gravoso de solucioná-la.

Por fim, é preciso verificar a existência da *proporcionalidade em sentido estrito*, sendo entendida desta forma aquela solução em que o prejuízo de determinado princípio seja compensado pelo benefício de outro. Assim sendo, para que ocorra a interferência no campo dos direitos dos cidadãos, é preciso que o método utilizado traga o máximo de vantagens, capazes de justificar os prejuízos sofridos, que deverão ser reduzidos ao mínimo possível.

Destarte, estando preenchidos esses requisitos, é possível afirmar que a questão foi resolvida de modo proporcional, compatibilizando-se o interesse público e o interesse individual em confronto.

Cumpra ainda salientar que, em princípio, a tarefa decisória – de extrema complexidade – caberá ao legislador e à Administração Pública. Entretanto, a questão poderá chegar ao Poder Judiciário para que o mesmo realize o chamado controle de legalidade e, por meio dele, profira a decisão que será final, buscando sempre o melhor interesse público, salvaguardando, da forma mais eficaz, os interesses individuais fundamentais de todos aqueles que serão atingidos por tal decisão.

Desta feita, é válido lembrar que o princípio do interesse público é limitado pelo princípio da legalidade – que também é um dos mais importantes e fundamentais princípios a reger a Administração Pública. Portanto, a lei constitui o limite à atuação estatal, que não poderá dela se desviar, funcionando assim como mecanismo de proteção aos direitos e garantias individuais. Bem salienta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao dispor que:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições e desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pelo Poder Legislativo – que é colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral (2014, p. 103).

O memorável HELY LOPES MEIRELLES, ao lecionar, o tema infere que o administrador público estará, ao exercer sua função, adstrito “aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (2014, p. 90).

Portanto, nenhum ato da Administração Pública será inteiramente discricionário, estando sempre sujeito, ao menos em parte, ao disposto por todo o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, ao controle de legalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, principalmente no que tange à finalidade, que, em todo e qualquer ato administrativo, deverá subsumir-se ao interesse público, constituindo sempre elemento vinculado desse mesmo ato.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todo o exposto no presente estudo, a busca deve dar-se, portanto, pela *reconstrução* do princípio da supremacia do interesse público, e não por sua *desconstrução*, procurando desta maneira adequá-lo e atualizá-lo para os padrões que atualmente se delineiam, voltados para uma maior e mais eficaz proteção dos direitos humanos fundamentais, que desfrutam de ímpar importância na presente ordem constitucional.

Afinal, é inimaginável que se desconstrua uma das principais bases da Administração Pública sem perceber que, por óbvio, o desmoronamento de tal princípio significa a ruína de toda fundamentação e legitimidade do comando e autoridade exercidos pela máquina estatal frente aos particulares, e, em consequência, a ruína de toda estrutura administrativa, que não mais poderá fazer prevalecer o interesse geral sobre o particular, o que fere, em última análise, a própria ordem democrática.

Ademais, possíveis conflitos entre o princípio da supremacia do interesse público e direitos individuais fundamentais deverão ser resolvidos pela ponderação, empenhando-se o administrador ou Poder Judiciário – conforme o caso – no enfrentamento da questão, visando sempre a solução que mais se amolde aos critérios da proporcionalidade e de seus subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, para que, assim agindo, sejam protegidos da maneira mais efetiva e ampla os direitos fundamentais, sem que para tanto se deixe de buscar o interesse público primário, fim último e essencial do Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio à obra **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJN, Gustavo. **Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. In: SARMENTO, Daniel (organizador). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Interesse público: verdades e sofismas**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara et alii. **Dicionário brasileiro de direito constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 9ª edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6ª edição. Niterói: Impetus, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Rev. e atual. Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 4ª edição. Madrid: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social in Os pensadores**. Volume XXIV. São Paulo: Victor Civitas, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. **Direito administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2011.