

A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

TIAGO RIBEIRO MENDES
 JEINE LISANA PAULINO LOIOLA
 RAUL ROSSY VASCONCELOS FARIAS¹
 ANDRÉ LUIS TABOSA DE OLIVEIRA²

RESUMO: A teoria da supremacia do interesse público surgiu na França, no século XVIII, a partir do desenvolvimento do novo regime jurídico pelo qual passaria a ser regulada a atividade administrativa do incipiente estado liberal, que surgiu após a revolução francesa, feito pelo conselho de estado francês. Porém, observa-se nela uma forte influência da lógica do regime absolutista, na medida em que continua vendo os indivíduos não como cidadãos, mas como subordinados. Assim, no presente artigo, buscar-se-á confrontar o princípio da supremacia do interesse público com os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, com o escopo de demonstrar a necessidade da redefinição do conteúdo do referido princípio firmes no objetivo de conformá-lo com a unidade da constituição, a dignidade da pessoa humana e a importância dada pela Constituição aos direitos individuais em detrimento dos coletivos. Também será ressaltada neste artigo a dificuldade de definir interesse público, a impossibilidade de existência de prevalência de um princípio de forma apriorística, de acordo com a moderna teoria dos princípios. A metodologia adotada na pesquisa a classifica como bibliográfica. De modo conclusivo, faz-se imprescindível buscar-se uma redefinição do princípio da supremacia de interesse público tendo como fundamento os direitos fundamentais, como forma de garantir uma maior racionalidade na sua aplicação, através do respeito aos direitos individuais. (já não se disse a mesma coisa linhas acima? Por que não suprimir esse frase?) Dessa forma, concretizando-se os Princípios do Direito na prestação dos serviços públicos oferecidos e o desenvolvimento social da comunidade.

Palavras-Chave: *Interesse Público. Supremacia do Interesse Público. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade.*

INTRODUÇÃO

Estado chama-se o mais frio de todos os monstros frios.
 Mentalmente, e eis aqui a mais mesquinha mentira
 que sai de sua boca: “Eu, o Estado, sou o Povo”.
 Mentira! Ali onde acaba o Estado, só ali começa o homem...

Nietzsche

O atual regime jurídico-administrativo brasileiro sustenta que, dentre os princípios norteadores de toda a atividade da Administração Pública em relação aos administrados, encontra-se o “Princípio da supremacia do interesse público”, através do qual se fundamentam as prerrogativas especiais de que dispõe o Estado para a consecução dos fins que a Constituição lhe impõe. Este seria uma das "pedras de toque", de acordo com o grande publicista BANDEIRA DE MELLO, por se tratar de princípio basilar e indispensável para o convívio em sociedade.

1. Acadêmicos de Direito, 8º semestre, *Faculdade Luciano Feijão (FLF)*

2. Professor-Orientador, Graduado em Direito, Mestre em Direito Constitucional pela *Universidade Federal do Ceará (UFC)*.

Decorre do referido princípio que a atuação estatal sempre observará o interesse coletivo (público) como um fim maior a ser alcançado, sendo que, em caso de contraposição entre o interesse privado e o público, este sempre há de prevalecer. É a partir dele que se procura fundamentar a indisponibilidade do interesse público e as prerrogativas da Administração Pública, como a presunção de legitimidade, exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos.

Em virtude de tão ampla garantia, o interesse público sempre é invocado pelas administrações públicas, como forma de legitimação das suas decisões em nome de um bem comum. Observa-se, porém, que este tem sido manipulado para acobertar os reais interesses particulares dos governantes. Não são raras as vezes em que o Estado se impõe de maneira autoritária e utiliza-se do escudo do princípio da supremacia do interesse público para defender-se das críticas e se resguardar do controle do Poder Judiciário.

Diante desta realidade, algumas vozes têm se levantado contra a existência do princípio da supremacia, erguendo-se em defesa dos interesses privados com suporte na efetividade dos direitos individuais. Alegam que a supremacia não tem sido utilizada, desde a sua origem, como instrumento de concretização dos direitos da coletividade, tal qual a descrevemos hoje, mas sim como um meio de solidificação de estruturas estatais autoritárias, consolidando a posição privilegiada destas diante dos particulares, “legitimando” o exercício arbitrário do poder e dificultando as formas de controle das suas atividades. Assim, o princípio da supremacia deveria ser “desconstruído”.

Em virtude da nova ordem constitucional, em defesa da efetividade dos direitos fundamentais, faz-se necessário, portanto, uma redefinição da noção de supremacia a partir destes direitos, para que esta não sirva apenas de base para um autoritarismo retrógrado e reacionário. É preciso, sim, respeitar e valorizar o mais puro interesse público, fazendo isso, porém, de forma a integrar a supremacia na defesa dos objetivos fundamentais da Constituição, delimitando as necessárias cautelas na sua aplicação prática, a fim de que não se inviabilize a própria vida em sociedade.

Trata-se de um tema de fundamental relevância, em virtude do atual quadro político do Brasil. Basta analisarmos os casos polêmicos de conflitos entre interesses públicos e privados para compreendermos o quanto esta discussão vem à tona.

INTERESSE PÚBLICO. VARIAÇÕES CONCEITUAIS

A Administração Pública deve exercer suas funções estatais de forma vinculada ao interesse público, que é a sua essência e razão de ser, em um Estado Democrático de Direito. Mas, afinal, o que constitui o tão aclamado interesse público, cujo papel se mostra tão essencial? É um dos mais indeterminados conceitos jurídicos, além de assumir vários significados, tornando-se imensamente difícil dar-lhe uma precisa valoração, em virtude dos seus contornos jurídicos, políticos e sociais.

ROUSSEAU analisou o interesse público, ao formular a teoria do Contrato Social, na qual os homens renunciam alguns de seus direitos naturais em nome da própria sobrevivência e da paz social e os conferem ao Estado, dando-lhe a missão de protegê-los e alcançar um fim maior, a vontade geral. Segundo ele, o pacto social revela-se quando "cada um de nós coloca sua pessoa e sua potência sob a direção suprema da vontade geral". Tal vontade é a finalidade maior e a razão da existência da instituição do Estado, e este deve persegui-la com todas as forças. Dessa forma:

se a oposição desses mesmos 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 e que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada.

Nesse sentido, a doutrina moderna também conceitua interesse público:

o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem. (BANDEIRA DE MELLO)

Assim, o interesse público é o somatório dos interesses dos indivíduos, mas não sob o aspecto meramente pessoal, e sim como parte de uma coletividade.

A propósito, a doutrina também faz a diferenciação entre o interesse público primário e o secundário. O primeiro é o interesse da coletividade: a paz, justiça, segurança e bem-estar social. Já o secundário pode ser entendido como o interesse da pessoa jurídica de direito público, que é exteriorizado como o do erário, destinado a receber mais receitas e diminuir as despesas.

Diante dessas colocações, insta ressaltar o quão demasiado subjetivo é o conceito de interesse coletivo e de difícil mensuração. Em uma sociedade tão multifacetária como a que vivemos, é até ousadia dizer que se possa descobrir o que todos querem. Como definir o que é a “vontade geral”? Como constatar se na realidade não foi chamado de interesse público, o que meramente é um interesse do Estado ou dos governantes?

Nesse sentido, a visão marxista analisa que o Estado, embora se mostre como um ato de vontade coletiva, fundamenta-se na contradição entre o privado e público, o geral e o particular. E nessa constante luta de interesses de classes, quem prevalece determina o que é o interesse coletivo.

É precisamente esta contradição entre o interesse particular e o interesse coletivo que faz com que o interesse coletivo adquira, na qualidade de Estado, uma forma independente, separada dos interesses reais do indivíduo e do conjunto e tome simultaneamente a aparência de comunidade ilusória. (...) Depreende-se igualmente que toda a classe que aspira ao domínio, mesmo que o seu domínio determine a abolição de todas as antigas formas sociais da dominação em geral, como acontece com o proletariado, deve antes de tudo conquistar o poder político para conseguir apresentar o seu interesse próprio como sendo o interesse universal. (Marx e Engels, *A Ideologia Alemã*).

Vale ressaltar, ainda, a visão de MARÇAL JUSTEN FILHO, para o qual, devido à fluidez conceitual do termo indeterminado de “interesse público”, a sua utilização geralmente legítima “arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais” e ainda dificulta o controle jurisdicional dos atos praticados pelo poder público.

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. EVOLUÇÃO CONCEITUAL

Como já mencionado anteriormente, o regime jurídico-administrativo sustenta-se em dois pilares: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público. O Princípio da supremacia é avocado pela doutrina tradicional e proclama que o Estado sempre observará o interesse coletivo (público) como um fim maior a ser alcançado, sendo que, em caso de contraposição entre o interesse privado e o público, este SEMPRE há de prevalecer. Em razão disso, a administração pública possui suas prerrogativas materiais e processuais, como indisponibilidade, exigibilidade e presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Em contrapartida, surge uma linha de doutrinadores que se erguem em defesa da efetividade dos direitos individuais, argumentando que o princípio da supremacia, em vez

de “concretizador” do bem comum, é a base de um sistema autoritário e retrógrado. Analisando a história do direito administrativo, GUSTAVO BINENBOJM assevera que foi nos ensinados, através dos tempos, o mito da origem milagrosa do direito administrativo fundado na noção garantística, na qual o poder estatal se submeteu à própria lei e aos direitos individuais dos cidadãos. Assim, a consecução do interesse público, e somente este, seria a justificativa teórica para as prerrogativas da administração pública. Porém, como afirma o referido autor:

O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), *representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação.* A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos. (...) *O velho dogma absolutista da verticalidade das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra de isonomia.* (Grifo nosso)

Diante de uma origem intrínseca aos sistemas absolutistas, ainda são evidentes os traços de autoritarismo no atual Estado, que impõe seus interesses como legítimos, infringindo os direitos individuais, sob o manto da supremacia do interesse público.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO ANTE A TEORIA DOS PRINCÍPIOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A teoria dos princípios, que tem em Ronald Dworkin e Robert Alexy seus principais teóricos, surgiu na segunda metade do século XX, simultaneamente ao surgimento dos pós-positivismo, corrente esta que trouxe grandes inovações à dogmática jurídica, dentre elas a ideia de supremacia da constituição e centralidade dos direitos fundamentais, marcando a superação do positivismo, através do reconhecimento do caráter axiológico das normas jurídicas e da importância que passou a dar aos princípios, que ganharam força normativa.

Urge antes de adentrarmos na análise do princípio da supremacia do interesse público, estabelecermos uma distinção entre regras e princípios como base na teoria dos princípios de Alexy:

princípios jurídicos encerram mandados de otimização, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao contrário das regras que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do "all or nothing", os princípios tem uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízo de ponderação, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

Joaquim José Gomes Canotilho também expõe algumas diferenças entre regras e princípios:

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (ZAGREBELSKY); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm 'fixações normativas' definitivas, sendo insustentável a validade simultânea da regras contraditórias. (4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Na doutrina administrativista o princípio da supremacia do interesse público sempre foi considerado como um axioma, ou seja, como algo autoevidente, que não necessitaria de comprovação, implícito no ordenamento jurídico e no qual teriam fundamento todas as prerrogativas que a administração pública possui em relação ao particular. De acordo com clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade da coletividade, firmando a prevalência dele sobre a do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

No entanto, de acordo com uma nova corrente de doutrinadores que surgiu a partir da década de 90, procurando reinterpretar institutos importantes do direito administrativo

sob a ótica dos direitos fundamentais, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser considerado um jurídico (**um o que jurídico?**), nem norma-princípio ou mesmo um postulado, mas apenas uma regra de preferência. Na percuciente lição de Humberto Ávila:

Não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “relevância”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas.

Ainda segundo o referido autor:

quando o grande publicista Bandeira de Melo descreve- nomenado-o ora como axioma ora como princípio – a supremacia do interesse público afirmando ser um “...pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados, refere-se ao interesse público como uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positivação. Não se trata, aqui, de uma norma princípio ou de um postulado normativo, mas do bem comum como princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica. Trata-se de um postulado ético-político, portanto.

Como ressaltado acima, uma das características dos princípios é a possibilidade de serem relativizados, consoante as peculiaridades do caso concreto, cedendo em face de outros princípios que, mediante um juízo de ponderação, sejam considerados de maior peso naquela presente situação. No entanto, o princípio da supremacia do interesse público, afastando-se dessas características, traz na sua própria nomenclatura a idéia de prevalência apriorística, contida na palavra “supremacia” do interesse público em relação ao interesse particular. Segundo Gustavo Benenbojm :

uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualização e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

A PRIMAZIA DOS INTERESSES PÚBLICOS SOBRE OS PRIVADOS DIANTE DO PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da unidade da constituição é um princípio instrumental de interpretação constitucional que surgiu a partir do desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional. A idéia de unidade da constituição, como instrumento garantidor da harmonia e coerência do texto constitucional, já estava prevista na obra do constitucionalista alemão Konrad Hesse que no início do séc.XX afirmava que “a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma”. Segundo Joaquim José G. Canotilho:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídicos-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’ o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão (...) existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.

Assim, de acordo com tal regra, para que possamos compreender o sentido de determinado princípio devemos analisá-lo em conjunto com todas os outros princípios previstos na constituição, visto que a sua interpretação isolada poderia gerar contradições e distorções do seu significado, quebrando a unidade do sistema.

Diante de tal entendimento, podemos afirmar que inexistente hierarquia entre normas constitucionais, não havendo, assim, superioridade dos direitos coletivos em detrimento dos individuais. Dessa forma, o princípio da supremacia do interesse público iria de encontro à ideia de unidade da constituição, pois sua existência está fundada na premissa de superioridade dos interesses públicos sobre os particulares. Consoante aduz Ricardo Schier:

Também pela compreensão da Constituição como sistema, então, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontram-se no mesmo patamar de hierarquia.

Insta ressaltar que com a análise até aqui empreendida não se quer afirmar a impossibilidade de prevalência do interesse público em algumas situações, desde que tal possibilidade esteja prevista no próprio texto constitucional ou então seja obtida mediante o método da ponderação, através da análise do caso concreto, tendo como parâmetro o princípio da proporcionalidade. Também nessa esteira salienta Ricardo Schier:

Repise-se, pois, que se a Lei Fundamental, em algumas situações, ponderando princípios e direitos in abstrato, reconhece previamente a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, aí não está a autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado.

A IMPORTÂNCIA DADA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 AOS DIREITOS INDIVIDUAIS

A Constituição de 1988 possui como uma de suas características a previsão no seu texto de um grande número de direitos individuais, sendo inclusive alcunhada de “Constituição cidadã”. Segundo Paulo Ricardo Schier, a nossa atual constituição dá prevalência aos interesses particulares:

Quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa) prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional.

Outro importante crítico do princípio da supremacia do interesse público, Humberto Ávila, é mais incisivo e defende que se tivéssemos de falar em superioridade na relação entre interesses públicos e privados esta se daria em favor dos interesses privados. De acordo com o referido autor:

A constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (Arts 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais(art. 5 a 17) e das normas-princípios gerais(p. ex. arts. 14, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade(incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria(não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos.

A importância dada aos interesses privados pela constituição de 88 se faz visível no seu art.1º que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira. Dessa maneira, ao dar primazia a ela como epicentro do sistema normativo e, conseqüentemente, do próprio Estado, resta insustentável a tese da supremacia do interesse público sobre o privado no nosso ordenamento jurídico. Também o fato de terem os direitos individuais um título reservado só para si na Constituição, resguardados pela imutabilidade conferida pelo art.64, IV é demonstrativo do cuidado que teve o constituinte originário na proteção dos direitos individuais. Neste sentido a lição de Gustavo Binbenbojm:

Assim como a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição portuguesa (1976) e a Constituição espanhola (1978), a Constituição brasileira de 1988 conferiu importância destacada ao elenco de direitos fundamentais. Contemplados, lá como aqui, logo em capítulo inicial da Carta, os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata (art. 5º, § 1º) e protegidos contra eventuais ameaças de supressão ou severo comprometimento, ainda quando tais ameaças advenham de emenda à Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que defluiu a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair “o princípio da supremacia do interesse público” da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares.

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO ANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da segunda metade do sec.XX, influenciados pelo impacto da barbárie perpetrada pelos nazistas durante a segunda guerra mundial, vários juristas começaram a perceber a insuficiência do pensamento positivista para proteger os indivíduos perante o Estado. Nesse contexto, desenvolveu-se o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo que trazia no seu bojo ideias como a supremacia da constituição e centralidade dos direitos fundamentais.

De acordo com a ideia de centralidade dos direitos fundamentais, estes serviriam de parâmetro para a interpretação das outras normas constitucionais e infraconstitucionais, o que se tem chamado na doutrina de constitucionalização do direito. Como exemplos desse

processo podemos citar com a imposição de limites à propriedade privada e a importância que se passou a dar aos direitos da personalidade, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito civil. Também o direito penal tem se aberto ao influxo das novas ideias através da previsão na Constituição de diversas garantias (art.5º). Porém, no direito administrativo nota-se uma maior resistência a uma redefinição do conteúdo de seus principais institutos com fins de harmonizá-los com os novos valores trazidos pela Constituição de 1988

O principal aspecto merecedor de crítica no princípio da supremacia do interesse público como é definido pela doutrina tradicional é a sua prevalência apriorística, visto que tal acaba por abrir margem ao cometimento de graves desrespeitos aos direitos fundamentais de indivíduos no caso concreto. Com este mesmo entendimento salienta Daniel Sarmento:

Na verdade, parece-nos que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Elas demandam um exame mais complexo, que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina.

Neste diapasão, faz-se necessária uma redefinição do princípio da supremacia do interesse público para que este se adeque aos direitos fundamentais, pois se torna arriscado que se continue permitindo que o Estado justifique seus atos em um princípio que não encontra respaldo no nosso ordenamento jurídico, desrespeitando muitas vezes direitos fundamentais. De acordo Paulo Ricardo Scheir:

os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como "concessões" estatais e nem tampouco podem ser vistos como um "resto" de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais "nobres", quais sejam, os públicos [40]. Ao contrário, os direitos fundamentais "privados" devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica

Canotilho estabelece algumas regras que devem ser observadas em relação às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais:

- i) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição [29];
- (ii) não existe uma

cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais [30]; (iii) a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este (poder constituinte originário) autorizou expressamente pela via da lei (reserva de lei), sendo, portanto, ilícita a restrição pelo veículo regulamentar [31]; (iv) não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública [32]; (v) mesmo quando autorizada, a restrição só poderá ser reputada legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido, sujeitando-se, logo, aos princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade [33]; (vi) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato [34] e, por fim, (vii) as leis restritivas devem estar materialmente vinculadas ao princípio da preservação do núcleo essencial [35].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente artigo, buscou-se demonstrar a existência de uma nova interpretação do princípio da supremacia do interesse público, tendo como fundamento os direitos fundamentais e sua irradiação para todo o direito infraconstitucional, tornando necessária a reinterpretação dos seus institutos. Todavia, este fenômeno que tem ocorrido em todos os ramos do direito tem encontrado grande resistência na doutrina administrativista, o que tem gerado grandes debates acerca do tema.

Todavia, a utilização do referido princípio acaba favorece a ampliação da discricionariedade do administrador, dificultado o controle dos atos administrativos pelo judiciário. O princípio da supremacia acaba funcionando como uma verdadeira cláusula geral de restrição, o que vai totalmente de encontro a importância dada pelo constituinte aos direitos fundamentais.

Porém, o fato de defender-se a incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a constituição de 1988 não deve conduzir a ilação de que em determinados casos não possa haver a prevalência dos interesses públicos sobre os particulares, visto que tal raciocínio redundaria no esvaziamento de institutos jurídicos como a desapropriação e o poder de polícia da administração. O que se defende é que a prevalência se dê, mediante juízo de ponderação entre os interesses conflitantes no caso concreto, tendo como parâmetro o postulado da proporcionalidade, para que não haja desrespeito aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. “Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público”. In: *Revista do Estado*, 2007. Disponível em: www.direitodoestado.com/.../RERE-11-SETEMBRO-2007-

BALTAZAR, Antônio Henrique Lindemberg. “Princípios de Interpretação Constitucional”. Disponível em: www.editoraferreira.com.br/publico/media/lindemberg_toq2.pdf

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. “A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos”. In: *Revista do Estado*, 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com/.../RERE-13-MARÇO-2007-GUSTAVO-

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. “O Conceito de Princípio: Uma Questão de Critério”. In: *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, 2010.

CARVALHO, Iuri Matos. “O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução”. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: www.direitopublico.com.br/.../supremacia_interesse_public_iuri_carvalho

LIMA, Gabriel de Araújo. “Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal”. A&C: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, abr./jun. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28095>>. Acesso em 29.mar.2010.

MARX, Karl. *A Ideologia Alemã*. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo Ed. Martin Claret, 2008.

SARMENTO, Daniel. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto177.doc