

RUPTURA DO PARADIGMA: A PROPORCIONALIDADE NO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

RUPTURE OF THE PARADIGM: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST

Mário Ângelo Oliveira¹

Leandro Araújo Garcia²

Resumo: Na busca incessante de avaliar aquela que é uma das máximas do Direito Administrativo, vale dizer, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado, este estudo tende a mostrar que este axioma não padece de justificativa angular, porquanto encanecido nos quiméricos do Direito de outra época. Continuar com esta referência valorativa implica por construir um interesse público recheado de vontades políticas para determinado grupo seletivo, afrontando a democracia. A ruptura do paradigma se torna essencial e a verdadeira vontade do indivíduo em ver concretizado o melhor interesse público corrobora para este ideal. Procura-se na balança de interesses o ponto de encontro dos valores postos em jogo, a fim de efetivá-los ao máximo, sem que haja necessidade de um abster-se ao outro. A rigor, rompe com a tradicional visão moderna e irradia num logicismo contemporâneo em que a proporcionalidade conota um dos mais valiosos precursores da Justiça e da garantia dos Direitos Fundamentais e da Democracia.

Palavras-chaves: Supremacia; Interesse Público; Interesse Privado; Proporcionalidade; Dever de Ponderação.

Abstract: In relentless pursuit of evaluating what is one of the maxims of Administrative Law, that is, the Principle of Supremacy of the Public Interest on the private interest, this study tends to show that this axiom is not suffering from angular justification, for gray hairs in chimeric Law another time. Continue with this reference implies valuing a public interest by building full of political will for a certain select group, confronting democracy. Breaking the paradigm becomes essential and true will of the individual to see realized the best public interest to corroborate this ideal. Search on the balance of interests the meeting point of the values put into play in order to actualize them to the fullest without the need to act in a refrain to each other. Strictly speaking, breaks with the traditional view and radiates a modern contemporary logicism that proportionality connotes one of the most valuable precursors of Justice and the guarantee of Fundamental Rights and Democracy.

Keyword: Supremacy; Public Interest; Private Interest; Proportionality; Duty Weighting.

¹ Advogado, pós-graduado em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: marioangelo@yahoo.com.br.

² Advogado. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela Uniderp/SP. E-mail: Araujo@zardo.adv.br.

1. Introdução

O presente trabalho enraizado no âmbito do Direito Administrativo delimita-se à análise do princípio do interesse público à luz da Constitucionalização do Direito Administrativo.

Com o objetivo geral norteador da investigação, (des)conceituar a ideia de um Direito Administrativo encanecido é a tônica deste ensaio. A incidência do Neoconstitucionalismo (pós-positivismo) é uma das maiores influências para a sujeição de que o Direito Administrativo não é mais o mesmo, mas sim que advem de inúmeras mudanças de interpretações, teorias e interesses.

Deixar-se-á, apesar de tardiamente, a politização que foi o invólucro do Direito Administrativo e postular-se-á sua constitucionalização em prol de um Direito Público Administrativo mais constitucional e, porquanto, cidadão. Face à eficácia de a norma constitucional depender de lei para vincular o administrador ter-se-á a própria Lei Maior como primeiro fundamento do agir administrativo, passando-se a Constituição Republicana como norma diretamente habilitadora da competência administrativa.

Derradeiramente o presente exame tem por relevância a indagação que ao contrário do Direito Constitucional - renovado após a Constituição Federal de 1988 - o Direito Administrativo não havia tido o mesmo interesse de renovação e que, neste ponto, mereceria relevada observação para o estudo claro e consistente afim de “caminhar para um direito administrativo constitucional” (MORAES, 1991, p.120).

Deste modo, especificadamente, analisará a conjectura de um dos maiores paradigmas do Direito Administrativo, qual seja, o princípio da supremacia do interesse público.

2. Análise conjuntural do interesse público político

Na observação do paradoxo existente na sociedade civil enquanto prospecção do interesse público frisa-se, neste instante, seu ofuscamento embasado numa erosão dinamizada pela vontade política; a qual se pode denominar “interesse público politizado”. A grande questão envolve a disparidade de conceitos de “interesse público” principalmente sopesando a discricionariedade do administrador - enlaçado por forças políticas - em escolher o público ou o privado, vale dizer, (i) o que realmente deseja o

Governo para os governados ou (ii) o que deseja o governante para seus negócios particulares.

Não seria contraditório, ainda mais nos tempos de hoje, dizer que a autoridade pública sofre um impacto de interesses políticos. Na normal modificação da sociedade e, portanto, em sua complexidade a estrutura política flui ordinariamente em desconformidade com o que espera a coletividade. A política sobressai e vem à cena com repleta afronta ao verdadeiro interesse público.

Basicamente, e aqui se toma o estudo do pensador político francês Alexis de Tocqueville, a força política, principalmente em razão do pluralismo proclama o interesse público numa dimensão anátoma à democracia estatal esperada, ou seja, mesmo estando sobre suspeitas, a efetivação do “interesse público politizado” acaba que modificando o caminhar da sociedade e constrói, em si, uma nova ordem civil, politicamente sustentada (TOCQUEVILLE, 1987, p.195).

Em princípio, a pressão política de interesses em benefício da parcela minoritária (autoridades públicas, políticas e religiosas), identifica um esquema de troca desonesta de favores, excluindo o caráter lícito, porquanto não democrático, do “interesse” visado. Em consequência e assumindo uma dimensão sistêmica, esse esquema (corrupto!) engrandece nas esferas públicas e, nesse ângulo, atinge a vontade coletiva.

De modo geral, a representação política faz parte do andamento ordenado da democracia; entretanto, a busca incensada de interesses privados através de atos estatais escuda o real interesse público e, mais uma vez, pauta no favorecimento de determinados indivíduos. Assim, agem como bloco de poder na defesa de assuntos setoriais que lhe dizem respeito e lhe trazem mais vantagens e benefícios.

Sobre um papel pernicioso o interesse público politizado corrói outros preceitos constitucionais quando não se leva em consideração o interesse privado. Não basta ser público para que o interesse seja necessário e adequado, é preciso balancear a vontade e, inescrupulosamente, analisar com coerência - acima de tudo, casuisticamente.

A elevação da supremacia do interesse público sobre o privado abre margem à política discricionária de poucos que, representando o Estado, classificam em “interesse público” tudo aquilo que tocam realizando um autoritarismo benéfico a si próprios e, em contrapartida, fazem ceder os direitos fundamentais.

Habermas (1984) aponta que interesse público corresponde ao que não é privado para a sociedade civil. Até mesmo na França o interesse público se distingue daquele dito interesse geral; o interesse público seria tudo aquilo que é comum na coletividade, sendo

tanto do Estado como da sociedade, ao passo que o interesse geral (intérêt general) é somente prerrogativa do Estado e de suas instituições (KERROUCHE apud GRAZIANO, 1997, p. 215). De modo, no ordenamento pátrio brasileiro o interesse público tem conotação semelhante à mescla do interesse público com interesse geral francês, mas abre a liberalidade do administrador oportunizar e realizar o interesse nas margens de sua discricionariedade.

Impende que isso se torna perigoso, senão contaminado, pois a discricionariedade administrativa muitas vezes está ligada a parâmetros políticos o que força o administrador agir de acordo com convicções de oportunidade e conveniência embasadas na força política. Se isso ocorre, sabe-se que o interesse público atendido foi vicioso e na maioria das vezes a própria proteção de outros interesses - quase sempre individuais - são violados, marcando um logicismo antidemocrático e insidioso.

De fato, abrindo os olhos para o elo encontrado em Rawls (2000) a questão da supremacia de determinado interesse público acaba por acarretar uma instabilidade democrática, isto porque a estabilidade é dada pelo próprio Estado, mas a partir do momento em que proporciona ao administrador certa discricionariedade para fazer prevalecer aquilo que lhe convém ser interesse público haver-se-ia de ocorrer, concomitantemente, certos sacrifícios aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Logo, Rawls trabalha com a ideia de uma teoria que limita a atuação da vida política no que tange à justiça, atribuindo um aspecto de tolerância àquilo em que ele determina tratar de valores públicos, vale dizer, o cidadão fica seguro de uma atuação estatal a partir do momento que essa discussão seja pública e livre, levando em consideração todos os valores que constitucionalmente são protegidos e resguardados (RAWLS, 2000, p.54). No momento em que a esfera estatal - através do administrador - atua afrontando o interesse fundamental sem razão para tanto, ou seja, da investidura de um interesse público sobre outro (privado) sem a análise sopesada dos axiomas envolvidos, o cidadão sempre estará em desvantagem daquela sociedade pela qual defende. Isso não seria o verdadeiro interesse público.

O real interesse público é o objetivo percebido como aqueles em que a sociedade existe em si mesma, vale dizer, sem os quais extinguir-se-ia ou entraria em desordem. Logo, para que a ordem social estabeleça é necessário que as autoridades públicas encarnem o mesmo axioma dos governados e não se deixe romper em implicações antidemocráticas e particulares.

3. Delimitando-se o melhor interesse público

Passado uma década do primeiro trabalho que repensou o ideal da supremacia do interesse público sobre o privado, a destacar Humberto Ávila, é necessário a propositura desta postura na visão do direito administrativo constitucional (ÁVILA, 1999 , p. 151/179).

O constitucionalismo se evoluiu ao ponto de fazer por merecer a melhor sistematização de todos os ramos de estudo da Ciência do Direito. O direito administrativo, por sua vez, a priori, neste trabalho, será conduzido à nova construção do princípio em comento, dando-lhe uma efetivação em respeito a toda Constituição da República de 1988.

No entendimento de Ávila, por detrás da compreensão do direito como um todo, frisa-se a importância de analisar o estudo do Direito como conjunto de normas (regras e princípios) cuja interpretação e aplicação dependem intimamente de postulados normativos (por exemplo, o dever de ponderação), critérios normativos, “topois” e valores.

O dever de proporcionalidade não é um princípio, haja vista que “estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo” (KOCH, 1982, p.244 apud ÁVILA, 1999, p. 158). Logo, segundo Ávila (1999) “o dever de proporcionalidade consiste num postulado normativo aplicativo” e mais, “o dever de proporcionalidade impõe uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas”.

Acrescente-se que diante deste novo pensar, começou-se a analisar as questões que se relacionam com a proteção substancial do indivíduo, isto é, a eficácia normativa positiva (ÁVILA, 1999, p.56).

Nessa feita, a proporcionalidade, contudo, determina a utilização de meio adequado, necessário e conforme a relação legal, isto é, ao menos deve ser proporcional ao fim instituído pela norma.

Por assim concluir, o Princípio da Supremacia não pode ser entendido como postulado normativo, devido ao grau de abstração presente nos princípios em relação à regra, vez que a vinculação é abstrata à situação concreta. Já as regras possuem consequências de fácil percepção.

Nesta esteira, “o referido princípio, porquanto determine a preferência ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto” (BINENBOJM, 2008, p. 95) não faz menção alguma ao dever de ponderação, efeito esse que incompatibiliza a aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Ademais, na percepção de Ávila o referido princípio não pode obter esta interpretação frente à nova ótica constitucional perante três conclusões, quais sejam, (i) a não previsão constitucional e a topografia constitucional raizada na garantia de direitos individuais; (ii) a não possibilidade de dissociar o interesse privado do interesse público; e (iii) pela afronta com outras cláusulas normativas dadas pelo ordenamento (ÁVILA, 1999, p.187).

Primeiramente, releva a análise da topografia da Constituição da República, pela qual, facilmente se observa as diversas garantias e direitos aos indivíduos. É nítido o adjetivo que a doutrina atribui à Constituição Federal denominando-a de Constituição Cidadã; vale dizer que o adjetivo “cidadã” se refere aos inúmeros direitos e garantias, bem como à própria valoração contextual e histórica do Preâmbulo da Constituição da República de 1988.

Cristalino, se reprisa a menção longamente depreendida quanto ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ora, a orientação da Constituição coaduna esta garantia, principalmente porque, precipuamente, se protege o cidadão, em virtude dos anos corrompidos pelos governos militares.

Desse modo, emana a veemência de proteger o indivíduo quando afrontado frente aos interesses gerais (coletivos) pautados pelo Estado. Veja: o valor despendido à dignidade da pessoa humana é tamanho que vem expressamente contido no artigo 1º da Carta Política como fundamento da República Federativa do Brasil o que “significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais” (BINENBOJM, 2008, p. 96).

Sem dúvida, a Constituição Federal, expressamente em alguns casos, nuança os direitos fundamentais com interesse gerais. Todavia, razão não há para admitir o Princípio da Supremacia do Interesse Público como implícito à Constituição Federal, haja vista a preponderância e preocupação do constituinte originário em garantir o interesse e direito individual, razão pela qual se conclui que na topografia constitucional o referido Princípio não se adentra e, logo, não pode ser considerado, como já afirmava Humberto Ávila, a postulado normativo (ÁVILA, 1999, p.178).

Por conseguinte, a problemática se encaixa no embate entre os interesses coletivos e interesses privados. Desta feita, voltando-se para análise constitucional, ambos são fins do Estado, tendo em vista a preocupação estruturada no corpo da Constituição.

Assim não há como dissociar o direito público do direito privado, no tocante aos interesses do Estado, pois ambos são fins da atividade estatal e estão inteiramente voltados ao que a Constituição proclama.

Em verdade, os interesses públicos e interesses privados caminham harmonicamente, pois estão sistematizados num ordenamento único. Ao analisar a ideia do Princípio do Interesse Público e também de um direito fundamental (como um exemplo de interesse privado) não há como retirar do debate o verdadeiro sentido e conexão que estes interesses impõem à ideia de um sistema, porquanto o complementam.

Como apoia, por exemplo, na análise de institutos que circundam o mesmo plexo normativo, ao exemplo da propriedade que do lado do interesse privado é assegurada a todo e qualquer cidadão, mas que opera efeitos no campo do interesse público ao proclamar o atendimento da função social. O mesmo vale na relação de consumo onde de um lado o interesse privado resguarda a livre iniciativa ao empresário, todavia desde que atendido aos parâmetros de interesse público preceituados no Código de Defesa do Consumidor.

Na doutrina de Ávila, o caráter indissociável entre os interesses públicos e privados decorre além das garantias e direitos individuais voltados à atenção constitucional. Note-se que como fim público, a preconização do direito privado quando colidido ao interesse coletivo é perfeitamente pautado pela ordem constitucional (ÁVILA, 1999, p. 125).

Na medida em que se protege o interesse particular - expresso constitucionalmente - estar-se-ia realizando o interesse público. Nos dizeres de Gustavo Binjenbojm “ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro” (BINENBOJM, 2008, p. 97). Essa é a lógica do ordenamento jurídico a qual a função administrativa deve ser pautada em respeito à Constituição.

O legislador constituinte, em determinados casos, protege um interesse ao outro; via de regra, protege tanto o interesse público como o interesse do particular, enfatizando em cada um suas exceções. Observe que no campo da propriedade do particular este tem total utilização sem a intervenção do Estado (interesse privado), mas excetua-se à regra quando no caso de iminente perigo público em que a autoridade poderá requisitar o uso desta (interesse público); identifica a mesma lógica no caso do sigilo das comunicações

telefônicas em que é inviolável (interesse privado), mas poderá ser rompido no caso de ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (interesse público).

Assim, em momento algum o legislador constituinte ab-roga por completo de um valor em prevalência de outro de modo arbitrário ou mesmo colocando a bel prazer do administrador. Toda análise é criteriosa e com bases no caso concreto. O máximo que se pode extrair da balança do legislador é que às vezes o interesse privado sobressai, outras o interesse público, de modo que não se afirma em momento algum a supremacia desse sobre aquele.

Derradeiramente volta-se à ruptura do Princípio da Supremacia do Interesse Público face aos preceitos individuais preconizados pela Constituição, vez que a caracterização do referido Princípio como norma-princípio acarretaria na incompatibilidade deste com aqueles, devido ao grau de proporcionalidade que poderia ser aplicado, mas que utilizando da ótica tradicional não atacaria.

A proporcionalidade (dever de ponderação) é a medida correta para atingir a realização máxima da Constituição quando em colisão os interesses nela garantidos. Desse modo, como postulado que é, a proporcionalidade - também vista como um Princípio -objetiva moldar os interesses contrapostos sem excluir totalmente um, em detrimento da efetivação do outro.

Conclui-se, partindo deste pressuposto, que não há como invocar do ordenamento jurídico um Princípio maior, e porque não dizer, fundamental, que sempre prevalecerá o interesse público, sem, ao menos, fazer a análise do caso concreto discutido. Se assim ocorresse, afastar-se-ia por completo os interesses individuais incluídos no próprio fim do Estado; por assim dizer, a decisão administrativa deve estar sempre motivada e fundamentada. Aliás, busca-se uma predominância de interesses e não uma supremacia.

Valendo-se da supremacia do interesse público como primazia frente a todos “choques” de interesses, o Princípio da Proporcionalidade não teria cabimento e fundamento de existência, nem mesmo a adequação e a necessidade proposta por este princípio moderador.

A lei infraconstitucional autorizada a restringir interesse privado, em algumas situações - como, por exemplo, para regulamentar os casos de “quebra de sigilo”-, em favor do interesse público deve observância total à proporcionalidade, pois assim preservaria o núcleo essencial da Constituição; imbuída a prevalecência, a depender do

caso concreto, do interesse público ao privado, mas não de maneira absoluta, vez que não nega, por completo, o interesse do particular.

Entretanto, a problemática maior irradia quando os interesses em colisão não estão expressamente contidos na Constituição da República, vale dizer, nos casos em que interesses divergentes (de um lado público e de outro privado) não foram previstos pelo legislador constituinte. Aqui, baila uma situação de eventualidade, onde a depender do caso concreto um interesse irá prevalecer, mas sem negar o outro, todavia otimizando e dando sentido axiológico ao sistema jurídico.

Imagine o exemplo de conflito entre a propriedade particular e a desapropriação. Suponha que esta propriedade seja o bem de família do indivíduo, mas o Poder Público pretende desapropriá-lo em virtude de interesse público. Ora, de um mesmo lado cabe ao Estado a proteção à propriedade e, acima de tudo, à família, bem como o poder expropriatório. Diante dessa problemática, o que caberia ao Estado fazer? Pois bem, aqui releva a análise do juízo de ponderação em que o administrador observará outros imóveis que não estejam sob a tutela do bem de família. Todavia, se mesmo assim resolva proceder com a desapropriação, é condizente que o particular afetado acione o Poder Judiciário cujo estará incumbido a remanejar o juízo de ponderação efetuado pelo administrador e invalidar o decreto desapropriatório (BINENBOJM, 2008, p.111); estaria, portanto, efetivado o melhor interesse público, isto é, o fim legítimo que orienta a atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2005b, p.45).

Fica evidente, a necessidade da análise do caso concreto pelo aplicador e intérprete da norma quando colidirem interesses diversos. É assim o pensamento de alguns autores adeptos do constitucionalismo moderno, voltado à base constitucional como alicerce dos ramos do ordenamento jurídico.

Vale salientar que Luis Roberto Barroso invocando a distinção de interesse público primário e interesse público secundário, adota um posicionamento intermediário ao até aqui exposto. Para Barroso, a supremacia do interesse público é um princípio fraco, ou seja, o interesse público secundário não fruiria da supremacia em face do interesse particular. Assim, quando em conflito, ao intérprete caberia o juízo de ponderação. Contudo, quando se tratar de interesse público primário, ai sim, valer-se-ia de supremacia a priori sobre o interesse particular, fundamento pelo qual o autor adjetiva este interesse público primário como parâmetro de ponderação (BARROSO, 2005, p.210).

Dessa maneira, na medida em que o interesse público e o particular, no Estado Democrático, são distintos, nas palavras de Juarez Freitas o dito “interesse público exige a

simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais” (FREITAS, 2004, p.34-35).

Com efeito, a balança do interesse que irá prevalecer mais que o outro quando ocorrer dado conflito de interesses deverá ser medida através da interpretação do administrador, valendo-se este do sistema de ponderação que a Constituição estabelece, devendo imprimir seu valor axiológico e ponderativo, auxiliado pela proporcionalidade. Não obstante, resguarda-se ao Poder Judiciário o ato de fiscalização da atividade administrativa na tentativa de coibir qualquer arbítrio do administrador.

Depreende-se que a Constituição ou a legislação infraconstitucional buscam um total esgotamento dos possíveis juízos de ponderação a serem utilizados na aferição entre os interesses públicos e privados postos em discussão. Entretanto, se mesmo assim ainda houver conflito “caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização” (MEDAUAR, 1998, p.41).

Tal abordagem, implica, objetivando a segurança jurídica, na utilização da proporcionalidade por parte da Administração com intuito de formar decisões administrativas flexíveis, as quais, a depender do caso concreto, enquadrariam de maneira exata, evitando variadas concepções administrativas que poderiam surgir na aplicação de cada caso concreto.

A busca, neste linear, seria do melhor interesse público, utilizando-se da técnica de ponderação, alvitrada no postulado de proporcionalidade. Por este motivo, tem entendido e julgado a Suprema Corte, reiteradas vezes³, em que se destaca no Recurso Extraordinário do Agravo Regimental 365.368 que o ato normativo municipal seria inconstitucional, porquanto ofendendo o Princípio da Proporcionalidade, quando não resguardasse correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo de determinado município.⁴

Portanto, a atuação administrativa não tem como fulcro o desequilíbrio entre o Poder Público com os particulares. A isto porque o interesse público tem como parcela de proteção os direitos individuais; e mais, os direitos individuais são metas sociais a serem atingidas pela sociedade o que não condiz com uma supremacia de interesse público sobre o particular, mas a uma harmonização do público com o privado.

³ Cf. RE 134297/SP; IF 2.257-6/SP; RE 266994; ADI 4103.

⁴ RE-AgR 365368, Min. Rel. Ricardo Lewandowski Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento:22.05.2007, Publicação no DJ: 28/06/2007.

Ainda, em que pese essa harmonização, se pensar que a Administração Pública possui tratamento diferenciado frente a relação com os particulares, é necessário que a desequiparação tenha sopesado o sacrifício aplicado à igualdade pela relevância da utilidade pública. O sopesamento faz com que o administrador demonstre “se o grau de promoção do fim perseguido justifica o grau de restrição imposto a outros princípios ou direitos fundamentais” (BINENBOJM, 2008, p.122).

Como exemplo, a liberdade de iniciativa constitucionalmente garantida ao particular, e sem restrições ou exceções, deve pautar correlação com o interesse público - direito difuso - ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Deste modo, a empresa poderá ter suas instalações em funcionamento, desde que respeite os parâmetros exigidos de poluição ambiental. Contudo, se a empresa começa a emitir gases que agridem e ultrapassam o grau estabelecido, a empresa não deveria ser interdita pelo Poder Público; antes, dever-se-ia analisar os fatos que levaram à poluição descontrolada. Ademais, uma vez sendo detectada a causa da poluição, não seria cabível, a princípio, a troca de todos os instrumentos da empresa, o que causaria prejuízos ao empresário; o caso seria de instalação de filtros nas chaminés da fábrica, pois medida suficiente, neste caso, para diminuir e voltar aos padrões aceitáveis de poluição (BINENBOJM, 2008, p.121-122). Vê-se, com esse exemplo, que o interesse público promove o interesse privado, porquanto harmônicos entre si, o que demonstra a inexistência de supremacia de um ao outro.

Assim, não podemos aceitar que a supremacia de interesses públicos, bem como da própria Constituição seja simplesmente mero elemento do discurso político. Acima de tudo, a Constituição deve alicerçar a atividade administrativa, de maneira a constituir seu núcleo real. De tal maneira, seria a vez de expurgar o tradicionalismo que inviabiliza os mecanismos de controle da atividade administrativa e os soluciona de modo arbitrário e obscuro, sempre embasando na abertura constitucional da discricionariedade administrativa, da sua conveniência e oportunidade e, em específico, pautando na efetivação do interesse público (JUSTEN FILHO, 2005a, p.14).

Não se pede, com isso, que sejam abolidas as expressões e usos das prerrogativas que a Administração Pública possui, mas que definitivamente a relevância delas tenha um bloco de parâmetro na Constituição, porquanto na Dignidade da Pessoa Humana, nos Direitos Fundamentais e na Democracia.

Neste sentido, a ponderação torna-se a grandeza dos princípios e interesses consagrados pela Constituição, pelas leis, no Judiciário e na relação privada entre os

particulares. Cuida-se da concepção de Estado de Ponderação (LEISNE apud TORRES, 2002, p.425-426), a qual tem como escopo a constitucionalização do conceito e aplicação da função administrativa - interesse público - fazendo valer a máxima efetivação dos interesses constitucionais (força normativa da Constituição). É análise qualitativa e axiológica dos bens jurídicos em conflito, e não meramente uma análise quantitativa como banalmente vem sendo feita.

4. Conclusão

A ruptura do paradigma - objeto desta investigação - galga-se na propensão do Direito Administrativo à visão constitucional fortificada e de maestria respeitabilidade.

O dever de respeito à Constituição - do simples cidadão, passando ao Judiciário, à Administração Pública, bem como do próprio Estado como ente político - é a primazia que o Estado Democrático de Direito ferrenhamente despende todas as forças e arrosta as dificuldades que surgem, para garantir aquilo que a sociedade aspira.

Dessa forma, a Constituição vem para governar permanentemente aqueles quem governam transitoriamente e, posto fato, é capaz de uma força normativa grandiosa pela qual devemos respeito. Assim, os valores fundamentais do ordenamento jurídico pátrio não devem ser esquecidos, quiçá desrespeitados. Daí valer-se da extensa dimensão do interesse público que permeia os direitos fundamentais constitucionalizados, alicerçados com o máximo espeque na dignidade da pessoa humana.

Absorve-se o ensinamento que aduz ao melhor interesse público, obtido do amálgama de interesse coletivo e interesse privado com viés de ponderação, resultando, porquanto, a máxima realização de todos eles. A ponderação, por sua vez, aplica-se através do postulado da proporcionalidade.

A rigor, a tese da existência do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado não se sustenta, pois verificada tal ideia somente em determinadas situações condicionadas aos limites legais e, via de regra, de maneira relativa, ou seja, o interesse público não prevalece como absoluto, mas resguardando parcela do interesse privado.

Confirma-se que a interpretação utilizada para este “princípio” não pode ser levada a cargo como vem sendo utilizada na doutrina tradicional e na jurisprudência, pois não se trata de um princípio geral de Direito Administrativo o que destoaria, se assim continuar entendido, do regime constitucional e dos direitos fundamentais garantidos.

Resta afirmar que o problema decorre do contexto que o interesse público - conceito indefinido por excelência - vem sendo discutido, vez que está sendo elevado juridicamente face aos demais interesses. Entretanto, da harmonia e sistematização que convive o ordenamento jurídico, isto se torna incoerente e inapropriado, devendo os interesses se coagirem, porque a realização de um satisfaz o outro.

Logo, é fácil concluirmos que no conflito de interesses (público versus privado) o juízo de ponderação excluirá a possibilidade de despojar o interesse privado em prol do público (Princípio da Supremacia do Interesse Público), mas, a partir do caso concreto, moderar (acomodar) ambos, buscando a solução ótima, isto é, o respeito aos preceitos constitucionais e a máxima efetivação de sua normatividade.

Seria, de fato, a capacidade de constitucionalizar o conceito de interesse público, sobretudo fazendo com que qualquer grau de predominância seja considerado conforme o sistema constitucional, porquanto a Constituição vigora como alicerce da atividade administrativa.

Ora, o legislador, a Administração e o Judiciário encontram, a cada dia, casos concretos de tamanha complexidade - o ordenamento é um sistema complexo - que a Constituição não materializa ou mesmo já pondera qual deva ser a realização, ao passo que se faz necessária à aplicação do juízo de ponderação, valendo-se da proporcionalidade para que os interesses conflitantes não sofram qualquer tipo de desrespeito e, por derradeiro, desrespeite a Constituição.

Nessa situação, o administrador não é livre para decidir por outros caminhos a seu bel prazer; caso em que incorreria na primeira análise deste trabalho e refutada pelo melhor interesse público. Aqui, o administrador realiza o interesse legítimo e, se deparado com conflito de interesses (público e privado) deve, à luz da análise casual, buscar a solução que mais realize cada um dos interesses postos em discussão.

Compreende-se, contudo, que se a Constituição da República mais a lei infraconstitucional não exaurirem os graus de ponderação entre os interesses postos em conflito, ao administrador cumpre a tarefa de adotar a ponderação dos interesses e do caso concreto envolvido, na busca incessante da máxima realização de ambos. A ideia primordial é a de que um interesse não é supremo ao outro, mas a depender do caso concreto poderá prevalecer.

Com efeito, não se pode atribuir no ordenamento jurídico um valor principiológico preestabelecido a dar uma solução geral em prol do interesse público, sem ao menos, verificar os atores envolvidos e as peculiaridades do caso concreto. Isto contradiz com a

ideia da ponderação na busca do melhor interesse público, haja vista que fecharia os olhos para o interesse privado de imediato.

Por certo, é notável que a visão preestabelecida de preponderância do interesse público não enfatiza a justiça do caso concreto, ademais, seria admitir uma prerrogativa administrativa abstrata e insegura ao particular. É correto que o ato administrativo goze de determinados requisitos que o torne imponente ao ato jurídico do particular - presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade -, entretanto, que tais requisitos sejam sopesados na análise do caso concreto de modo a garantir os direitos conquistados pelos governados, neste contexto histórico do Estado que lhe até pouco tempo os tratavam como meros subordinados.

A exigibilidade do princípio da proporcionalidade - a par da melhor doutrina - em regra perfaz a solução do conflito principiológico que venha a surgir que, ao contrário da revogação ou aplicação hermenêutica tradicional das regras, deve seu resultado eficaz à ponderação de cada princípio adequando-se a maior realização possível de todos.

Ao contrário de uma regra geral de supremacia absoluta, frise-se, o estudo da atividade administrativa deve pautar do dever de ponderação, sobremaneira garantindo a efetivação máxima dos interesses em conflito e edificando, com esta lógica, a decisão administrativa.

Contudo, refutaria em absurdo a afirmação da Administração Pública dispor de um poder supremo - dito implícito na Constituição - para conseguir condicionar, impor limites e interferir nos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à rigorosa regra de supremacia do interesse público, pois tese esta que retrocederia ao absolutismo, portanto incompatível com a evolução do Estado de Direito.

Por todo o exposto, denota-se que a investigação se conclui na atenção do regime jurídico administrativo (interesse público e indisponibilidade deste) à luz da Constituição (Direito Administrativo Constitucional) e suas decorrentes tendências e perspectivas.

Em suma, a complexidade da vida atual sopesa na pretensão de buscar realizar o interesse público (aquele coletivo - interesse geral) e otimizar o interesse privado sendo que, uma vez contrapostos, granjear pela mais justa ponderação, na defesa da efetivação e normatividade do ordenamento jurídico brasileiro e, precipuamente, no respeito à Constituição Federal da República do Brasil.

Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

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

FREITAS, Juarez. *O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAZIANO, L. Lobbying pluralismo democracia. Trad. Vera Pereira, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 35, 1997.

HABERMAS, J. *Mudança estrutural da esfera pública - investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, ano 2, n. 6, 2005a.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005b.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucionalizado. In: *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, 1991.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A democracia na américa*. 3. ed. São Paulo: Itália, 1987.

TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.