

Ainda a Supremacia do Interesse Público

Gustavo Binenbojm

Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, advogado e parecerista.

RESUMO: Este artigo discute o dito princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, colocando em xeque a sua existência. Há situações em que posições jurídicas individuais prevalecem sobre aspirações coletivas, bem como outras em que o balanceamento dos interesses leva a soluções compromissórias.

ABSTRACT: This article discusses the so-called principle of public interest supremacy, putting its own existence at stake. There are situations in which individual rights prevail over collective aspirations, and others in which a balancing of interests results in compromise solutions.

PALAVRAS-CHAVE: supremacia; interesse público; ponderação.

KEY-WORDS: supremacy; public interest; balancing.

I. NOTA PRÉVIA

A minha geração deve muito a Luís Roberto Barroso. Como professor, por ter sido modelo e inspiração para nós que viemos depois. Como jurista, por ter desbravado os caminhos de um Direito público democrático, ainda em vias de se consolidar entre nós. Como advogado, por ter colocado o Direito a serviço das causas da liberdade e da igualdade. Como ministro do STF, pela busca sincera e constante da justiça nas linhas e entrelinhas da Constituição.

II. AINDA A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O Direito Administrativo é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a *sujeição geral* destes àquele, são tributárias de concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica por força da tradição, de preferências ideológicas e – desconfio até – por certa preguiça mental.

A tensão entre soberania popular (autonomia pública) e direitos individuais (autonomia privada) é resolvida pela filosofia política de duas formas distintas: de um lado, correntes derivadas do *republicanismo* e do *comunitarismo* dão primazia à autonomia pública e ao processo de deliberação coletiva para a definição do conteúdo dos direitos; de outro lado, correntes do *liberalismo* conferem precedência à autonomia privada e ao reconhecimento de direitos anteriores à etapa da deliberação democrática. O problema da primeira linha de pensamento é o risco da instrumentalização e do esvaziamento dos direitos individuais pela onipotência da coletividade; o da segunda é o apelo a concepções morais metafísicas ou solipsistas para legitimar direitos individuais pré-políticos.

A bem dizer, democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isso significa que existe uma *equiprimordialidade* entre as autonomias pública e privada, eis que elas guardam entre si uma relação de mútua pressuposição. Em outras palavras, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confirmam autonomia; mas os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. Democracia e direitos fundamentais estão, portanto, *coimplicados*, na medida em que se relacionam de maneira dinâmica e maleável, exibindo conteúdos que se constituem reciprocamente.

As funções da Administração Pública são habilitadas e delimitadas, a um só tempo, pela necessidade de *estruturação interna* do sistema de direitos fundamentais – cuja consistência como sistema exige restrições que os limitem e os viabilizem, simultaneamente – e de *conformação* desses direitos à luz de *objetivos coletivos*, sob a forma da deliberação democrática. Não há,

portanto, em termos apriorísticos, nem *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre direitos individuais e metas coletivas, que fazem das funções administrativas um variado instrumental a serviço da realização *coordenada* da democracia e dos direitos fundamentais.

A invocação da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares* constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana. Com efeito, há três razões básicas que evidenciam a visceral incompatibilidade da noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático:

(i) a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, particularmente, da dignidade da pessoa humana;

(ii) a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda quando admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional;

(iii) a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais como a persecução de objetivos transindividuais, que, de resto, se encontram invariavelmente conjugados ou imbricados. Portanto, não há sentido útil em aludir-se abstratamente à supremacia do interesse coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado.

Cumprido examinar exemplos práticos que submetam as três razões acima a um teste de validade argumentativa.

Quanto ao item (i), é possível figurar um exemplo extraído da temática das desapropriações, cujo fundamento é associado, invariavelmente, à ideia de supremacia do interesse coletivo sobre os interesses individuais. A Constituição da República estabelece, no art. 184, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. Logo no art. 185, todavia, o constituinte declara *insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária*: (I) a pequena

e a média propriedade, assim definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e (II) a propriedade produtiva, a que a lei garantirá tratamento especial.

O Texto Constitucional, a um só tempo, permite a desapropriação como instrumento de promoção da reforma agrária, mas erige requisitos procedimentais e materiais para a sua implementação, numa espécie de *pré-ponderação* feita pelo próprio constituinte. O art. 185 institui regras dotadas de *eficácia bloqueadora* do poder expropriatório do Estado: no caso da pequena e da média propriedade, quando se constituírem em imóvel único do proprietário, assim como no caso da propriedade produtiva, a Constituição determina que os direitos individuais prevaleçam sobre eventuais interesses coletivos. O problema de um código dogmático dicotômico como a supremacia do interesse público é a perplexidade gerada por situações em que posições jurídicas individuais são protegidas em seu conteúdo mínimo ou essencial, inviabilizando qualquer limitação ou restrição em favor de interesses coletivos. É claro que os defensores da supremacia dirão que o princípio comporta exceções, que seu conteúdo deve ser ponderado com direitos individuais etc. Mas algum estudante de espírito livre poderia também sustentar, nessas situações, a existência de um princípio da supremacia dos interesses individuais sobre os coletivos, também sujeito a exceções ou a ponderações em cada caso. Afinal, diria o estudante, a regra geral da Constituição é a proteção ao direito de propriedade, sendo excepcional a possibilidade de sua supressão pelo Poder Público, nos casos e sob as condições previstas em lei.

Por evidente, há casos e situações em que o papel do Poder Público será o de proteger e até promover direitos individuais, sobretudo quando estes forem dotados de um elevado coeficiente de interesse público. Aliás, o parágrafo único do art. 185 da Constituição dá um bom exemplo, ao determinar ao legislador que confira tratamento especial à *propriedade produtiva*. Ou seja, protegê-la, jurídica e materialmente, e até mesmo promovê-la, por meio de políticas públicas setoriais, linhas de crédito, infraestrutura adequada, acesso a novas tecnologias que tornem o agronegócio no país mais eficiente, por exemplo. As *externalidades positivas* decorrentes do aumento da produtividade rural, como a geração de emprego e renda em toda a cadeia produtiva, justificam a atuação estatal. Esse é também um exemplo importante para ilustrar o item (iii). Com efeito, há uma lista extensa de direitos individuais

cuja proteção e promoção incumbem também ao Estado, dada a sua evidente imbricação com o interesse de toda a coletividade. Assim se dá, por exemplo, com a liberdade de expressão, de pensamento, criação intelectual e artística, de locomoção e de exercício profissional. A ação protetiva e promocional do Estado se dá em favor de cada um e de todos, a um só tempo.

No que se refere ao item (ii), há um variado cardápio de exemplos em que a solução do conflito entre o indivíduo e a sociedade envolve juízos de ponderação que ora pendem para um lado, ora para outro. No campo dos contratos administrativos, é conhecida a cláusula exorbitante que relativiza a possibilidade de utilização da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido) pelo particular contra o Estado. O art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/1993 assegura ao contratado, em caso de atraso nos pagamentos superior a 90 dias, o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Isto é, há um prazo de tolerância para a mora administrativa de três meses, dentro do qual fica interdita a possibilidade da paralisação das atividades pelo particular. Vencido tal prazo, abre o legislador ao contratado a alternativa entre postular a rescisão contratual ou lançar mão da exceção do contrato não cumprido.

A aplicação da lógica dicotômica nos levaria a reconhecer uma suposta supremacia do interesse público até o 90º dia de atraso no pagamento, e uma suposta supremacia do interesse particular a partir do 91º dia de mora. Isso, evidentemente, não faz nenhum sentido. O legislador fez apenas um balanceamento dos interesses em jogo: limitou o exercício da *exceptio* por um prazo que entendeu razoável (pensando certamente na importância da continuidade das atividades administrativas para os cidadãos), mas liberou o particular para exercê-la vencido tal prazo, pois nenhuma empresa seria capaz de cumprir suas obrigações se estivesse condenada a ter de suportar o inadimplemento de seus contratantes por longo prazo.

O problema é a forma de enxergar a questão e a insistência com a pergunta do tipo *tudo ou nada*: afinal, de quem é a supremacia, do público ou do privado, da sociedade ou do indivíduo? Afinal o copo está meio cheio ou meio vazio? O erro está na pergunta. E não há resposta certa para a pergunta errada.