



Interesse público constitucional, harmonização de direitos fundamentais e transformação da sociedade

Jandeson da Costa Barbosa

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UniCeub. Especialista em Direito Público pela Unifacs. Servidor do Tribunal de Contas da União. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica do Direito Administrativo e Políticas Públicas, do UniCeub. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável, do UniCeub.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo desenvolver um conceito de interesse público que seja compatível com o atual sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais e que possa ser utilizado pelo aplicador do direito no caso concreto, seja ele administrativo, legislativo ou judicial. A partir de uma revisão bibliográfica da doutrina administrativista brasileira, foram encontrados argumentos em defesa e contrários ao conceito de supremacia do interesse público sobre o particular. A divergência persiste quanto à uma suposta prevalência, em tese e apriorística, de direitos individuais em face de interesses coletivos e transindividuais. O trabalho apresenta como alternativa aos dois modelos um conceito de interesse público que procura harmonizar os direitos individuais, coletivos e transindividuais, levando em consideração a realidade fática-social de determinada sociedade, bem como as peculiaridades do caso concreto.

Palavras-chave: interesse público, direitos fundamentais, supremacia.

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca do conceito de interesse público e da sobrevivência de um postulado ou “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular é cercada atualmente de grande controvérsia. E longe de ser uma questão meramente teórica, esse debate é relevante porque o interesse público é utilizado como justificativa jurídica-axiológica para a tomada de decisões diametralmente oposto, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial.

Em uma revisão bibliográfica dos principais autores administrativistas brasileiros sobre o tema, é possível perceber que estes se alinham, mais ou menos, a duas correntes de



pensamento que nominamos de “escola clássica” e “escola individualista” do interesse público.

Ambas as escolas discutem o conceito de interesse público. Mas o âmago da discussão consiste em afirmar a sobrevivência ou não de um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular no atual sistema constitucional voltado à proteção dos direitos fundamentais. Enquanto alguns defendem que o sistema constitucional define uma prevalência *prima facie* dos interesses coletivos e da Administração Pública quando colidentes com interesses particulares, outros apontam que a Constituição coloca os direitos individuais numa posição aprioristicamente superior ao interesse coletivo-estatal, em razão da doutrina dos direitos fundamentais.

É importante salientar que, por opção do recorte metodológico imposto pelos limites físicos desse artigo, o trabalho se atém à discursão da doutrina pátria especificamente acerca da compatibilidade de um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular, deixando o aprofundamento deontológico de interesse público para trabalho de maior fôlego.

Após a constatação de inconsistências e acertos de uma e outra escola, procura-se analisar a temática sob a luz dos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade, como parâmetros de ponderação entre os diversos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. O trabalho também busca desenvolver um conceito de interesse público que leve em consideração a realidade social e as peculiaridades do caso concreto a fim de que o intérprete possa axiologicamente aplicar o conceito de modo que haja uma equalização material dos direitos fundamentais para contribuir com a transformação da sociedade no caminho enunciado pelos valores constitucionais.

2. ESCOLA CLÁSSICA E ESCOLA INDIVIDUALISTA DO INTERESSE PÚBLICO: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA DA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA BRASILEIRA

A temática do interesse público é cercada atualmente de importante controvérsia doutrinária. Um dos aspectos mais debatidos sobre o assunto é se existe, no atual sistema constitucional voltado à proteção dos direitos fundamentais, espaço para se sustentar uma “supremacia do interesse público”, ou se, ao contrário, o interesse público será atendido justamente pela proteção dos direitos individuais em contraposição à atuação estatal.

Por muito tempo, a prevalência de um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular pareceu ser um tema praticamente pacífico na doutrina brasileira, sobretudo na administrativista. Esses autores, que aqui nomearemos como componentes de uma “escola clássica do interesse público”, ainda compõem doutrina importante, senão majoritária, da doutrina administrativista brasileira¹.

1 A fim de colher os mais relevantes trechos da doutrina pátria, especialmente em relação à escola clássica, foram consultadas de referências de artigo de Arnaldo Godoy, a partir do qual consultamos as obras originais. Recomendamos a leitura do artigo: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro. Revista da AGU, nº 28, p. 7-28.



Um dos representantes dessa “escola clássica”, MEIRELLES (2016, p. 113) assim atestava: “A primazia do interesse público sobre o privado inerente à atuação estatal e domina-a, na medida que a existência do Estado se justifica pela busca do interesse geral”. GASPARINI (2012, p. 74) também sustenta que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado. Segundo o autor “nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de uma ou de outro grupo possa vingar sobre o interesse de todos”.

CARVALHO FILHO (2015, p. 34) defende um “primado do interesse público”, explicando que “Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo conflito, há de prevalecer o interesse público”. Continua o autor afirmando que o indivíduo deve ser considerado um membro da sociedade, não podendo, em regra, ter um direito seu equiparado aos direitos sociais.

Na mesma linha, TOURINHO (2013, p. 136) afirma que “pelo princípio da supremacia do interesse público, havendo colisão de interesses, deve prevalecer a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente considerada”. MELLO (2013, p. 99) eleva a supremacia do interesse público sobre o particular ao patamar de condição de existência da sociedade. Vejamos:

“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. Assim, não radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social”.

Ocorre que o que deveria servir para garantir o bem da coletividade, por vezes, é utilizado como justificativa para decisões arbitrárias, é o que sustenta MEDAUAR (2018, p. 170-171). JUSTEN FILHO (2008, p. 53) também aponta a utilização perversa do princípio do interesse público: “Sob o enfoque prático, a história brasileira evidencia que a supremacia e indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática”. DEZAN (2007) tece importantes críticas à utilização do “interesse público” para restringir “com a maior naturalidade” direitos fundamentais dos servidores públicos nos processos administrativos disciplinares, defendendo que o interesse público deve ser harmonizado com a garantia da proteção dos direitos fundamentais.

SARMENTO (2005, p. 101) sustenta que um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular “é francamente incompatível com o nosso sistema constitucional, por fragilizar em demasia os direitos fundamentais”. E é sob esse argumento que se entrincheiram as mais aguçadas críticas à escola clássica. Desse modo sustenta também BINENBOJM (2014, p. 98), tecendo forte crítica ao referido postulado:



“Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. [...]”

Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair “princípio da supremacia do interesse público” da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio significaria sucumbir à inconsistência sistêmica que representa afrontar a constante busca pela unidade constitucional” (BINENBOJM, 2014, p. 98).

Da leitura dos fragmentos acima é possível concluir que, em oposição à escola clássica do interesse público, uma parte desses autores se filia a uma corrente que prega justamente o contrário, que a Constituição privilegia os direitos individuais, em regra, em face de um interesse coletivo, do interesse público. Mesmo quando a maioria desses autores se refere a direitos fundamentais indistintamente, nos parece que estão tratando especificamente de direitos individuais². Por essa razão, chamaremos os adeptos dessa corrente de “escola individualista”.

Apesar de defenderem uma ponderação entre os interesses colidentes, muitos sustentam a precedência *prima facie* dos direitos individuais quando colidente com o interesse público. É o que afirma categoricamente SARMENTO (2005, p. 103-104):

“E mais, por todas as razões acima aventadas, entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “precedência *prima facie*” dos primeiros. Esta precedência implica em uma atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepuja-los”.

Há autores que, embora ligados à escola clássica, reconhecem resquícios de autoritarismo no postulado da supremacia do interesse público. É o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Contudo, a autora sustenta que, com a ascensão do Estado Social, do Estado-prestador, consagrou-se uma nova feição do princípio da supremacia do interesse público, que limita os direitos individuais em benefício de um bem-estar coletivo (DI PIETRO, 2010, p. 92-94).

Outro argumento utilizado pela escola individualista é o de que “a noção de um princípio jurídico que preconize a prevalência a priori de interesses da coletividade sobre os interesses

2 É possível depreender esse raciocínio por exemplo, do seguinte trecho: “Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promove-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público” (SARMENTO, 2005, p. 83).



individuais revela-se absolutamente incompatível com a ideia da Constituição como sistema aberto de princípios” (BINENBOJM, 2014, p. 98). Em que pese tal argumento merecer ser analisado mais detidamente em obra de maior fôlego, não parece haver incompatibilidade do sistema aberto de princípios com a prevalência a priori de determinado princípio, como ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana no sistema germânico (Cf. ENDERS, 2010), ou com a liberdade de expressão no sistema americano.

Não se está a afirmar, ao menos não ainda, que seja justificada tal sobreposição apriorística do interesse público, o que se sustenta é que o argumento não parece ter força, per si, de sobrepujar a supremacia do interesse público. E tal argumento merece também outro apontamento: ele obstaculiza justamente a tese já exposta da escola individualista da prevalência a priori dos direitos individuais sobre o interesse público (SARMENTO, 2005, p. 103-104).

Outra alegação contrária à supremacia do interesse público é de que se trata de um conceito muito vago, que pode ser utilizado para justificar qualquer ação do Estado (BINENBOJM, 2014, p. 104). A escola clássica procura refutar esse argumento sustentando que é próprio do sistema aberto de princípios a certa generalidade de conceitos. Em outras palavras, “Se a indeterminação do conceito de interesse público fosse empecilho para sua aplicação, o mesmo ocorreria com inúmeros outros princípios constitucionais, como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros” (DI PIETRO, 2010, p. 98).

Sobre a indeterminação do conceito de interesse público, ambas as escolas têm pontos que merecem ser considerados. De fato, o conceito de interesse público, como costuma ser utilizado, por vezes se traduz em verniz de legitimidade para ações arbitrárias de interesse de quem detém o poder de decisão, desfazendo-se assim esses agentes de qualquer ônus argumentativo. Mas é certo que a sua utilização sem critério, ou a ausência de uma teoria que delimite melhor sua aplicação não é justificativa para a sobreposição, apenas por esses motivos, de interesses particulares acima da coletividade. Esse ponto será abordado mais detidamente esse ponto no último tópico do presente artigo.

Outro argumento defendido pela escola individualista é que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular elimina qualquer possibilidade de sopesamento entre os direitos em colisão (SARMENTO, 2005, p. 100). Em oposição, a escola clássica aponta que “A exigência de razoabilidade – que está sendo apontada por alguns pretensos inovadores – está presente desde longa data na aplicação do princípio da supremacia do interesse público” (DI PIETRO, 2010, p. 100).

De fato, assiste razão a BINENBOJM (2014, p. 33) ao afirmar que o modelo de ponderação não harmoniza bem com uma teoria que defende a “supremacia abstrata e a priori” do público sobre o privado. Mas é forçoso novamente reconhecer que esse argumento vulnera também a suposta supremacia apriorística de direitos individuais sobre direitos coletivos. E o problema não parece residir unicamente na adoção apriorística de um ou outro modelo, mas da ausência da construção de teoria mais complexa que justifique a adoção de determinado modelo, e na indicação das situações em que se aplicaria tal teoria.



Por sua vez, a escola clássica aponta que os questionamentos empregados contra a supremacia do interesse público, que pretendem sobrepor interesses privados aos interesses da coletividade, são na verdade uma tentativa de retrocesso ao liberalismo, quando o Estado não se preocupava com direitos sociais e “a liberdade de uns acabou por gerar a opressão de outros” (DI PIETRO, 2010, p. 101). Assim sustenta, de modo bastante enfático, DI PIETRO (2010, p. 101):

“A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta aos ideais de fins do século XVIII. As consequências funestas do liberalismo recomendam cautela na adoção dessas ideias, até porque se opõem aos ideais maiores que constam do preâmbulo e do título inicial da Constituição, para valorizarem excessivamente determinados princípios do capítulo da ordem econômica, privilegiando a liberdade de iniciativa e competição”.

É possível concluir, em síntese, que o termo “interesse público” tem um conceito extremamente fluido e amplo (ENTERRÍA, 1996, p. 69-73), abarcando desde uma acepção que possibilita aos detentores do poder estatal justificar qualquer tipo de decisão até a acepção que submete as condutas do Estado-Administração a interesse privados. Logicamente, essas conclusões são possíveis a partir do desvirtuamento (quase inevitável) das proposições originais.

3. A NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO SOB OS POSTULADOS DA LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE

Neste trabalho será a classificação das dimensões dos direitos fundamentais a partir dos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade, inspirados no famoso lema da Revolução Francesa. Nessa classificação estão incluídos no postulado da “liberdade” os direitos individuais, ou liberdades públicas, as chamadas garantias negativas de inspiração liberal que comumente são considerados direitos de primeira geração (COMPARATO, 2003, p. 51). Também estão abarcados nesse postulado os direitos políticos e de participação dos indivíduos na tomada de decisão estatal (MENDES, 2014, p. 137). Rousseau já defendia essa acepção de “liberdade”, a qual chamava de “liberdade dos antigos” (ROUSSEAU).

O postulado da igualdade englobará os direitos sociais, considerados direitos de segunda dimensão³. São direitos diretamente ligados à dignidade da pessoa humana⁴, que veiculam

3 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 9 ed, 2014, p. 137.

4 Não que os outros postulados de direitos fundamentais não estejam atrelados à dignidade da pessoa humana, mas os direitos sociais, aqui representados pelo postulado da igualdade, tem com ela ligação umbilical. Sobre o assunto, ler: CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003, p. 385-386.



a pretensão de que cada homem tenha condições materiais e existenciais razoáveis que garantam oportunidades de autodesenvolvimento. Nas palavras de ALEXY (2011, p. 499):

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.

Estão condensados no postulado da fraternidade todos os direitos coletivos *latu sensu*, englobando tanto aqueles que podem ser exercidos por um grupo determinado de pessoas, quanto aqueles que são transindividuais ou dizem respeito a toda a humanidade. Nesse grupo estão o direito ao meio ambiente, à paz, à segurança genética, dentre outros. São comumente classificados, a depender do autor, como direitos de terceira, quarta ou até quinta geração/dimensão (SARLET, 1998, p. 52). Portanto, quando se fizer referência a esses postulados, liberdade corresponderá aos direitos individuais e políticos, igualdade aos direitos sociais e condições materiais ligados à dignidade da pessoa humana, e fraternidade fará referência aos direitos coletivos *latu sensu*.

Tenha-se como pressuposto a identidade ontológica entre interesse público e bem comum (HERBELÍN, 1998, p. 52). A razão de existir do Estado e da Administração Pública, ou, nos termos utilizados por RAWLS (1997, p. 767)⁵, a razão pública, tem como objeto o bem comum. Então, a razão de existir do Estado não deve ser outra que não a persecução do bem comum.

Com o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, o bem comum, e, portanto, o interesse público, passou a ser entendido como a concretização dos direitos fundamentais. E a Administração Pública, tendo como razão de existir o bem comum e o próprio direito administrativo, deve não apenas limitar o poder e garantir os direitos individuais, como também os direitos políticos, sociais e coletivos (MEDAUAR, 2018, p. 21-22).

Os direitos fundamentais são, dessa forma, justificativa da existência do Estado e da Administração Pública e razão fundante de todo o sistema jurídico. Isso porque condensam o próprio interesse público e formam a acepção moderna do critério de justiça. Ao mesmo tempo, como critério de justiça, sua concretização é o fruto a ser perseguido pela sua própria criação. Nas palavras de MENDES (2002):

5 No original: “Moreover, such reason is public in three ways: as the reason of free and equal citizens, it is the reason of the public; its subject is the public good concerning questions of fundamental political justice, which questions are of two kinds, constitutional essentials and matters of basic justice;⁷ and its nature and content are public, being expressed in public reasoning by a family of reasonable conceptions of political justice reasonably thought to satisfy the criterion of reciprocity”. In: RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. *The University of Chicago Law Review*, 1997, v. 67, p. 767.



“Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – forma a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.

Por mais juspositivista que se possa querer ser, não há como negar que um elemento de natureza extra-jurídica dá coesão e fundamenta todo o sistema jurídico positivo. KELSEN (1999) a chamou de “norma fundamental hipotética”, não de uma, mas de todas as Constituições. Portanto, trata-se de um “valor” universal. Esse axioma se traduz em princípios constitucionais, que por sua vez se irradiam a todo o ordenamento jurídico (BARBOSA, 2019).

Como “a lei positiva nega a universalidade”, é possível concluir que essa norma hipotética fundamental, que chamaremos de Constituição material, não está toda contida na Constituição positivada, a Constituição formal (HERBELÍN, 2017, p. 214-215)⁶. Por conseguinte, o interesse público é a Constituição em sentido material, que “dá materialidade à materialidade da Constituição” (HERBELÍN, 2017, p. 215-216).

Desse modo, trata-se de um direito suprapositivo que evoca a concretização dos direitos fundamentais na maior medida possível, direitos esses que se consubstanciam no real interesse público. E concretizá-los na maior medida implica, pois, em restringir o direito colidente na menor medida, ou seja, quanto menos ocorrer a colisão de direitos fundamentais menos necessário será realizar uma ponderação entre esses direitos, será menos necessário restringir outro direito. Em resumo: quanto mais forem garantidos os direitos fundamentais e menos esses colidam uns com os outros, maior será a obtenção do interesse público (HERBELÍN, 2017, p. 241-256).

Esse ponto é importante porque através dele se pode concluir de modo indutivo que a situação ótima de interesse público é a maximização dos direitos fundamentais e a minimização das colisões entre eles. Ou seja, a harmonização dos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade.

Imagine-se uma sociedade utópica em que as garantias individuais são respeitadas porque não haja necessidade de maior atuação de um Estado para proteção dos direitos sociais, pois já estão concretizados de maneira ótima. Nessa sociedade, há participação plena de todos os cidadãos na tomada de decisão coletiva e essa participação sempre se traduz em respeito aos direitos transindividuais. Claro que nesse mítico exemplo nenhum cidadão pensa em desrespeitar qualquer direito coletivo.

Nessa sociedade ideal e inatingível, ao menos não na sua plenitude, todos os direitos fundamentais estariam assegurados e seria perceptível toda a robustez da concretização

6 HERBELÍN, Martín. Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 214-215.



do bem comum. Ocorre que temos, aqui, no mundo dos vivos, diversas sociedades, e essas sociedades se aproximam mais ou menos desse modelo ideal. E as sociedades não se aproximam ou se distanciam desse modelo ideal com os três postulados de forma sincronizada. Em algumas, a liberdade-política é maior, porém, o postulado da fraternidade é muito violado. Em outras, ainda como exemplo, os direitos sociais são garantidos, mas não há liberdade-individual. E em várias outras, como é o caso do Brasil e da América Latina, há razoável proteção à liberdade-individual, enquanto os direitos sociais são um conceito desconhecido para uma parcela bem significativa da população.

Como se pode deduzir do exemplo, essa harmonização perfeita e abstrata dos três postulados de direitos fundamentais, que, repita-se, consubstanciam-se em interesse público, precisa passar por uma “lente corretiva”⁷ que garanta a justiça material em determinada realidade fática. As Constituições formais, como é o caso da brasileira, também podem trazer princípios e objetivos expressos para “ajustar” essa harmonização abstrata e transformá-la em uma concretização equilibrada dos direitos fundamentais.⁸

Em outras palavras, isso quer dizer que, por exemplo, em uma sociedade em que o postulado da igualdade não está minimamente concretizado, não se pode abstratamente afirmar que será atendido interesse público ao empregar em uma decisão de maneira formalmente harmônica os três postulados, seja essa decisão judicial, administrativa ou legislativa. Se fará necessário, a priori e em tese, garantir de modo mais denso o postulado da igualdade para que a decisão final tenha um efeito material de real harmonização dos postulados.

Nota-se que a Constituição brasileira de maneira expressa tenta aplicar essa “lente corretiva” da abstração para a realidade concreta no seu art. 3º, ao enfatizar, dentre os objetivos fundamentais do país o postulado da igualdade:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL).

7 Para utilizar o mesmo exemplo, ainda que com elementos diversos, encontrados em HERBELÍN, 2017, p. 242-246.

8 Utilizamos o termo “podem” porque nem sempre o texto constitucional literal reflete o interesse público. Há, ainda, os casos em que, ao passo que garantam os direitos sociais, a parte estruturante do mesmo texto pode favorecer a formação de institutos e grupos que, na prática, são empecilho para a concretização desses mesmos direitos. Para aprofundamento nessa discussão indicamos a leitura da obra GARGARELLA, 2014.



De modo metafórico, é possível ilustrar o interesse público como um feixe de luz que atravessa a lente corretiva de uma sociedade, que é a combinação do seu sistema jurídico com a sua realidade com a finalidade de obter uma real harmonização entre os três postulados de direitos fundamentais. Ainda assim se terá um conceito abstrato de interesse público “customizado” para aquela sociedade. Isso já é suficiente para nortear normas igualmente abstratas, sejam elas legislativas, administrativas e, excepcionalmente, judiciais.

Contudo, para uma aplicação prática do conceito de interesse público, é necessário um elemento adicional: o caso concreto, que pode conter elementos que alterem substantivamente esse equilíbrio, mesmo após a correção da lente do sistema jurídico-fático. É afirmar haveria uma segunda “lente corretiva” do interesse público abstrato até a sua ocorrência do caso concreto: as peculiaridades do próprio caso concreto a serem analisadas pelo intérprete.

Desse modo, com o fito de desenvolver um conceito inicial de interesse público que atenda ao atual estágio constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pode-se conceituar “interesse público constitucional” como a concretização e harmonização material máxima possível dos direitos individuais, coletivos e transindividuais, filtrada pela realidade fática da sociedade, levando em consideração os elementos do caso concreto, de modo a promover, na maior medida possível, a transformação da sociedade no caminho enunciado pelos valores constitucionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da revisão bibliográfica dos principais autores administrativistas brasileiros sobre o conceito de interesse público, foi possível se verificar correntes antagônicas sobre o tema. A divergência adquire maior profundidade quanto à discussão acerca da sobrevivência de um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular no atual sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Foi identificada uma “escola clássica” do interesse público, que sustenta a prevalência, a priori, do interesse público sobre o particular. Essa escola defende que a sobreposição do interesse público é condição de existência da própria da sociedade. De acordo com essa escola, afirmar a não prevalência apriorística do interesse público significa retornar ao estágio liberal do Estado, no qual este não tinha responsabilidades sociais e o poder era excessivamente concentrado na elite econômica, gerando uma profunda desigualdade social, da qual o Estado permanecia alheio.

Também foi identificada uma “escola individualista” do interesse público, que sustenta, em síntese, que admitir um “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular seria incompatível com o atual sistema constitucional de direitos fundamentais. Segundo essa escola, “interesse público” seria um conceito vago utilizado pelos detentores do poder político para tomar decisões arbitrárias sem a necessidade de tecer maiores justificativas.

Ainda segundo essa escola, o sistema constitucional consagraria na verdade uma prevalência apriorística dos direitos individuais sobre os da coletividade. Outros autores



sustentam que deveria ocorrer seria uma ponderação entre esses interesses, e que, para haver a prevalência do interesse coletivo, o intérprete seria incumbido de um maior ônus argumentativo. Segundo concluímos, os dois argumentos são, na verdade, idênticos.

Da análise empreendida, concluiu-se que ambas as escolas têm argumentos que merecem prosperar e outros incongruentes. A utilização de um conceito de “supremacia” do interesse público sobre o particular tem alguns problemas: dispensa o tomador de decisão de maior ônus argumentativo, tende a rejeitar as peculiaridades do caso concreto, e é na prática utilizada como justificativa do arbítrio dos detentores de poder político para amparar interesses próprios.

De outro lado, a prevalência apriorística dos direitos individuais, além de todos os defeitos quanto à análise do caso concreto já apontadas, desconsidera que os direitos coletivos e transindividuais são igualmente direitos fundamentais e também garantidos pela Constituição. Outro ponto de extrema importância é que essa desincumbência do Estado entrega grande poder aos detentores do poder econômico e favorecem o alargamento das desigualdades sociais.

A partir desse esforço dialético, concluiu-se que o termo “supremacia”, de um ou outro lado, não se coaduna com a ponderação dos direitos fundamentais. É possível concluir, também, que um conceito de interesse público que pudesse ser aplicado em casos concretos pelo tomador de decisões, seja ele administrativo, legislativo ou judicial, deveria respeitar três pontos: concretizar e harmonizar da maior forma possível os direitos individuais, coletivos e transindividuais, filtrar essa harmonização teórica com base na realidade social de implementação de cada uma das categorias de direitos fundamentais, a fim de evitar distorções, e levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Deve-se concretizar direitos individuais, coletivos e transindividuais porque todas são categorias de direitos fundamentais garantidas pela Constituição. Tem-se que harmonizá-las porque o aplicador do direito deve ter o ônus argumentativo para demonstrar que, ao fazer prevalecer uma delas no caso concreto, reduziu da menor forma possível o âmbito de proteção das demais categorias.

Esse esforço de concretização e harmonização das três categorias de direitos fundamentais deve, portanto, ser “filtrado” pela realidade fática da sociedade em que ocorre. Desse modo, deve-se garantir, em tese, que se aumente o peso de determinada categoria de direitos fundamentais quanto menor ela estiver concretizada naquela sociedade. Por fim, essa harmonização de direitos fundamentais filtrada em tese pela realidade social deve levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Ante todo o exposto, desenvolveu-se um conceito prático de “interesse público constitucional” como a concretização e harmonização material máxima possível dos direitos individuais, coletivos e transindividuais, filtrada pela realidade fática da sociedade, levando em consideração os elementos do caso concreto, de modo a promover, na maior medida possível, a transformação da sociedade no caminho enunciado pelos valores constitucionais.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros.

BARBOSA, Jandeson da Costa. **A possibilidade de prorrogação de contratos administrativos por apostilamento**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53469/a-possibilidade-de-prorrogao-de-contratos-administrativos-por-apostilamento>. Acesso em: 10 ago 2020.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso: em 20 ago 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª tiragem. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEZAN, Sandro Lucio. **Análise do princípio da atipicidade do ilícito administrativo disciplinar à luz do princípio do devido processo legal substantivo**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito de Vitória, Vitória-ES, 2007. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/bitstream/fdv/46/1/SANDRO%20LUCIO%20DEZAN.pdf>. Acesso em: 15 ago 2020.

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

ENDERS, Christoph. **The Right to have Rights: The concept of human dignity in German Basic Law**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). 2(1): 1-8 janeiro-junho 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado**. Revista Española de Derecho Administrativo, n. 89, p. 69-89, enero-marzo, 1996.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. 1st ed., Katz Editores, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo** / Diogenes Gasparini. – 17. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo : Saraiva, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro.** Revista da AGU, nº 28, p. 7-28.

HERBELÍN, Martín. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do Estado meritocrático de direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MEDAUAR, Odete **Direito Administrativo moderno.** 21. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho.** - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. São Paulo: Saraiva, 9 ed, 2014.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 abr 2020.

RAWLS, John. **The Idea of Public Reason Revisited.** *The University of Chicago Law Review*, 1997, v. 67.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Du contrat social**, I, 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TOURINHO, Rita. **A Principiologia Jurídica e o Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa.** In: GARCIA, Emerson. *Discricionariedade administrativa.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.