

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
ADMINISTRATIVO**

CARLA DE MORAIS COUTINHO

**OS RISCOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO
COMO FUNDAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO
PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

BRASÍLIA

2010

CARLA DE MORAIS COUTINHO

**OS RISCOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO
COMO FUNDAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO
PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Msc. Flávio Henrique Unes Pereira.

BRASÍLIA

2010

CARLA DE MORAIS COUTINHO

**OS RISCOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO
FUNDAMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO PARA O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovada em _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador

Prof.(^a) Componente da Banca

Prof.(^a) Componente da Banca

*À Tia Salete e Tio Edinho, por me
presentearem com amor de pais.*

Agradeço à *Valéria* e a *Camá*, pais maravilhosos e insubstituíveis, por estarem comigo na alegria e na tristeza, para o que der e vier.

Agradeço a minha irmã *Caline*, a minha sobrinha *Yasmin*, ao meu primo *Jorge* e à vovó *Stela*, cujas saudades faz afogar de emoção os olhos meus.

Agradeço aos homens que transformaram minha vida em 2009: O professor *Luiz Fernandes*, o amigo *André Pires Gontijo*, o professor *Flávio Unes* e o Dr. *Fábio*, por tudo que fizeram por mim, sobretudo pelos votos de confiança que em mim depositaram.

Agradeço à *Christine Peter*. A professora de minha vida, meu espelho e minha vontade de continuar comprometida com o ensino e com a felicidade das pessoas.

Nas pessoas de *Rodrigo Chaves*, *José Carvalho*, *Luiz Emílio* e *Aline Salles*, agradeço a todos os monitores do CEFOR, pela amizade, companheirismo, lealdade, gentileza...

Agradeço a *João*, a minha grande saudade, o meu cuidado, o meu chão. Por me fazer crescer e aprender a amar.

Agradeço à vida. Agradeço ao destino.

“As palavras são inertes. São apenas símbolos. Estão mortas, sabe? E tanto da nossa experiência é intangível. E, ainda assim, quando nos comunicamos uns com os outros e sentimos ter feito uma ligação e termos sido compreendidos, acho que temos uma sensação quase como uma comunhão espiritual. Essa sensação pode ser transitória, mas é para isso que vivemos.”

Waking Life.

RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de debater o fenômeno da interpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro. Trata-se de uma pesquisa sócio-jurídica, que tem como fundamentação teórica aquilo que ficou conhecido como teoria personalista do Direito e o processo de constitucionalização do Direito Administrativo. Tendo em vista a raridade de manuais que tratam do tema sob a ótica personalista e examinam o princípio da supremacia do interesse público atentando para o processo de transformação a que está sujeito na atualidade, cujo percurso está sendo o de aproximar a ideia de indivíduo instituída para o Estado Democrático de Direito, este estudo agrega conhecimento revelador e importante aos estudiosos do Direito. Ademais, a temática suscita a reavaliação de situações concretas onde é possível pensar-se em soluções jurídicas mais próximas do ideal de Justiça perseguido pela sociedade. Desse modo, questiona-se se há riscos na adoção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação do Direito Administrativo para o Estado Democrático de Direito. Após investigação doutrinária com foco em teorias antropológicas e experiências históricas, conclui-se pela resposta afirmativa do problema proposto, ao considerar que a materialização dos direitos fundamentais e a efetiva realização dos interesses dos indivíduos na coletividade se expõe a risco espúrio de não cumprir seu desiderato ao adotar a supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação administrativa.

Palavras chaves: Supremacia do interesse público sobre o privado. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This thesis aims to discuss the phenomenon of the interpretation of the principle of the supremacy of public over private in the Brazilian Administrative Law. It's a socio-legal research, which has the theoretical basis what was known as personalist theory of law and the process of constitutionalization of Administrative Law. Given the rarity of manuals dealing with the subject under a personalistic and examine the principle of supremacy of the public paying attention to the transformation process that is subject nowadays, whose route is to approach the idea to set up individual the democratic rule of law, this study adds knowledge to revealing and important scholars of law. In addition, the revaluation raises the issue of specific situations where it is possible to think in legal solutions closer to the ideal of justice pursued by society. Thus, the question is if there are risks in adopting the principle of the supremacy of public over private interest as a model for reasons of administrative law for the democratic rule of law. After doctrinal research focused on anthropological theories and historical experiences, it appears the answer to the problem proposed by considering that the realization of fundamental rights and effective realization of the interests of individuals in the community is exposed to risk of spurious not fulfill it's desires to embrace the supremacy of public interest over private foundation as a model of Administrative Law.

Keywords: Supremacy of the public interest over private. Democratic State of Law. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DO INDIVÍDUO	14
1.1 Organicismo	15
1.2 Utilitarismo	18
1.3 Individualismo	21
1.4 Personalismo	24
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISTINÇÃO PÚBLICO-PRIVADO	28
2.1 O Estado de Direito ao longo da história do Ocidente	28
2.1.1 Da Antiguidade ao Iluminismo	28
2.1.2 Da Modernidade até os dias atuais	37
2.2 Os Paradigmas do Estado de Direito	39
2.3 A supremacia dos direitos fundamentais e a revalorização do Privado ...	46
3 OS RISCOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	49
3.1 Conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos	49
3.2 Análise do princípio da supremacia do interesse público: considerações sobre a ponderação de interesses e a teoria da desconstrução.	62
CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIA	79

INTRODUÇÃO

Delimitação temática

Este trabalho tem como tema o fenômeno da interpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro. Trata-se de uma pesquisa sócio-jurídica, tendo como fundamentação teórica aquilo que ficou conhecido como teoria personalista do Direito e o processo de constitucionalização do Direito Administrativo.

Justificativa

O grande despertar para o estudo dos riscos do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para o Estado Democrático de Direito aconteceu em uma das aulas da pós-graduação que agora concluo, da disciplina Teoria Geral do Direito Administrativo, quando, ao assistir às lições de quem seria o meu futuro orientador, me flagrei extática com a categórica negação da existência de uma supremacia entre o interesse público sobre os interesses dos particulares.

Aquela discussão que se instalou em sala de aula me fez sentir traída pelo conhecimento que me havia sido entregue na graduação. De repente, a máxima do consagrado professor Celso Antônio Bandeira de Mello apresentou-se diminuta frente ao festival de argumentos vigorosos que partiam de autores como Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Alexandre Aragão, entre outros. Naquele momento eu passei a necessitar conhecê-los.

Iniciou-se, então, uma pesquisa sem qualquer metodologia, impulsionada pela minha famélica curiosidade em compreender do que se tratava, verdadeiramente, o que se estava a chamar de *novos paradigmas do Direito Administrativo*.

Assim, justifico este trabalho pela capacidade de revelação que o tema suscita, permitindo aos estudiosos do Direito um estudo verticalizado do que vem sendo discutido nos corredores das academias de algumas faculdades de Direito pelo Brasil, no intuito de comunicar a minha descoberta (ainda que tardia para

alguns) de um processo tão importante para a evolução do Direito Administrativo e o seu aprimoramento no diálogo com o indivíduo. É, ainda, uma maneira de concretizar a minha participação neste processo evolutivo, atendendo a uma aspiração de responsabilidade para com a promoção do bem-estar social nas qualidades de jurista e de cidadã.

Pouquíssimos são os manuais de Direito Administrativo que discutem o tema sob a ótica personalista e examinam o princípio da supremacia do interesse público atentando para a o processo de transformação a que está sujeito na atualidade, outra razão pela qual esta pesquisa se mostra relevante.

Do ponto de vista prático, o presente estudo abre fronteiras para a reinterpretção de casos concretos, antes limitados ao princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares. A partir da reavaliação de situações da vida real que o trabalho acende, será possível encontrar soluções jurídicas que estejam mais próximas do ideal de Justiça perseguido pela sociedade, dando aos direitos fundamentais, bússola do Estado Democrático de Direito, sua fidedigna posição na ordem constitucional brasileira.

Problema de pesquisa

O problema de pesquisa passa pela formulação de três perguntas:

a) Existe compatibilidade da ideia de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares com o conceito de indivíduo na ordem constitucional brasileira?

b) Qual a influência do estabelecimento de uma visão de mundo hegemônica que domina o Ocidente medieval e a diferenciação por estratos da modernidade com a distinção público-privado?

c) Há riscos na adoção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação do Direito Administrativo para o Estado Democrático de Direito?

Hipóteses

Para as três perguntas acima formuladas, três possíveis respostas podem ser propostas, que constituirão, assim, as hipóteses da pesquisa. São elas:

a) Não, há na realidade jurídica brasileira a incidência de um misto de teorias antropológicas que levam à negação de compatibilidade entre o que seja o indivíduo e a ideia de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares.

b) A absorção, pelas ordens sociais, da noção de submissão da pessoa humana à ordem, ou seja, a diluição da ideia de indivíduo numa camada da sociedade.

c) Sim, na medida em que a interpretação equivocada do princípio da supremacia do interesse pode restringir a efetivação dos direitos fundamentais, de modo a excluir qualquer tutela jurídica sobre exercícios que contrariem interesses da coletividade.

Objeto de investigação

O objeto de investigação desta pesquisa é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A prevalência deste trouxe consequências relevantes para a dinâmica do Direito Administrativo, e a sua desconstrução tem refletido mudanças paradigmáticas na formação do pensamento contemporâneo desse Direito.

Objetivo da pesquisa

O objetivo deste trabalho é demonstrar, por meio de uma investigação sócio-jurídica, se o Estado Democrático de Direito comporta a interpretação clássica do princípio da supremacia do interesse público, e mesmo a sua existência, sem a produção de riscos aos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem essa ordem jurídica.

Metodologia

Para o desenvolvimento deste estudo, serão utilizados os métodos conceitual-dedutivo e empírico-indutivo ao longo de todo o discurso. O método conceitual-dedutivo revela-se necessário a partir da utilização de diversos conceitos que ajudam na compreensão do fenômeno. Assim, ao trazer à baila as teorias antropológicas que analisam a posição do indivíduo na ordem jurídica, assim como a

análise histórica da relação entre este e o Estado, a pesquisa tentará ao mesmo tempo explicar o fenômeno e enquadrá-lo no universo jurídico. Para a concretização desse método se fará necessário um levantamento bibliográfico, principalmente na área da sociologia jurídica e da teoria constitucional do Direito.

O método empírico-indutivo se verificará importante a partir do momento que o trabalho aborda a realidade da ordem constitucional brasileira, ou seja, a partir das observações feitas sobre os interesses do indivíduo e a postura destes frente ao interesse público, uma série de induções serão construídas. Nada obstante, essas observações serão corroboradas por outras observações de outros autores, em sua maioria da doutrina nacional, logo, juntamente com análises interpretativas do objeto de estudo, serão feitos também levantamentos bibliográficos.

Somados, dessa forma, a observação do fenômeno, a conceituação dos elementos que lhe pertencem, a análise e a interpretação dos dados, ter-se-á como objetivo a confirmação das hipóteses ao problema proposto.

Dividido em três capítulos, o primeiro se dedicará ao estudo da supremacia do interesse público sob a perspectiva do indivíduo, para investigar se a definição deste se coaduna com a ideia de supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares.

No segundo capítulo o trabalho passa à análise da distinção entre o público e o privado ao longo da evolução do Estado na história do Ocidente. Nesse desiderato, se percorrerá os paradigmas do Estado de Direito, desembocando no momento da revalorização do privado e da supremacia dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo tratará efetivamente dos riscos da supremacia do interesse público sobre o privado para o Estado Democrático de Direito, com foco na confirmação da teoria personalista e no processo de constitucionalização do Direito Administrativo.

1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DO INDIVÍDUO

Existe compatibilidade da ideia de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares com o conceito de indivíduo?

Do ponto de vista de uma teoria moral, a afirmação da existência de supremacia do interesse da coletividade sobre os direitos pertencentes a cada um dos seus componentes pode ser justificada a partir de duas perspectivas: o organicismo e o utilitarismo.

Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política¹, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização.²

Já a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade assenta-se sobre uma terceira perspectiva moral, a do individualismo.³

Esse aporte sociológico é de imensa relevância quando do exame da conciliação da ideia de supremacia do interesse público sobre os direitos individuais, uma vez que as ordens jurídicas baseiam-se, de forma mais ou menos explícita, em alguma ideia sobre *o ser humano*.⁴

Por vezes, tal ideia subjaz ao ordenamento, integrando o senso comum das pessoas a ele submetidas, mas não é normativamente fixada. Já em outras hipóteses, esta “premissa antropológica”⁵ da ordem jurídica pode ser diretamente extraída de normas vigentes e aplicáveis, como é o caso do Brasil, onde a noção de

¹ BARBERIS, Daniela S. O organicismo como modelo para a sociedade: a emergência e a queda da sociologia organicista na França do *fin-de-siècle*. MARTINS, R. A. et al. (Coord.). *Filosofia e história da ciência no Cone sul*. Campinas: AFHIC, 2004, p. 131-136.

² MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Trad. F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Grávida, 2005, p. 42.

³ SIMMEL, Georg. O indivíduo e a liberdade. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, B. (Org.). *Simmel e a Modernidade*. Brasília: UNB, 1998, p. 109-117.

⁴ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143, grifos acrescentados.

⁵ *Ibid*, p. 99.

indivíduo pode ser extraída dos princípios e valores fundamentais inscritos na Constituição⁶

Para solver a questão levantada, percorra-se, com a brevidade necessária, o que comportam essas teorias.

1.1 Organicismo

O organicismo é uma teoria que concebe as comunidades políticas como uma espécie de “todo vivo”, composto por indivíduos que nela desempenhariam papel semelhante a um órgão dentro do corpo humano. Para o organicismo, as comunidades políticas possuem fins, valores e objetivos próprios, que transcendem aqueles dos seus integrantes.⁷

Muitas vezes, esse público é identificado com o Estado, muito por influência do pensamento de Hegel⁸. Durkheim parece ser outro influente pensador dessa tradição. O positivismo sociológico reconhece a hegemonia da sociedade sobre o indivíduo partindo do seguinte raciocínio: a sobrevivência do todo tem prevalência sobre a da parte. O indivíduo é, então, despidido de suas características básicas: razão e liberdade (FREITAG, 1989:17). Isso porque o método sociológico se propõe – como forma de garantia da objetividade – a compreender os fatos sociais como coisas externas à vontade e à consciência dos indivíduos, dotados de existência própria.⁹

⁶ Ibid, p. 99.

⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 35.

⁸ Cf. HEGEL, Georg Wilhelm. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, para quem: "O Estado, como realidade em ato de vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si para si: esta unidade substancial é um fim absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado ser. [...] Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e das liberdades pessoais, o interesse dos indivíduos, enquanto tais, é o fim supremo para que se reúnam, do que resulta ser facultativo ser membro do Estado. Ora, é muito diferente a sua relação com o indivíduo. Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento têm seu ponto de partida e o seu resultado neste ato substancial universal".

⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. Direitos e interesses. (Re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10835>>. Acesso em: 29 fev. 2010, p. 02.

Se, para o individualismo, a primazia axiológica é do indivíduo, sendo ele o fim que justifica a existência das sociedades políticas e do Estado, para o organicismo dá-se justamente o inverso: prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade do organismo superior encarnado pelo Estado, deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade.¹⁰

Trata-se, pois, de concepção que prima pela rejeição à ética liberal, valorizando sempre o público em detrimento do privado e assim a perspectiva organicista traz em seu bojo uma justificativa para a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado.

Como afirmou Norberto Bobbio, “toda a história do pensamento político está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)”.¹¹ Mas se o organicismo é antigo, deitando as suas raízes no pensamento de Aristóteles,¹² o individualismo é doutrina mais recente, produto do Iluminismo, com forte eco nas teorias contratualistas sobre o Estado, que justificavam a formação da sociedade civil a partir dos interesses dos indivíduos.¹³

A maior crítica a essa teoria funda-se na constatação de que o ser humano, apesar do seu natural impulso gregário, é muito mais que um órgão dentro de um todo maior. Na verdade, o organicismo não se preocupa com a pessoa humana. Nas palavras de Daniel Sarmiento, o organicismo desconsidera que:

(...) cada indivíduo é um valor em si, independentemente do papel que desempenhe na sociedade; que em cada pessoa existe todo um universo de interesses, objetivos e valores próprios, irreduzíveis ao “todo” de qualquer entidade coletiva; que a vida humana tem uma importante dimensão pública, mas que ela não faz sentido sem a dimensão privada, que deve ser

¹⁰ Ibid., p. 37-38.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 45.

¹² Há uma passagem clássica de Aristóteles, na sua obra “Política”, que exprime com perfeição a ideia organicista, qual seja: “Hence, it is evident that the state is a creation of nature, and that man is by nature a political animal. And He Who by nature is without a state, is either a bad man above humanity (...). And it is a characteristic of man that alone has any sense of good and evil, of just and unjust, and the association of living beings who have this sense makes a family and a state. Further, the state is by nature clearly prior to the family or individual, since the whole is of necessity prior to the part (...). The proof that the state is a creation of nature and prior to the individual is that the individual, when isolated, is not self-sufficing; and therefore he is like a part in relation to the hole. But he who is unable to live in society, or has no need because he is sufficient for himself, must be either a beast or a god: he is no part of the state. A social instinct is implanted in all men by nature, and yet he who first founded the state was the greatest of benefactors” ARISTOTLE. *The works of Aristotle*, v. 2, 21 ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1978, p. 446.

¹³ MILL. *Utilitarismo*. Op. cit., p. 63.

cultivada através da persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, autônomos em relação aos interesses da comunidade política.¹⁴

Ademais, diante da evidência de que nem a sociedade política, nem muito menos o Estado configuram autênticos organismos, a analogia com o corpo só poderia basear-se numa idealização de comunhão plena entre indivíduos no seio social, por meio da partilha de valores, fins e identidades comuns. Porém, esta imagem não corresponde à realidade da sociedade moderna, que tem no pluralismo uma de suas características mais marcantes.¹⁵

O “desencantamento”¹⁶ do mundo, causado por múltiplos fatores, como a quebra da unidade religiosa após a reforma, e o avanço das ciências, ocasionou a “dissolução das mundividências integradoras”.¹⁷

Por outro lado, o organicismo deve ser combatido pelo perigo que representa para a liberdade, como afirma Paulo Bonavides nos seguintes termos:

Os organicistas, na teoria da Sociedade e do Estado, se vêem arrastados quase sempre, por consequência lógica, às posições direitistas e antidemocráticas, ao autoritarismo, às justificações reacionárias do poder, à autocracia, até mesmo quando se dissimulam em concepções de democracia orgânica (concepção que é sempre a dos governos e ideólogos predispostos já à ditadura).¹⁸

Sob o prisma jurídico, o organicismo se revela absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe sejam as pessoas sempre tratadas como fins, e nunca como meios, consoante o imperativo categórico kantiano¹⁹. Confronta-se, outrossim, com todo o ideário do Estado Democrático de Direito, que se baseia no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão.

Portanto, conclui-se que não há como sustentar o ajuste entre o organicismo e uma Constituição como a de 1988, que, já no seu artigo 1º, define o

¹⁴ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 101.

¹⁵ ZIPPELIUS. *Teoria geral do Estado*. Op. cit., p. 51.

¹⁶ Expressão famosa de Max Weber. Cf. WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

¹⁷ ZIPPELIUS. *Teoria geral do Estado*. Op. cit., p. 51.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 72.

¹⁹ Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, e tem, no seu centro axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2 Utilitarismo

As primeiras manifestações do utilitarismo no pensamento político remontam ao século XVIII, com Hutcheson, David Hume, Adam Smith e Jeremy Bentham. De acordo com Ernest Tugendhat, o princípio básico do utilitarismo foi expresso pela primeira vez por Hutcheson, em obra publicada em 1725, onde afirmou que “a melhor conduta é aquela que proporciona a maior felicidade para o maior número”.²⁰

O utilitarismo se apresenta como a doutrina segundo a qual a melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade.²¹ Na definição de John Rawls, “*society is rightly ordered, and therefore Just, when it’s major institutions are arranged so as to achieve the greatest net of balance of satisfaction summed over all the individuals belonging to it*”.²²

Dentro desse ponto de vista, o interesse público seria encarado não como algo diverso e superior ao somatório da totalidade dos interesses dos componentes da comunidade política, mas como a fórmula que, em cada caso, maximizasse os interesses dos integrantes da sociedade, individualmente considerados.²³

Para Amartya Sen e Bernard Williams, essa doutrina baseia-se nos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional. Assim, exatamente por reconhecer a igualdade intrínseca entre todos os indivíduos e rejeitar qualquer suporte religioso ou metafísico como fundamento para escolhas públicas, o utilitarismo advoga a tese de que o melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o

²⁰ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis et al. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 349.

²¹ KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 17-20.

²² RAWLS, John. *A theory of Justice*. 20 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 22.

²³ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 104.

bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de indivíduos.²⁴

Diz-se, nesse sentido, que o utilitarismo é uma concepção ética consequencialista, porque o juízo sobre um determinado ato depende não da sua conformidade com os princípios morais anteriores, mas das consequências que ele produzirá sobre interesses dos membros da sociedade.²⁵

Os utilitaristas partem da premissa de que os indivíduos têm às vezes interesses conflitantes, e que, nestes casos, deve-se atribuir um peso igual aos interesses de cada um, na busca da solução mais justa. “Assim, justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos”²⁶.

Analisando a teoria utilitarista, Daniel Sarmento questiona e responde:

Mas por que seria tal concepção incompatível com a Constituição brasileira, se esta, tal como a teoria utilitarista, baseia-se no reconhecimento da igualdade entre as pessoas e recusa fundamentações religiosas ou metafísicas para as decisões públicas? Simplesmente porque o utilitarismo não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias. Para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral.²⁷

No entanto, a ideia de estabelecer constitucionalmente direitos fundamentais – e mais do que isso, de protegê-los como cláusulas pétreas, diante do próprio poder constituinte derivado – desvela o firme propósito do constituinte de colocá-los fora do comércio político, acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade.

É certo que, em inúmeros contextos, é possível defender direitos fundamentais a partir de argumentos utilitaristas. Recorde-se, por exemplo, a sustentação de liberdade de expressão feita por Stuart Mill, para quem não seria legítimo ao governo calar um indivíduo que defendesse pontos de vista contrários à maioria, não porque com isto se prejudicasse injustamente a este indivíduo – o que

²⁴ SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. (Coord.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, p. 21.

²⁵ KYMLICKA. *Contemporary Political Philosophy*. Op. cit., p. 28-32.

²⁶ PEDRON. *Direitos e Interesses*. Op. cit., p. 3.

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. Op. cit., p. 105-106.

ele considerava algo de menor importância – mas sobretudo porque um ato como este comprometeria a possibilidade das pessoas em geral de buscarem e encontrarem a verdade, através do livre confronto de ideias.²⁸

Ocorre que nem sempre a proteção e a promoção dos direitos fundamentais levam à maximização dos interesses da maioria. Pelo contrário, muitas vezes os direitos fundamentais representam obstáculos impostos contra as preferências manifestadas pela maior parte dos integrantes de uma sociedade política. E este é, aliás, um dos papéis mais importantes dos direitos fundamentais, que acaba sendo completamente esvaziado pela teoria utilitarista.

Tal como no organicismo, os indivíduos acabam sendo tratados como partes no todo, e não como fins em si, porque não se atribui relevância moral à separabilidade e independência dos indivíduos, sendo este o ponto fundamental da crítica de John Rawls ao utilitarismo.²⁹

Desse modo, parece certo que numa ordem constitucional como a brasileira, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, o utilitarismo não configura a filosofia moral adequada para lidar com os conflitos entre interesses privados e coletivos. No dizer de Oscar Vilhena Vieira:

Se quisermos “levar os direitos a sério”, na expressão de Dworkin, pouco podemos esperar do utilitarismo, uma vez que a agregação de utilidade, e não o reconhecimento da dignidade, é que constitui sua razão última.³⁰

Finaliza-se por observar que este também não pode ser o fundamento para a afirmação da supremacia dos interesses públicos sobre os individuais no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo-se, pois, pela negação da pergunta proposta inicialmente.

²⁸ MILL, Stuart. On Liberty. In: Britannia Great Books 43: *American State Papers, The Federalist, J. S. Mill*. 21 ed. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1978, p. 267-323.

²⁹ “Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of the society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifice imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantage enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled; the rights secured by justice are not subjected to political bargaining or to the calculus of social interests.” RAWLS. *A Theory of Justice*. Op. cit., p. 03-04.

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. *Revista do ILANUD*, São Paulo: Ilanud, n. 17, p. 23-46, 2001, p. 26.

1.3 Individualismo

Percorridas as teorias morais do organicismo e do utilitarismo que poderiam explicar a supremacia dos interesses da coletividade sobre os de cada particular, cabe fazer análise em direção oposta e verificar se há como justificar a primazia dos interesses particulares de cada um sobre aqueles pertencentes à coletividade. Para tanto, faz-se uso de uma terceira teoria, a individualista.

O individualismo foi a filosofia subjacente ao Estado Liberal burguês, que floresceu na Europa e nos Estados Unidos no século XIX e na fase inicial do século XX, e que atualmente está experimentando certo *revival*, pelas mãos do pensamento neoliberal.³¹

Essa teoria se baseia numa concepção atomizada da sociedade, que relega a um papel secundário os laços de solidariedade e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas no meio social.³² Esta era a ideia que se deixava entrever nas constituições, e, sobretudo, nos códigos civis do passado, que desempenhavam papel verdadeiramente constitucional no Estado Liberal, conforme informa Michele Giorgianni.³³

Naquele tempo, os códigos exprimiam os valores mais caros à burguesia, tendo como pilares fundamentais a proteção da propriedade e a liberdade de contratar, assim se posicionando Konrad Hesse, ao afirmar que tarefa muito mais modesta cabia às constituições da época, seja pela limitação do seu objeto – não tratavam de relações privadas – seja pela sua reduzida eficácia jurídica decorrente da visão legicentrista então prevalecente e da carência de instrumentos de jurisdição constitucional que permitissem sua efetivação.³⁴

Os indivíduos eram vistos como abstrações incorpóreas.³⁵ A ordem jurídica liberal-burguesa cerrava seus olhos para os constrangimentos de fato à autonomia individual, decorrentes da hipossuficiência econômica e da desigualdade de poder presentes na sociedade.

³¹ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

³² BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privado e Società Moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 320.

³³ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 247, p. 35-55, 1988, p. 41.

³⁴ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez-Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 33-45.

³⁵ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 108.

Naquele contexto, o papel essencial do direito público era o de limitar o Estado, impedindo que perturbasse a fruição das liberdades individuais e interferisse no funcionamento do mercado, e o de direito privado era garantir as regras do jogo, o que ele fazia assentando toda a sua estrutura sobre dois principais pilares: propriedade e contrato – ambos vistos como expressões necessárias da autonomia individual.³⁶

Neste modelo, destaca Jürgen Habermas:

Uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e de liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea dos mecanismos de mercado.³⁷

A sociedade política, dentro desta perspectiva, é equiparada ao mercado: nela, estariam presentes atores individuais perseguindo egoisticamente os seus interesses privados, de forma concorrencial.³⁸

Sob essa ótica, os direitos fundamentais eram vistos essencialmente como direitos de defesa em face dos governantes. E tais direitos eram tidos como naturais, porque anteriores e superiores ao Estado, já que presentes no Estado de Natureza, e mantidos pelos indivíduos após a celebração do contrato social.

Não se cogitava da necessidade de intervenção do Estado para asseguramento destes direitos, já que eles configuravam direitos negativos, que envolviam abstenções e não prestações. Por isso, fazia sentido proclamar que os direitos do indivíduo deviam ser postos acima do alcance da ação do Estado.

Atualmente, dada a crise do Estado Social, libertários como Friedrich von Hayek e o casal Friedman e Robert Nozick, não se contentam em afirmar a primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado.³⁹ Eles vão além, ao defender o Estado mínimo, com base numa leitura considerada reducionista dos direitos fundamentais,

³⁶ PINTO, Cristiano Paixão de Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 19-50.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2, Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

³⁸ HABERMAS, Jürgen. Three Normative Models of Democracy: liberal, republican, procedural. In: KEARNEY, Richard; DOOLEY, Mark (Coord.). *Questioning Ethics*. Londres: Routledge, 1999, p. 135-144.

³⁹ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 111

que não atribui nenhuma importância à igualdade substantiva e à solidariedade e nega o próprio conceito de justiça distributiva, conforme se depreende das afirmações de Robert Nozick sobre o individualismo exacerbado:

Indivíduos têm direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo pode fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos). Tão forte e de tão alto alcance são esses direitos que colocam a questão do que o Estado e seus servidores podem, se é que podem, fazer. Que espaço de direitos individuais deixam ao Estado? (...)

Nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado a funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto inspirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las, para o seu próprio bem ou proteção.⁴⁰

Em apertada síntese, na leitura estritamente individualista, a igualdade jurídica é a mera igualdade formal, com a recusa a qualquer pretensão de utilização do direito para fins redistributivos.

A solidariedade não é um princípio normativo, mas apenas uma virtude humana, que escapa às considerações da ordem jurídica. E a liberdade é a não intervenção; a simples, ausência de impedimentos externos para o comportamento individual, afigurando-se irrelevante a existência ou não da possibilidade real do agente de fazer suas escolhas e de agir em conformidade com elas.⁴¹

Por tais razões é que essa visão não se compatibiliza com a Constituição de 1988. De fato, a Constituição apresenta uma série de características que permitem que nela se divise uma típica Constituição social. Ela proclama, logo no seu artigo 3º, que a República brasileira tem, entre os seus objetivos, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III). Trata-se, em suma, de uma Constituição que “não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único

⁴⁰ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 10.

⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

adversário dos direitos do homem”,⁴² não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que erigiram uma separação absoluta entre Estado e sociedade civil.

Na Constituição brasileira, a solidariedade deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais.⁴³

E a própria liberdade não é relegada a um segundo plano, mas, ao contrário, vê-se enriquecida por preocupações mais realistas e menos metafísicas. Ela deixa de ser vista como um dado *a priori*, convertendo-se num objetivo, cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos das condições materiais de liberdade, que podem ser identificadas com o que a doutrina vem chamando de “mínimo existencial”.⁴⁴

E o seu foco se amplia, diante do reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela presente nas múltiplas instâncias da própria sociedade⁴⁵, e que a intervenção estatal nestas instâncias faz-se muitas vezes em favor da liberdade, e não contra ela.⁴⁶

Portanto, a visão individualista, que atribuía primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, também não se sustenta na ordem constitucional brasileira. Esta, na verdade, lastreia-se sobre uma visão personalista, que será analisada adiante.

1.4 Personalismo

⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

⁴⁴ Hoje, há um forte consenso, do qual estão excluídos apenas os autores libertários, no sentido de que para a promoção da liberdade é necessária a garantia de condições materiais básicas para todas as pessoas. Nesse sentido, cf. TORRES, Roberto Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-46.

⁴⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Trad. Pedro Aragon Rincón. Barcelona: Paidós, 1993, p. 143.

Para o personalismo, a “medida de todas as coisas”⁴⁷ mora na pessoa humana, mas enxerga nela não uma razão desencarnada, mas um ser concreto, situado, com necessidades materiais, carências, fragilidades.⁴⁸

Essa nova visão rejeita o pensamento de que o Estado seja o antagonista, por excelência, dos direitos humanos. Apesar de continuar sendo primordial proteger as pessoas do arbítrio do Estado, os poderes públicos são agora imaginados como promotores da conservação e efetivação dos direitos fundamentais, diante dos riscos que circundam as pessoas dentro da sociedade. Isso explicará uma intromissão estatal muito mais profunda e extensa em pontos que, para a opinião do liberalismo clássico, pertenciam exclusivamente à sociedade civil.⁴⁹

Destaca Carlos Santiago Nino, ser de grande importância assentar que esta intervenção estatal, dentro de uma ordem constitucional tão ciosa com o respeito à liberdade e à privacidade individuais, não pode ser movida por propósitos perfeccionistas.⁵⁰

Deve caber sempre às pessoas a escolha dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. Nesse sentido, a função do Estado é a de ajudar na criação das condições necessárias para que cada indivíduo realize de forma livre as suas escolhas e possa atuar em conformidade com elas, e não a de orientar as vidas individuais para algum caminho que se considere mais pertinente aos valores sociais, ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade.⁵¹ Aqui reside a grande diferença entre o personalismo e o organicismo.

Observe-se também que o personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo, na medida em que enxerga as várias barreiras materiais para o seu desfrute, que devem ser removidas, com a ajuda do Estado, para que a liberdade consiga sair do plano das ideias e ganhe concretude na vida dos seres humanos.⁵²

⁴⁷ Expressão famosa de Protágoras, 492 a.C.

⁴⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

⁴⁹ *Ibid*, p. 39-40.

⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989, p. 205.

⁵¹ CITTADINO. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. *Op. cit.*, p. 48.

⁵² *Ibid*, p. 49.

Diferentemente do organicismo, o personalismo se norteia pelo imenso respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos coletivos.⁵³

De maneira simplificada, pode-se dizer que os liberais – tendo em mente John Rawls e Ronald Dworkin – defendem a plena liberdade e a competência moral e racional dos indivíduos para a conformação das suas concepções de mundo e projetos de vida.⁵⁴

Para não comprometer essa liberdade, o Estado deve manter-se em posição neutra em relação às várias ideias de mundo e da vida presentes na sociedade. Os direitos fundamentais, sobretudo as liberdades básica, assumem importância singular; reconhecendo-se a sua total prioridade em relação aos interesses da coletividade, oriunda da necessidade de salvaguarda da autonomia moral dos indivíduos.⁵⁵

De outro lado, existem autores, chamados de comunitaristas, que afirmam que esse raciocínio propagado pelo liberalismo negligencia a importância dos laços sociais para a constituição da personalidade humana.

Para os comunitaristas (Michael Sandel, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre), a antropologia liberal visualiza no indivíduo um ser sem raízes (*unencumbered self*)⁵⁶, por desprezar o fato de que as pessoas já nascem no interior de comunidades que estão impregnadas de valores e sentidos comuns divididos, e são socializadas nessa circunstância, onde se formam as suas identidades.

Por tal razão é que as cosmovisões e os planos de vida não estão à disposição das pessoas, que não são meros “consumidores num mercado de ideias”, mas seres engajados em contextos culturais específicos, que compartilham valores, objetivos e interesses com os outros cidadãos.⁵⁷

Diante disso, seria possível afirmar que a Constituição de 1988 é comunitarista?

⁵³ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 114.

⁵⁴ Cf. RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000; e DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁵ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Op. cit., p. 61-69.

⁵⁶ SANDEL, Michael. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip. (Org.). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, p. 247.

⁵⁷ TAYLOR, Charles. Et all. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 45-94.

Ao contrário do que propõe Gisele Cittadino⁵⁸, sobre a ordem constitucional brasileira é pertinente afirmar que a Constituição de 1988 pode ser vista pela ótica de um “comunismo liberal” ou de um “liberalismo comunitário”, na medida em que se abre explicitamente para valores comunitários, como é possível extrair da leitura dos artigos 215 e 216, da Constituição de República.

Além disso, a Constituição de 1988 tampouco se coaduna com qualquer tipo de discurso que desvaloriza os direitos fundamentais e que mude da dignidade da pessoa humana para as virtudes morais e deveres cívicos dos cidadãos. Daí por que falar-se em “comunismo liberal” ou “liberalismo comunitário”.⁵⁹

Mas, se é possível extrair da Constituição uma certa moldura para a calibragem entre as dimensões comunitária e liberal da ordem jurídica, entendo que a sintonia fina não cabe à Lei Maior. Afinal, não seria prudente que uma Constituição, que se pretende aberta, fixasse em detalhes a resposta para uma questão tão permeável às mudanças políticas e cosmovisivas, que é a concorrente à forma de relacionamento entre indivíduos e sociedade.⁶⁰

Esse raciocínio leva a concluir que exista um personalismo subentendido na Constituição de 1988, que a distancia do organicismo e do utilitarismo, nem mesmo corresponde ao liberalismo ou ao comunismo.

O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abstrata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao revés, tanto a existência de carências humanas materiais, que devem ser superadas com o apoio estatal, como a importância dos vínculos sociais na formação da personalidade.

⁵⁸ CITTADINO. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Op. cit., p. 48.

⁵⁹ SARMENTO. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*. Op. cit., p. 117.

⁶⁰ *Ibid*, p. 117.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DISTINÇÃO PÚBLICO-PRIVADO

2.1 O Estado de Direito ao longo da história do Ocidente

2.1.1 Da Antiguidade ao Iluminismo

A história do Estado de Direito no Ocidente se inicia na Grécia antiga, em especial, na Atenas Democrática. Naquele período, a crescente modificação nas estruturas sociais e políticas daquele mundo encontraram um ponto singular com a experiência desenvolvida na *polis* ateniense entre 510 e 323 a.C., que consagrou a prática democrática nas deliberações políticas. É com essa experiência que se inicia a descrição da distinção público-privado.⁶¹

A Grécia propiciou a abertura de uma distinção fundamental para o desdobramento das estruturas políticas no Ocidente: a separação entre política, governo e religião. Destacando-se do contexto das monarquias até então hegemônicas na região do Mediterrâneo e do Oriente Próximo (Mesopotâmia, Egito, Fenícia, povos hebreus, Pérsia), a civilização das *poleis* do período pós-homérico vai diferenciando cada vez mais domínios da experiência humana que permaneciam englobados, como as noções de política, governo e religião.⁶²

Não por acaso, o primeiro direito antigo que dispensa o critério da revelação divina para sua justificação é o direito grego. Surge a ideia de responsabilidade política nas decisões que afetarão o destino da *polis*.⁶³ Inicia-se,

⁶¹ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 19-50.

⁶² ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. Direito e sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁶³ FINLEY, Moses Israel. Política. In: FINLEY, Moisés I. (Org.). *O legado da Grécia: uma nova avaliação*, 1998, p. 31-47.

então, a tipologia das formas de governo, que encontra sua expressão clássica na obra de Aristóteles.⁶⁴

A novidade da distinção entre política, governo e religião está representada na abertura de um espaço para discussão e deliberação acerca dos destinos da *polis*⁶⁵. A fase definitiva da ruptura com as formas tradicionais de exercício do poder (de que são exemplos a monarquia, a aristocracia e a tirania) dá-se mediante a implementação, por Clístenes, do regime democrático em Atenas, a abolição do governo dos arcontes e a redivisão territorial das tribos.⁶⁶

E é paradoxal – para os modernos, mas de modo algum para os antigos – que essa libertação das formas tradicionais de exercício do poder, com a implementação do governo democrático (que era direto, e não representativo), ocorresse sob o signo da desigualdade no plano vertical (que coexistia, portanto, com a igualdade no plano horizontal da sociedade política).

Com a experiência ateniense, consolida-se a diferenciação por estratos, que será paradigmática em todo o mundo antigo e continuará a inspirar a organização social nos períodos medieval e pré-moderno.⁶⁷ O que importa notar, nessa distinção de papéis sociais, é o fato de que apenas os cidadãos – homens adultos nascidos em Atenas, filhos de homens livres oriundos de famílias locais – participavam da esfera deliberativa.⁶⁸

Já se pode antever, então, um primeiro aspecto da distinção público-privado.⁶⁹

Na mentalidade e na vida social atenienses, o privado é a dimensão da sobrevivência, da luta pela manutenção dos seres vivos e de suas famílias, da luta em face da escassez.⁷⁰ Nesse plano da existência, o homem não difere muito das outras espécies de seres vivos, que precisam recorrer à natureza para encontrar a

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 6 ed. Brasília: EdUnB, 1992, p. 62.

⁶⁵ MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. Trad. João Batista da Costa. 3 ed. Brasília: EdUnB, 1997, p. 34.

⁶⁶ LORAUX, Nicole. *Invenção de Atenas*. Trad. Lilian Valle. Rio de Janeiro: 34, 1994, p. 37-38.

⁶⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. 1, para quem o princípio estruturante da diferenciação por estratos consiste na desigualdade de distribuição de poder e riqueza entre os membros do grupo social.

⁶⁸ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 161-197.

⁶⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 38.

⁷⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 33.

subsistência. A casa é o lugar em que essa contínua luta e conservação da vida e saúde se manifesta.⁷¹

A partir desta delimitação do privado, como se desenvolve a experiência da esfera pública na Atenas clássica?

A materialização da vida pública ocorre por intermédio da emancipação propiciada pelo exercício de todas as potencialidades do homem como cidadão. A *ágora*, local das discussões em torno das questões fundamentais da *polis*, é o espaço em que essa potencialidade poderá ser ativada. A formação dos homens públicos ocorrerá na *academia*, no *liceu*. Os rituais públicos de deliberação e julgamento trazem essa mesma dimensão emancipatória, reservada aos filhos da *polis*.⁷²

Nesses contextos de discussão, encontro e argumentação, o homem grego se vê livre das amarras que o transformavam num ser desprovido, ao menos em parte, de sua liberdade, e realiza aquilo que seria conhecido, no futuro, como o “ideal grego” a conjunção de várias formas de sociabilidade numa *polis* democrática.⁷³

Não parece necessário aprofundar a reflexão em torno do alcance parcial do regime democrático ateniense – trata-se de um lugar-comum. Apenas para registro, cabe notar que grande parcela da população estava excluída do espaço de deliberação, e os atenienses, em regra, eram bastante rigorosos em casos de concessão da cidadania a estrangeiros, como destaca Claude Mossé.⁷⁴ O que interessa frisar é a clara e demarcada delimitação, nas palavras de Cristiano Paixão, “entre público e privado na experiência democrática ateniense que permaneceu irrepetida no curso da história”.⁷⁵

No período histórico que se convencionou designar como Antiguidade as duas civilizações proeminentes foram Grécia e Roma. Há evidentes pontos de

⁷¹ MOSSÉ. *Atenas: a história de uma democracia*. Op. cit., p. 55.

⁷² SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 102-103, grifos do autor.

⁷³ A seguinte passagem de Hannah Arendt sintetiza a linha de pensamento até descrita: “O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se ocupassem à vida na *polis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado”. ARENDT. *A condição humana*. Op. cit., p. 40.

⁷⁴ MOSSÉ, Claude. *O processo de Sócrates*. Trad. Arnaldo Marques. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990, p. 68.

⁷⁵ ARAÚJO PINTO. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. Op. cit., p. 23.

contato e circulação de ideias entre elas, mas existem, também, diferenças marcantes. Uma delas, como se verá, diz respeito à organização política.

Norbert Rouland comenta que o mundo romano não conheceu a experiência democrática. As tentativas de implementação de formas hegemonicamente populares de exercício do poder político na república romana, pelos irmãos Graco, foram severamente punidas por reações do patriciado, que detinha o poder político no Senado e concentrava as decisões fundamentais em suas mãos desde a quase lendária expulsão dos reis etruscos de Roma (usualmente fixada em 509 a.C.).⁷⁶

Do mesmo modo, é evidente a incompatibilidade entre o regime democrático e o Império, que compreendia a centralização do poder político e a ausência de responsabilidade do Imperador.

Consignada essa diferença fundamental, Moisés Finley ressalta um dado, extraído da experiência romana, de grande relevância para a reconstrução do Estado de Direito: a universalidade do Império.⁷⁷

Ao contrário do mundo grego, fraturado em estruturas autônomas e muitas vezes conflitantes entre si, a civilização romana consegue estabelecer-se como fonte única do poder político ao incorporar novos territórios⁷⁸. A conquista romana desenvolve-se sob duas grandes modalidades: nas localidades com cultura, memória e identidade estabelecidas e institucionalizadas (Mesopotâmia e Egito) há um processo de recepção e absorção da herança cultural.⁷⁹

Por outro lado, a respeito das comunidades que, à época da dominação romana, ainda não havia estabelecido uma memória escrita, há pura e simples anexação, com forte mobilização de prisioneiros que serão utilizados posteriormente como escravos ou soldados.⁸⁰ Isso permitiu a construção de um império com as condições ideais para impor seu direito a todos os confins de seu território.

Ainda que não seja pertinente, neste momento do trabalho, ingressar na discussão em torno dos fatores históricos que conduziram à lenta decadência da civilização romana, é relevante perceber a dimensão universal que acabou

⁷⁶ ROULAND, Norbert. *Roma, democracia possível?* Os agentes do poder na urbe romana. Trad. Ivo Martinazzo. Brasília: UnB, 1997, p. 57.

⁷⁷ FINLEY. Introdução. Op. cit., p. 13-14.

⁷⁸ Ibid., p. 14.

⁷⁹ ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. Trad. Beatriz Sidou. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 55.

⁸⁰ Ibid., p. 56.

assumindo o direito romano. Foi justamente esse caráter geral de sua experiência um dos aspectos que facilitou o desenvolvimento do cristianismo na Antiguidade tardia e possibilitou a lenta e fecunda interação entre os mundos do Império e da Cristandade, combinação essa que alicerçou (junto com a contribuição germânica) a civilização medieval.

Com efeito, a Igreja Católica é a principal herdeira da universalidade do Império Romano. “Na expressão *translatio imperii, translatio studii* está sintetizada a passagem da herança clássica à Cristandade”⁸¹. Essa universalidade permitirá que o homem medieval encontre uma explicação global para sua presença no mundo, visão essa que contará, desde a primeira Idade Média⁸², com a mediação da Igreja Católica.⁸³

Na civilização do Ocidente medieval, será materializada a cosmovisão cristã num mundo perseguido pela ameaça moura e pelas pretensões bizantinas, cada vez mais distintas da orientação da Igreja Romana. Essa visão de mundo começou a ser forjada num período de ruína do Império Romano do Ocidente e de gradual crescimento da influência do Cristianismo.

Qual será, então, a influência do estabelecimento dessa visão de mundo hegemônica, dessa unidade espiritual que domina o Ocidente medieval, na distinção público-privado?

Para responder essa pergunta é necessário resgatar uma determinada expressão da mentalidade típica da civilização medieval: a ideia de que a vida humana (e a conseqüente posição dos homens na sociedade) constitui uma representação de uma divisão que tinha origem celeste⁸⁴. É a teoria das três ordens,

⁸¹ SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Lisboa: Hugin, 1998, p. 122.

⁸² FRANCO JÚNIOR, Hilário. *A idade Média: nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 14.

⁸³ “É fundamental observar que durante toda a Antiguidade o homem esteve envolvido por uma cosmovisão, uma explicação abrangente acerca de sua presença no mundo, que pressupunha uma dada ideia de natureza e de cosmos e que possuía fundo religioso e gnoseológico. Essa orientação pode ser encontrada na grande parte das correntes filosóficas gregas, desde os pré-socráticos até os filósofos clássicos, estoicos e neoplatônicos. Autores dessas últimas duas escolas mantiveram contato com o mundo romano e transplantavam para o novo ambiente a cosmovisão forjada na Grécia Antiga. Cícero é um autor representativo dessa comunicação, pois foi o responsável pela tradução do grande sistema de educação e formação do homem grego, a *Paideia*, transformada na *Humanitas* latina. Sua obra está repleta de influências de filósofos gregos.” CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 79.

⁸⁴ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. Op. cit., p. 19-50.

que busca justificar a existência de *estratos* na sociedade com uma explicação sobrenatural.⁸⁵

Há, nesse período, a submissão da pessoa à ordem, ou seja, a diluição da ideia de indivíduo numa camada da sociedade. Para Cristiano Paixão, tal característica ajuda a compreender, inclusive, a tendência tardo-medieval de organização de grupos de artesãos em clubes, corporações de ofício⁸⁶. Ficando explicitado, assim, o aspecto global da experiência social na Idade Média, em que cada etapa da vida revela a influência da visão de mundo cristã.

Jacques Le Goff afirma que esse contexto se reflete na celebração do contrato feudo-vassálico, cerimônia religiosa que marca o juramento de fidelidade de um vassalo a seu suserano. Era um momento solene, abençoado pelo clérigo local e com evidentes consequências sociais, econômicas e militares, como a destinação de parte da produção agrícola ao senhor feudal; e o juramento de fidelidade, que incluía a promessa de proteção contra invasores externos.⁸⁷

Esse quadro sofreria modificações com o final da civilização medieval, trazido pela quebra da unidade espiritual do Ocidente (reformas religiosas que originam o surgimento de credos e igrejas protestantes), pela revolução científica e pelo advento do renascimento florentino.⁸⁸

Permanece, porém, mesmo com esse impulso de mudança – que se localiza entre os anos 1500-1700 – a diferenciação por estratos, em que a noção de indivíduo não significa o exercício do livre-arbítrio. A figura do indivíduo, na acepção moderna, ainda não se havia configurado. Entretanto, podem ser observadas, nas lutas políticas e religiosas que marcam o cenário europeu nos séculos XVI e XVII, as origens da doutrina liberal que prevaleceria após a queda do Absolutismo, ao final do século XVIII.⁸⁹

A própria teoria jurídica refletirá essa tendência, com o surgimento das doutrinas usualmente agrupadas sob a denominação jusnaturalismo racional⁹⁰. Com a quebra da unidade espiritual do Ocidente, era preciso deslocar para o exterior da

⁸⁵ DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. Trad. Maria Helena da Costa Dias. 2 ed, Lisboa: Estampa, 1994, p. 81.

⁸⁶ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. Op. cit., p. 26.

⁸⁷ LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente*. Trad. Maria Helena da Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1993, p. 325-328.

⁸⁸ Cf. BRONOWSKY, Jacob; MAZLISH, Bruce. *A tradição intelectual do Ocidente*. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 213.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 217.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 218.

doutrina cristã a justificação para a vigência do direito. E isso foi possível com a modificação empreendida por vários autores dos séculos XVI, XVII e XVIII que, com numerosas orientações metodológicas e diversas inspirações antropológico-filosóficas concentrarão no indivíduo o centro de suas investigações.

Começam a surgir, logo, os princípios gerais que informarão a natureza humana, na interpretação dos vários autores da tradição racionalista. Entre esses princípios podem ser encontrados: não causar dano a ninguém; agir de acordo com uma ética universal; dar a cada um o que é seu; respeitar os contratos e os compromissos.⁹¹

Em todas as versões tratar-se-á de um direito natural secularizado, que dispensará a explicação divina para a presença do homem no mundo e seu posterior destino.⁹²

Cristiano Paixão observa que:

Paralelamente a essa formulação teórica dessacralizada, permaneceria, contudo, a organização política baseada na divisão social dos estratos, como remanescente da experiência universal. As “ordens” podiam agora ser chamadas “estados”, mas a estruturação social permanecia marcada pela distribuição desigual de poder e riqueza. As tensões nas sociedades europeias aprofundavam-se, e isso pode ser notado pelas lutas confessionais e pelo combate ao absolutismo real. De início, a manifestação de crenças não-ortodoxas e religiões dissidentes no panorama europeu gerou uma série de lutas e conflitos armados que marcou, de modo traumático, a experiência social como um todo. Desde a repressão aos huguenotes franceses até a perseguição aos protestantes (e, posteriormente, aos anabatistas em algumas regiões da Europa do Norte, ter-se-á materializado uma cisão sem precedentes na história.⁹³

Além disso, uma outra arena de conflitos – o cenário político – revelará, no século XVII, o esgotamento da teoria política medieval. É o que se observa num decisivo momento histórico: o confronto, na Inglaterra seiscentista, entre a monarquia Stuart e o Parlamento. Como se sabe, a crescente radicalização dos seguidores do monarca e dos membros do Parlamento conduziu o país à guerra

⁹¹ KAUFMANN, Arthur. Teoría de la justicia: Um ensayo histórico-problemático. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n. 25. Granada: Universidad de Granada, 1985.

⁹² Ibid.

⁹³ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 28.

civil, com a execução de Carlos I em 1649 e a instalação de um governo ditatorial, segundo informa Herman Nébias Barreto.⁹⁴

A posterior restauração monárquica, ainda no século XVII, foi concluída com a passagem da soberania para o Parlamento.⁹⁵

O movimentado século XVII inglês é objeto de vasta literatura no campo histórico. Interessa aqui salientar, a partir dessa experiência histórica, a modificação política que repercutirá no mundo do direito. Na verdade, o século XVII explicita a crise de uma outra concepção medieval: a ideia de constituição mista.⁹⁶

Cabe agora dedicar algumas linhas á noção de constituição mista, tal como desenvolvida na teoria política medieval.

Observe-se a descrição de Maurizio Fioranvanti:

A constituição mista serve [na Idade média] para defender a natureza faticamente plural e composta da sociedade e dos poderes nela expressados; o que se teme, nesse modelo, é o nascimento de um poder público que venha romper esse equilíbrio, que se sinta legitimado para alimentar, desmensuradamente, pretensões de domínio.⁹⁷

Referindo-se especificamente aos séculos XVI e XVII, Maurizio Fioranvanti assinala que essa concepção de constituição mista perdura ao longo da experiência européia, sofrendo alterações de grau – comunidades políticas em que uma maior parcela de liberdade e influência na deliberação política é reservada aos nobres, ou, em outra hipótese, reinos em que há uma esfera maior de poder concentrado no monarca – mas conservando, em sua estrutura, a ideia de organização política e social plural, com diversos ordenamentos e formas de vigência do direito, sem um momento constitucional inicial definido.⁹⁸

A manutenção da constituição mista medieval é particularmente visível no parlamento inglês, “em que conviviam, inclusive fisicamente, os três elementos da

⁹⁴ BARRETO, Herman Nébias. *A petition of right e o rule of law*. Belo Horizonte, 2001, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 57-63.

⁹⁶ ASHLEY, Maurice. *The english civil war*. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2001, p. 44.

⁹⁷ FIORANVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antegüedad a nuestros días*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2004, p. 128.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 129.

constituição mista, a saber, o rei, os *Lords* como expressão do componente aristocrático e os *Commons* como expressão do componente democrático”⁹⁹.

Daí ser possível concluir que a expressão “constituição” utilizada nesta representação da “constituição mista” não guarda relação com o uso moderno do termo: não existe, na prática e na teoria política, até fins do século XVII, a consagração de um documento – que projete sua legitimidade na soberania popular – destinado a propiciar, na dicção comumente repetida, o “estatuto jurídico do político”.

Essa é a principal crítica dirigida por Hegel à prática constitucional medieval, a partir de sua análise do panorama alemão do início do século XIX, consoante a síntese propiciada por Maurizio Fioravanti:

Hegel lamentava que os alemães considerassem “constituição” o que era resultado – adquirido essencialmente na prática – de uma série de contratos, pactos, atos de arbitragem, freqüentemente sancionados apenas do ponto de vista formal mediante sentenças dos tribunais. Os alemães estavam fortemente apegados a esse patrimônio consuetudinário, que consentia a cada território, a cada autoridade, a cada estamento obter seu próprio espaço, gozar de determinadas imunidades e liberdades, de determinados privilégios e direitos.¹⁰⁰

A crítica hegeliana é especialmente importante para a reconstrução que aqui se apresenta, pois ela explicita a dificuldade em efetuar a distinção, tanto na Idade Média como no período imediatamente subsequente (séculos XVI e XVII), entre público e privado. Percebe-se, logo, que a esfera pública não se faz presente de forma dissociada dos interesses e ordenamentos de feição privada. A própria distinção público-privado perde sua importância teórica e conceitual.¹⁰¹

Destarte, o que se torna manifesto, nesse panorama de multiplicidade de ordenamentos, fontes e instituições que originam e aplicam o direito, é a *inexistência de um domínio público* apto a propiciar uma mínima separação entre a experiência política e os diversos interesses (de caráter privado) protegidos por construções teóricas como a ideia de sociedade trifuncional e constituição mista, típicas da teoria

⁹⁹ Ibid., p. 128.

¹⁰⁰ Ibid, p. 134.

¹⁰¹ Cf. HEGEL. *Princípios de Filosofia do Direito*. Op. cit.

política medieval, que mantêm sua força persuasiva mesmo nos séculos iniciais da Era Moderna¹⁰².

Com essa narração, o que se observa, por trás dos embates entre o Rei e o Parlamento na Inglaterra, é a dificuldade cada vez maior da nobreza de ocultar as assimetrias presentes na forma de diferenciação por estratos e a evidente crise da ideia de constituição mista.¹⁰³

As aspirações individuais – titularizadas pelas diversas forças políticas e sociais em ação – mostram-se incompatíveis com o rígido, e cada vez mais elaborado, regime de diferenciação dos estratos. Para que surgisse uma nova configuração social – apta a ensejar uma nova ordem política – seria necessário, aguardar até o final do século XVIII.

2.1.2 Da Modernidade até os dias atuais

Nos últimos anos dos Oitocentos, a sociedade ocidental havia passado por uma série de transformações tão significativa que a explicação da vigência do direito com fundamento na teoria do jusnaturalismo racional começava a perder sua capacidade de esclarecimento e persuasão. O aumento do grau de complexidade das relações sociais, a aceleração do devir histórico (a chamada “Era das Revoluções) e a modificação da semântica do tempo ensejaram uma substancial alteração na vigência do direito¹⁰⁴, com a introdução de um movimento inteiramente novo em termos históricos – o constitucionalismo.

Para Cristiano Paixão, duas aquisições evolutivas da sociedade manifestaram-se no limiar do século XVIII: a diferenciação funcional e o surgimento das constituições escritas¹⁰⁵. Elas estão relacionadas entre si e, em última análise, condicionam-se reciprocamente. Convém, então, efetuar breve descrição histórico-

¹⁰² DANTAS, Arsênio José da Costa et al. *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/biblioteca_digital/Sociedade_democr%C3%A1tica_direito_p%C3%BAblico_e_controle_exter.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2010.

¹⁰³ Crise exemplificada na reflexão teórica de Thomas Hobbes, na obra *Leviatã*, escrita em 1651, dois anos após a execução de Carlos I. Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹⁰⁴ ARAÚJO PINTO. *Modernidade, tempo e direito*. Op. cit., p. 88.

¹⁰⁵ ARAÚJO PINTO. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 32.

teórica de cada um desses elementos, a partir da teoria luhmanniana da diferenciação dos sistemas sociais.

Por diferenciação funcional entende-se a fundamental modificação na estruturação da sociedade que possibilitou a superação da diferenciação por estratos pela organização da sociedade em sistemas funcionalmente especializados. Parte-se, do pressuposto de que as condições de comunicação na sociedade passaram a tematizar a existência de problemas determinados (domínios funcionais) em cuja solução se especializa cada subsistema.¹⁰⁶

Deve-se assinalar que é a modificação no princípio estruturador da sociedade: da distribuição desigual de poder e riqueza, o que pressupõe o surgimento de estruturas de hierarquia na sociedade, à especialização funcional, que exigirá a coexistência de vários subsistemas numa sociedade descentrada.

É exatamente essa abertura para a atuação de domínios funcionais especializados que permitirá uma radical modificação na vigência do direito. Não será possível, a partir da diferenciação funcional, estabelecer as bases da cadeia normativa da sociedade com fundamento em doutrinas no direito natural (seja ele de ordem cósmica, moral, teológica ou racional-especulativa).¹⁰⁷

A luta contra o Absolutismo e a busca pela tolerância política e religiosa exigirão uma nova forma de estabelecimento e controle do poder. Essa forma consolidou-se, na imensa maioria dos países ocidentais, por meio de constituições escritas.¹⁰⁸

Torna-se adequado, então, após fixadas as duas premissas fundamentais da passagem para a Modernidade, voltar os olhos ao tema central deste capítulo.

Para que se possa resgatar as tensões, nuances e oscilações da distinção público-privado, ter-se-á de recorrer à classificação que compreenda, da melhor maneira possível, a complexidade das novas formas de organização social e política. Em outras palavras, para que seja aceitável e coerente o discurso em torno do tratamento das esferas do público e do privado da Modernidade até a

¹⁰⁶ Considerando a finalidade precípua deste trabalho monográfico, não se ingressará na discussão sobre as condições de existência, manutenção e auto-reprodução dos sistemas sociais funcionalmente especializados. Para aprofundar o tema, Cf. NAVAS, Alejandro. *La teoría sociológica de Niklas Luhmann*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1989.

¹⁰⁷ Ibid., p. 33.

¹⁰⁸ Ibid., p. 33.

Contemporaneidade, será necessário inserir a descrição nos paradigmas¹⁰⁹ de Estado de Direito verificados ao longo da experiência histórica do Ocidente.

2.2 Os Paradigmas do Estado de Direito

O primeiro paradigma que se identifica na experiência moderna é o do *Estado Liberal*. Aqui o Estado de Direito aparece moldado pelo constitucionalismo clássico, com enorme influência das conquistas decorrentes dos debates – típicos dos séculos XVII e XVIII – contra a intolerância política e religiosa.¹¹⁰

Os direitos previstos nas declarações constitucionais¹¹¹ assumem a perspectiva liberal, no sentido de caracterizarem como liberdades “negativas”, verdadeiras proteções contra o arbítrio estatal. Assim podem ser compreendidas disposições referentes à liberdade, à propriedade e igualdade. O Estado, nesse contexto, assume função regulatória, reservando ao mercado a tarefa de promover a distribuição equânime de oportunidades e benefícios.¹¹²

Estruturas do Antigo Regime ainda permeiam aspectos relevantes da vida social, e podem ser consideradas remanescentes da diferenciação por estratos: assim, não há inclusão de toda população adulta nos processos eleitorais e critérios de voto censitário se fazem presentes.¹¹³

Pôde-se perceber, assim, uma grande distorção na relação público-privado. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo político e econômico é superdimensionado¹¹⁴. A invenção moderna da figura do indivíduo – agora libertado das “ordens” ou “estados” que caracterizavam o Antigo Regime –

¹⁰⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 1, mar. 2001, p. 14-15.

¹¹⁰ MACEDO, Dimas. *O discurso constituinte*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 39.

¹¹¹ Por exemplo, as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, conhecidas como o *Bill of Rights*, inseridas em 1791.

¹¹² CADEMARTORI, Sérgio; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Liberalismo e função do Estado nas relações de produção. *Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos*, n. 24, p. 81-91, 1992.

¹¹³ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado Democrático de Direito. *Revista notícia do Direito brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul/dez 1998.

¹¹⁴ LOPES, Sofia Dias. Processo Constitucional e Integridade do Estado Democrático de Direito: novas perspectivas para a liminar em ação direta de inconstitucionalidade (Monografia). *Universo Jurídico*, 2008. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5250>>. Acesso em 29 nov. 2009.

permite que a forma jurídica predominante seja a do contrato, que mantém a afirmação de igualdade entre as partes acordantes, ainda que fictícia no plano material.¹¹⁵

“Como decorrência natural da luta contra o Absolutismo, o público, inteiramente associado ao Estado é visto com desconfiança, ou mesmo reserva”¹¹⁶. Daí a ideia das liberdades “negativas”, garantidas por um governo representativo eleito periodicamente, o que permite uma apropriação do público por uma determinada parte da sociedade, que continua, como no Antigo Regime, a concentrar as oportunidades de distribuição de poder e riqueza.

É nesse contexto histórico que se inicia, como afirmam Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Cattoni, o interesse de delimitar a divisão entre direito público e direito privado. Numa sociedade que estabelece, de forma explícita e propositiva, a limitação dos poderes do Estado, e que privilegia, como observado, a distribuição “natural” de oportunidades pela própria dinâmica social, será fundamental considerar o direito público como aquele repertório mínimo de disposições e instrumentos referentes ao governo representativo, permanecendo uma grande parcela do direito público regida por convenção.¹¹⁷

O direito privado, por seu turno, radicaliza a emancipação do indivíduo, fruto da Modernidade. O elemento central é o contrato, e são pressupostas as potencialidades e capacidades de todo e qualquer indivíduo de firmar pactos, se proprietário de bens e ser regido por um sistema universal de leis gerais e abstratas.¹¹⁸

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1994, p. 59-60.

¹¹⁶ BACELLAR FILHO, Romeo Felipe. *Direito Público X Direito Privado*. Brasília: oabeditora, 2004, p. 3. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2009.

¹¹⁷ CARVALHO NETTO. Menelick de; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 239-240.

¹¹⁸ Ibid., p. 239-240: “Pela primeira vez na história pós-tribal, todos os membros da sociedade são, ou devem ser, proprietários, homens livres e, assim, igualmente sujeitos de direito, capazes, até mesmo o mais humilde trabalhador braçal, re realizar atos jurídicos contratuais como o da compra e venda da força de trabalho. Com o movimento constitucionalista implantam-se Estados de Direito que resultam da conformação da organização política à necessidade de que essas ideias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades matemáticas absolutas e inquestionáveis (caracterizadoras do indivíduo – essa outra invenção da modernidade) pudessem encontrar livre curso e se impor [...] O Direito Privado, por sua vez, corresponderia àquelas verdades propriamente privada.”

Não se materializa, ainda, um direito administrativo independente, na acepção que seria adquirida no final do século XIX. Prevalencia, na doutrina do Estado Liberal, a teoria da irresponsabilidade do Estado.¹¹⁹

Ocorre, porém, que a modificação social que culminou com as Revoluções Francesa e Americana não representou apenas uma radical transformação no sistema político: a laicização da sociedade propiciou, junto com as ascensão econômica da burguesia, o nascimento de uma esfera pública independente, ancorada numa maior liberdade de imprensa, na reorganização do planejamento urbano de várias cidades importantes no século XVIII e na crescente possibilidade de criação de novas esferas públicas de deliberação.¹²⁰ E esse aumento potencial nos canais de comunicação da sociedade não é, ao menos inteiramente, controlável pelo Estado ou por certas camadas da população.

Surgem, portanto, a partir da segunda metade do século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza. Esse processo é acelerado pela Revolução Industrial inglesa, que altera substancialmente o sistema econômico e explicita determinadas dificuldades de acesso a bens de consumo e participação política.¹²¹

São bastante conhecidos os fatores de passagem que marcam a ruptura do paradigma liberal. Dimas Macedo faz referência à eclosão de movimentos revolucionários na Europa, o surgimento e crescimento de doutrinas de feição socialista ou anarquista – que tinham como ponto comum a forte rejeição ao Estado Liberal então vigente – e a organização de setores em novos grupos de pressão, sujeitos coletivos de direito, como associações ou sindicatos profissionais.¹²²

É desse período, como se observa em estudo de Ferdinand Lassale, que datam as primeiras manifestações, já no campo da teoria da constituição, acerca do

¹¹⁹ MENEGHELLI, José Eduardo Neder. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional lícito: prisão preventiva e posterior absolvição do acusado*. Brasília, 2002. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 71-90.

¹²⁰ SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro*. Brasília: EdUnB, 2000, p. 59. Trata-se da conhecida tese de Jürgen Habermas, que data da década de 1960, acerca da construção de uma esfera pública no cenário europeu da metade do século XVIII.

¹²¹ MACEDO, Dimas. *O discurso constituinte*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 13.

¹²² *Ibid.*, p. 399.

estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. O referido autor chega a qualificar as constituições liberais como meras “folhas de papel”.¹²³

Diante da pressão para modificações na estrutura da sociedade, duas alternativas principais se apresentaram: reforma ou revolução¹²⁴. Prevaleceu, como sabido, na Europa Ocidental, a via reformista. A reação do Estado às revoltas e conflitos sociais deu-se mediante uma mudança de paradigma: o surgimento do *Estado Social*¹²⁵. Passam a integrar o rol das constituições escritas, além do núcleo essencial das cartas liberais, novos direitos e novas formas de exercício.¹²⁶

A tônica do Estado Social é a ideia de compensação devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. E pertencerá ao Estado a tarefa de prover essas compensações.¹²⁷

Disso decorre o enorme crescimento dos órgãos e competências do Estado, que assume funções técnicas de aprimoramento da compensação e inclusão de setores da sociedade numa determinada rede de proteção. Naturalmente, quem propiciará essa rede é o próprio Estado.

Novas demandas de compensação e inclusão não cessam de surgir, assim como novas organizações com funções técnicas cada vez mais especializadas no interior do Estado. É uma estrutura circular.¹²⁸

É possível antever, nessa perspectiva, a modificação que será notada na relação entre público e privado. Haverá, no paradigma do Estado Social, a hipertrofia do público, que passa a ser identificado ao Estado. Na verdade, o público esgota-se no Estado, um aparato administrativo-técnico dotado de inúmeras atribuições e com extensas ramificações em vários setores da sociedade. Ganha enorme força, nesse contexto, a tradicional concepção de cidadania como pertinência ao Estado.¹²⁹

¹²³ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 37.

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica a razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 149. Um dos Estados europeus em que esse dilema se manifestou de forma viva foi a Alemanha, no período imediatamente posterior à primeira guerra. Sobre o tema, Cf. HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*. Trad. Cláudio F. da S. Ramos. Campinas: Unicamp, 1993.

¹²⁵ Também intitulado “Estado de Bem-Estar Social”, na tradição anglo-germânica, ou “Estado Providência”, na dicção francesa.

¹²⁶ PIERSON, Christopher; CASTLES, Francis G. (Org.). *The Welfare State Reader*. Cambridge: Polity Press, 2000, p. 144.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1994, p. 42-43.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 74-80.

¹²⁹ Segundo a observação de Menelick de Carvalho Netto, “nessa visão [do paradigma do Estado Social], o público vai se apresentar como estatal, até porque Schmitt, que também é um dos representantes desse paradigma, nos diz claramente que o povo aí só pode ser a massa daqueles

O sistema político procura qualificar-se como centro da sociedade. Invertendo-se a polaridade verificada na práxis do Estado Liberal, a dimensão privada será vista com desconfiança no Estado Social, identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública.

Altera-se, de igual modo, a distinção existente entre direito público e direito privado. Com a premissa de materialização de direitos – reação ao exacerbado formalismo do paradigma liberal – ¹³⁰e a conseqüente transferência para o Estado das novas funções de inclusão e compensação, a delimitação entre direito público e privado deixa de ser ontológica para assumir uma mera ficção didático-pedagógica.¹³¹

A rigor, todo direito é público no Estado Social¹³². Mantendo-se a dicotomia para fins didáticos, convém mencionar o advento de novas formas de juridicidade e a revisão dos fundamentos das disciplinas tradicionais.¹³³

Verifica-se a tendência, em ambas as hipóteses, de confundir os domínios do direito público e do direito privado¹³⁴. O direito administrativo, como disciplina autônoma da teoria e da dogmática jurídicas, aparece no contexto do Estado Social. O celebra caso *Blanco*, ocorrido em Bordeaux no ano de 1873¹³⁵, inaugura a

deserdados, explorados até o máximo pelo capitalismo selvagem [...] É o Estado que tem de assumir o papel de Leviatã capaz de produzir cidadania para essa massa de desvalidos e incorporá-los na cidadania como tal, porque cidadania formal ela tem, ela alcança um direito de voto, mas agora ela precisa da materialização, que o exercício de um voto consciente requereria.” CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 227.

¹³⁰ CARVALHO NETTO. A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição, Op. cit., p. 17.

¹³¹ ARAÚJO PINTO. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 41.

¹³² “É o que Kelsen observa muito bem quando afirma que o Direito Público e o privado não são categorias ontológicas. Para ele, podemos manter a distinção didática entre Direito público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é estatal, todo Direito é criado num parlamento. A quantidade de esfera privada que se deixa é uma convenção.” CARVALHO NETTO. A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição, Op. cit., p. 17.

¹³³ Idbid., p. 41.

¹³⁴ SANTOS. *A crítica a razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Op. cit., p. 149: “O impacto do novo modo de regulação social no direito foi enorme. A monitorização intensificada dos processos econômicos e sociais levada a cabo pelo Estado conduziu ao desenvolvimento de novos domínios do direito, como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito social, todos eles com a característica comum de conjugarem elementos de direito privado e de direito público, esbatendo assim ainda mais a linha de democracia entre Estado e sociedade civil.”

¹³⁵ MENEGHELLI. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional lícito: prisão preventiva e posterior absolvição do acusado*. Op. cit., p. 86.

discussão em torno da responsabilidade estatal e reflete a amplificação do campo de atuação estatal no paradigma do Estado Social.

A chamada crise do Estado Social é ainda um tema central na teoria política contemporânea. Deve-se atentar, porém, para o fato de que suas dimensões, fatores e desdobramentos são muito mais profundos do que uma primeira análise pode perceber.

Como é notório, houve a conscientização, ao longo da década de 1970, o crescimento de endividamento do setor público em várias economias do Ocidente, como decorrência do enorme volume de gastos ocasionado pelas múltiplas funções da máquina burocrático-estatal. A esse contexto somou-se a crise do petróleo, desencadeada a partir do início dos anos setenta. Verificando-se, pois, a limitação das propostas do Estado Social.

Entretanto, Cristiano Paixão faz a seguinte ressalva: “a crise do Estado Social não é exclusivamente fiscal ou administrativa. Ela é, antes de tudo, uma crise de déficit de cidadania e de democracia”¹³⁶.

A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto. A isso se aduziu uma estrutura burocrática centralizada e distanciada da dinâmica vital da sociedade.¹³⁷

A associação entre público e estatal acarretou a construção de uma relação entre indivíduo e Estado que pode ser equiparada à relação travada entre uma instituição prestadora de serviços e seus clientes. Como se sabe ao menos desde o século XX, o distanciamento, a impessoalidade e a hierarquização são atributos básicos do “tipo puro de dominação que se consolidou no Ocidente desencantado”¹³⁸.

A crise de democracia pode ser explicada, entre vários fatores, pela centralidade da presença da política na sociedade. O Estado Social passou, como exaustivamente descrito, a atrair para si a tarefa de prover compensação e inclusão. Isso impulsionou a amplificação de suas ramificações e órgãos especializados.

¹³⁶ ARAÚJO PINTO. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 41.

¹³⁷ LUHMANN. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Op. Cit., p. 44.

¹³⁸ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría et al. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 172, tradução livre.

O problema dessa concepção é que ela vai de encontro a uma das aquisições evolutivas fundamentais da Modernidade: diferenciação funcional. Numa sociedade diferenciada por especialização de funções, não há o domínio de uma parcela da sociedade sobre a outra. “A sociedade moderna é uma sociedade sem centro e sem vértice”, nas palavras de Niklas Luhmann¹³⁹.

Seus domínios funcionais operam de modo independente, com códigos próprios: os sistemas são, entre si, sistema e ambiente. Quanto maior a diferenciação funcional, mais alto o grau de complexidade e maior o âmbito da comunicação social que o sistema pode suportar. Assim, numa sociedade centrada na política, temas da comunicação social funcionalmente voltada para a política, o que pode acarretar um contexto de des-diferenciação, ou seja, de predomínio de um dos sistemas sociais sobre os demais.¹⁴⁰

É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em andamento – de um novo paradigma: o *Estado Democrático de Direito*. Este decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno, como minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação¹⁴¹, setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor.¹⁴²

A ênfase conferida ao paradigma emergente concentra-se na ideia de cidadania, compreendida em sentido procedimental, de participação ativa¹⁴³. Como seria de se esperar na mudança paradigmática, os direitos consagrados nos modelos anteriores de constitucionalismo são redimensionados. Verificam-se, no interior da sociedade, novas formas de associação: organizações não-

¹³⁹ LUHMANN. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Op. Cit., p. 55.

¹⁴⁰ ARAÚJO PINTO. *Modernidade, tempo e direito*. Op. cit., p. 235-237.

¹⁴¹ Interesses difusos.

¹⁴² SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A superação da condição de empresa estatal dependente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 9-49, out/dez 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33304>>. Acesso em 20 fevereiro 2010.

¹⁴³ AGUIAR, Roberto Armando Gomes de. Procurando superar o ontem: um direito para o amanhã. *Notícia do direito brasileiro*, Nova série, n. 9, p. 59, 2002.

governamentais, sociedades civil de interesse público, redes de serviços não verticalizadas.¹⁴⁴

2.3 A supremacia dos direitos fundamentais e a revalorização do Privado

Analisando-se retrospectivamente a dicotomia nos dois paradigmas do Estado de Direito, percebe-se que, não obstante a oscilação de orientação entre público e privado, há uma linha de continuidade entre os dois modelos de constitucionalismo: ambos tendem a diluir o público no estatal.¹⁴⁵ Ocorre, porém, que, com a emergência dos movimentos sociais mencionados, não há mais como identificar o público com o Estado.

Leiam-se as conclusões a que chega Cristiano Paixão:

Na verdade, as manifestações que surgem de forma difusa em setores da sociedade veiculam reivindicações de direitos que não podem ser atendidos (mediante compensação) pelo Estado, que é, em grande parte das situações, responsável (por ação ou omissão no dever fiscalizador) pelos danos que ocasionam as próprias reivindicações (os exemplos mais evidentes concentram-se nas demandas relativas à tutela do meio ambiente, ao direito do consumidor, à defesa do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico e à atenção a pessoas portadoras de necessidades especiais).¹⁴⁶

De outra parte, com a chegada do Estado Democrático a esfera privada aparece revalorizada¹⁴⁷. Tanto é assim que a proposta discursiva de Jürgen Habermas procurará, na formulação teórica do Estado Democrático de Direito, resgatar as pretensões de autodeterminação, autonomia e liberdade, que estão na base de sua teoria do agir comunicativo e de sua proposta de releitura da

¹⁴⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma Administrativa Brasileira sob o Impacto da Globalização: uma (re)construção da distinção entre o Público e o Privado no âmbito da Reforma Administrativa Gerencial. In: ANUÁRIO GEDIM 2002 – *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Porto: Almedina, 1999, p. 97.

¹⁴⁶ ARAÚJO PINTO. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. Op. cit., p. 44.

¹⁴⁷ Na reflexão propiciada por Jürgen Habermas, a subordinação da dimensão individual privada, a uma determinada visão de bem público (em grande parte dos casos, de modo coercitivo) é uma das insuficiências constatadas na teoria política de Karl Marx.

racionalidade construída no Ocidente.¹⁴⁸ E evidentemente, a efetividade dessas premissas, utilizando as palavras de Roberto Aguiar, depende da “existência de uma esfera privada independente do poder administrativo”¹⁴⁹.

Observa-se, pois, que as esferas do público e privado, tratadas, tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no do Estado Social como opostas, passam, num cenário de construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, a serem vistas como complementares. E é essa mesma relação de complementaridade que norteará a redefinição da dicotomia público-privado do direito.

Numa sociedade complexa, algumas distinções conceituais parece tornarem-se fluidas e variáveis. O direito privado passa a ter espaços regulamentados em lei. Isso se torna visível especialmente no direito de família. E, da mesma forma, algumas das disciplinas antes classificadas como de direito público passam a assumir uma feição cada vez mais aberta à possibilidade de argumentação, à inserção de elementos ligados à iniciativa individual. Um exemplo ilustrativo são as normas que autorizam transação penal ou suspensão da punibilidade em face da admissão da prática do ilícito.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, essa modificação de enfoque se reflete com especial relevo no direito administrativo. a redefinição do Estado não se reporta apenas ao tamanho de seu aparato; ela também pressupõe o questionamento do forte apelo hierárquico e verticalizante que norteia várias noções de direito administrativo desde sua sistematização doutrinária.¹⁵⁰

Figuras jurídicas clássicas como a de “discricionariedade da Administração” ou a de “ato de império” passam a ser observadas, sob o ponto de vista de uma crítica “radicalmente” democrática, como esferas de atuação do poder administrativo que atuam, por grande período de tempo, isentas de qualquer controle ou discussão por parte da sociedade, o que pode ser interpretado como decorrência da submissão do público ao estatal.¹⁵¹

¹⁴⁸ OUTHWAITE, William. *Habermas: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 1994, p. 82.

¹⁴⁹ AGUIAR. Procurando superar o ontem: um direito para o amanhã. Op. cit., p. 70.

¹⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 233.

¹⁵¹ Ibid., p. 233-234.

Vive-se imerso na intensa dinâmica do tempo histórico presente¹⁵². A emancipação de uma esfera pública independente dos comandos estatais e que viabiliza a redefinição da relação entre a dimensão privada da existência e o aspecto público da organização social constitui o maior desafio a ser enfrentado por sociedades que pretendam ser democráticas.

A sobrevivência e a renovação do constitucionalismo, como construção social típica do mundo moderno, dependem, em grande parte, dessa relação complementar. E o direito administrativo, como ramo do conhecimento jurídico apto a propiciar, em seu campo de abrangência, a mediação entre esses pólos, reveste-se de uma importância imensurável.

A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de padrões tradicionais.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso aponta como sendo os principais protótipos: (i) *A conversão do princípio da legalidade administrativa em princípio da juridicidade*: admitindo-se que a atividade administrativa possa buscar seu fundamento de validade diretamente na Constituição, que também funciona como parâmetro de controle; (ii) *A possibilidade do controle judicial do mérito administrativo*: com base em princípios constitucionais como a moralidade, a eficiência, a segurança jurídica e, sobretudo, a razoabilidade/proporcionalidade; (iii) *A redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado*: com o reconhecimento de que os interesses privados (direitos fundamentais) podem recair sob a proteção da Constituição e exigir ponderações em concreto¹⁵³, sendo este o objeto de estudo deste trabalho.

¹⁵² ARAÚJO PINTO. *Modernidade, tempo e direito*. Op. cit., p. 179.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

3 OS RISCOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A tônica deste capítulo está na investigação da principal problemática desta pesquisa científica. Busca-se aqui, avaliar se há, em termos concretos, riscos na adoção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação do Direito Administrativo para o Estado Democrático de Direito, tendo por alicerce os institutos, teses e experiências históricas estudados nos capítulos antecedentes.

Com esse objetivo, optou-se por fragmentar essa questão em duas análises anteriores e complementares, que darão subsídios para a resposta da pesquisa.

A primeira parte irá tratar dos conflitos entre os direitos fundamentais e os interesses públicos. Nela se argumentará sobre a impossibilidade de prioridades absolutas quando do confronto dos interesses públicos com o manancial de direitos considerados fundamentais.

A segunda se dedicará às respostas possíveis, com base na análise do princípio da supremacia do interesse público a partir da técnica de ponderação de interesses e da teoria personalista, à luz do processo de constitucionalização do Direito Administrativo.

3.1 Conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos

Para a maior parte da doutrina, “a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de ânimo constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais”.¹⁵⁴

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 22.

Nesse mesmo contexto, tem-se entendido que o caráter principiológico das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais permite ao legislador que, através de uma ponderação constitucional dos interesses em jogo, estabeleça restrições àqueles direitos, sujeitas, no entanto, a uma série de limitações, conhecidas, na expressão de Gilmar Ferreira Mendes, como “limites dos limites”¹⁵⁵.

É bem verdade que nem toda a doutrina aceita a ideia de que as limitações aos direitos fundamentais possam ser estabelecidas através de uma ponderação de interesses. Há uma corrente minoritária, conhecida como “teoria interna” das limitações aos direitos fundamentais, que sustenta que a correta definição do âmbito de proteção destes direitos já bastaria para evitar colisões. Esta definição deveria levar em conta os outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, cabendo ao aplicador, em casos de conflitos aparentes, encontrar a norma mais adequada para o caso, à luz das suas circunstâncias específicas, ao invés de ponderar princípios.¹⁵⁶

Para a Teoria Interna, portanto, não haveria propriamente restrição a direitos fundamentais, mas a definição de sua abrangência, através da demarcação de limites iminentes. Essa corrente critica a ideia de ponderação, sob a argüição de que se trataria de procedimento irracional e irrefreável, que geraria incerteza jurídica e confundiria as funções do Judiciário com a dos poderes eleitos, não se harmonizando por isso com a democracia.¹⁵⁷

Entretanto, o preço que ela paga por recusar as ideias de restrições a direitos fundamentais e de ponderação são considerados, para a linha adotada neste trabalho monográfico, caros demais, conforme denota Daniel Sarmento nas seguintes palavras:

Por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser drasticamente reduzido, para evitar os conflitos potenciais com outros bens constitucionalmente tutelados. E, por outro, o juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos, que substituiria, para esta teoria, o recurso à ponderação, acaba se revelando ainda mais subjetivo e

¹⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 241-280.

¹⁵⁶ SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Uma alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires: La ley, 2000, p. 130-144.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 130-144.

incontrolável do que a própria ponderação. Ou seja, os maiores problemas debitados à ponderação – debilitação dos direitos fundamentais, insegurança metodológica e falta de legitimidade democrática do Judiciário para operá-la – não são solucionados, mas antes agravados pela teoria interna.¹⁵⁸

Tem sobressaído, não só na doutrina, mas também no âmbito da jurisdição constitucional brasileira e estrangeira a chamada “teoria externa”, que tende a tratar os direitos fundamentais como princípios, admitindo restrições a eles com base no método da ponderação de interesses.¹⁵⁹

Essa ponderação de interesses, segundo a Teoria Externa, é realizada pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendida por ele se revele inconstitucional. Em algumas hipóteses, tem-se aceitado, conforme exposto na doutrina espanhola, até mesmo a ponderação de interesses feita diretamente pela Administração Pública.¹⁶⁰

Há, porém, uma crescente preocupação em criar parâmetros para realização destas ponderações, no objetivo de diminuir as margens de incerteza e de arbítrio judicial da sua realização, e evitar o enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Mas, antes de cogitar-se em ponderação, apresenta-se necessário verificar se, realmente, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado. Aqui é importante destacar que, com grande frequência, a correta identificação do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais.¹⁶¹

Isso porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é

¹⁵⁸ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 80.

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo; Malheiros, 2008.

¹⁶⁰ SANTIAGO, José Maria Rodriguez de. *La ponderación de bienes e intereses em El Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000.

¹⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20.

fato incontestável que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece o bem-estar geral. “As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados.”¹⁶²

Atente-se para o fato de que, em decorrência da incorreta identificação do interesse público, inúmeras vezes se apontam conflitos que sequer existem. Como exemplo, tem-se o caso em que a Administração Pública quisesse proibir a realização de uma manifestação no centro de uma cidade, sob o argumento de que ela comprometeria gravemente o trânsito de vias importantes, invocando, para tal fim, a supremacia do interesse público sobre o privado. Talvez a maioria das pessoas daquela comunidade até apoiasse a medida, por não se identificar politicamente com os objetivos da manifestação, e sentir-se prejudicada por ela nos seus interesses mais imediatos. Mas, de certo, a leitura mais adequada do interesse público seria aquela que prestigiasse em primeiro lugar não as conveniências do trânsito de veículos, mas a relevância do exercício de liberdade de reunião para o bom funcionamento de uma sociedade democrática. Portanto, no caso descrito, a rigor, não existiria conflito, mas convergência entre os interesses público e privado.¹⁶³

Por outro lado, os próprios direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Nesse ponto, é de se destacar a importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁶⁴, que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos, mas constituem também as próprias “bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade”.¹⁶⁵

“Como se sabe, a ideia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política”,¹⁶⁶ que devem refletir por todo o seu ordenamento, e atuar não só como

¹⁶² SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 81.

¹⁶³ Ibid., p. 82.

¹⁶⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. Note-se que foge ao objetivo deste trabalho examinar o tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais detidamente, razão pela qual se faz referência à obra que aprofunda o assunto.

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 239.

¹⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 144.

limites, mas também como impulso e parâmetro para a atuação dos Poderes Públicos.

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 promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas derivadas de terceiros.

Nas conclusões de Daniel Sarmento, 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.”¹⁶⁷

A partir do já exposto, é possível inferir que o que se delineia é muito mais uma situação de convergência entre interesses públicos e particulares do que uma situação de colisão entre eles. Essa situação, frise-se, não constitui a exceção, mas a regra dos casos vivenciados na realidade prática.

No pensar de Peter Härberle, em grande parte dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses de seus membros¹⁶⁸. Até porque, o interesse público, na realidade, é composto pelos interesses particulares dos componentes da sociedade, razão pela qual se torna, em regra, impossível dissociar os interesses públicos dos privados, como ressaltou Gustavo Binbenbojm nos seguintes termos:

Muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na medida do possível.¹⁶⁹

Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,¹⁷⁰ esta convergência se acentua, pois nestes casos o

¹⁶⁷ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 83.

¹⁶⁸ apud VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas Acadêmicas com Peter Härbele*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008.

¹⁶⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 29-30.

¹⁷⁰ Art. 225, Constituição Federal de 1988. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos.

Todavia, existem situações em que o interesse da coletividade pode, de fato, chocar-se com direitos fundamentais. Isso acontece porque, de um lado, os direitos fundamentais valem independentemente dos benefícios que possam gerar a coletividade em geral, não constituindo, assim, meros meios para a promoção de interesses públicos.¹⁷¹

Ademais, embora a proteção e promoção dos direitos fundamentais também seja interesse público, como foi enfatizado, há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. Pense-se, por exemplo, no interesse público referente à melhoria do trânsito, ou no concernente ao controle da dívida pública. São genuínos interesses públicos, que, não obstante, podem eventualmente colidir com direitos fundamentais.

Diante desse cenário, a primeira questão que pode ser posta é sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais visando exclusivamente à tutela de interesses coletivos, o que foi respondido negativamente por autores liberais como Ronald Dworkin e John Rawls.

Com efeito, quando Dworkin apresentou sua distinção entre regras e princípios – que atribuía às regras a forma de incidência pautada pela lógica do “tudo ou nada”, enquanto os princípios ostentariam uma dimensão de peso – ele destacou que os princípios dividir-se-iam em duas espécies: princípios em sentido estrito e diretrizes políticas (*policies*).¹⁷²

Para Dworkin, os direitos, enquanto diretrizes políticas estabeleceriam metas coletivas. A partir daí, o autor, destacando sua visão liberal e anti-utilitarista do Direito, afirmou que os princípios em sentido estrito, relacionados aos direitos fundamentais, não poderiam ser ponderados com as diretrizes políticas, devendo sempre sobrepujá-las.¹⁷³ Direitos, para ele, podem ser afastados apenas em razão de outros direitos, mas não por considerações relacionadas ao interesse coletivo. E, com base nessa visão, Dworkin sustentou que os direitos valeriam como “trunfos”,

¹⁷¹ ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 201.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 21-28.

¹⁷³ DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 90-100.

que prevaleceriam sempre diante de quaisquer outras razões relacionadas à promoção de objetivos da comunidade.¹⁷⁴

Nessa mesma linha, John Rawls, partindo de premissas muito parecidas, sustentou a prioridade absoluta das chamadas “liberdades básicas” sobre os interesses coletivos. Para Rawls:

A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade básica pode ser limitada ou negada unicamente para a proteção de uma ou diversas outras liberdades básicas, e jamais (...) por razões de bem público ou de valores perfeccionistas.¹⁷⁵

Porém, tais ideias não parecem aplicáveis às realidades constitucionais de países, como o Brasil, que adotaram constituições sociais.

Observe-se que não se questiona, neste ponto, a noção de que a indicação constitucional dos direitos fundamentais implica no estabelecimento de limites para as decisões possíveis no campo do processo político, em nome da proteção da dignidade humana.¹⁷⁶

Nem muito menos se discorda da premissa de que o legislador democraticamente legitimado, e por maioria de razões a Administração Pública, estejam vinculados ao estrito respeito dos direitos fundamentais, que não devem ser sacrificados por razões ligadas a qualquer concepção majoritária sobre o que constitua em cada momento o interesse público.¹⁷⁷

O que se discute é se esta posição privilegiada dos direitos fundamentais, que se baseia não só em sólidos fundamentos morais, mas antes no próprio sistema constitucional, vai ao ponto de lhes atribuir uma prevalência absoluta e integral sobre outros bens jurídicos, mesmo o revestido de estatura constitucional, não importa em que contexto fático.¹⁷⁸

A recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coletivos não parece conciliar-se com a premissa antropológica subjacente às constituições sociais, qual seja, a personalista (teoria

¹⁷⁴ Na definição do autor, direitos seriam “*trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole.*” DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 359.

¹⁷⁵ RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 274-275.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 111-117.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 111-117.

¹⁷⁸ NOVAIS. *As restrições aos Direitos Fundamentais não autorizadas pela Constituição*. Op. cit., p. 604-608. Ainda nesse sentido, cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

estudada a ser estudada adiante) na medida em que não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva.

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas do Estado, embora relevantes, tendem a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação desses direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e políticos – demanda a formulação e implementação de políticas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas.¹⁷⁹

Desse modo, é de concluir ser constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público. Mas será que os direitos fundamentais sempre cedem diante dos interesses da coletividade? Será que seu âmbito de proteção deve ser desenhado de modo a excluir qualquer tutela jurídica sobre exercícios que contrariem interesses da coletividade?

Jorge Reis Novais afirma que na Alemanha, o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) elaborou, na década de 50 do século passado, doutrina que ficou conhecida como teoria da “cláusula de comunidade”, segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cassaria quando o exercício desses direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade.¹⁸⁰

Essa teoria foi, entretanto, muito criticada pela quase totalidade da doutrina, e acabou sendo revista. Dizia-se que ela abria amplas possibilidades para abusos e arbitrariedades, em razão da sua maneira vaga e indeterminada, pondo os direitos fundamentais à disposição dos poderes públicos.¹⁸¹

Além da crítica acima, Daniel Sarmento argumenta que ela degradava os direitos fundamentais, na medida em que permitia o seu sacrifício em nome de interesses da coletividade que muitas vezes sequer possuíam porte constitucional.¹⁸²

¹⁷⁹ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 87.

¹⁸⁰ NOVAIS. *As restrições aos Direitos Fundamentais não autorizadas pela Constituição*. Op. cit., p. 445-449.

¹⁸¹ Ibid., p. 449.

¹⁸² SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 88.

Conclui-se, pois, que tamanha fragilização da força normativa dos direitos fundamentais não seria compatível com regime constitucional que lhes atribui eficácia reforçada, e coloca num primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana.

José F. Lorca Navarrete narra que, na Espanha, a “cláusula de comunidade” também foi rechaçada, através da Sentença nº 22/1984 da Corte Constitucional¹⁸³. Tratava-se de caso em que se discutia um conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e interesses públicos, e no qual o fiscal do Estado tinha alegado exatamente que *“El ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, de general, es de rango superior”*.¹⁸⁴ Na decisão, negou-se essa posição, alegando-se que a afirmação da superioridade dos fins sociais sobre os direitos fundamentais,

(...) conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero há de tratarse de fines sociales que constuyan em si mismos valores constitucionalmente reconocidos la prioridad há de resultar de la propia CE.¹⁸⁵

Note-se que as mesmas conclusões a que chegou a Corte Constitucional espanhola valem para o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, afirmado pela doutrina brasileira, cuja incidência sobre os direitos fundamentais teria o poder de esvaziá-los por completo.

Nesse particular, veja-se que é bem diferente afirmar que a Administração Pública deve perseguir interesses públicos, pertencentes à coletividade, e não aqueles dos governantes, o que pode justificar o reconhecimento de um princípio de tutela do interesse público, e sustentar que estes interesses da coletividade devam prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos.

Em verdade, o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar o sistema

¹⁸³ NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales e jurisprudência*. Madri: Ediciones Pirâmide, 1994.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 66.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 66.

constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais.¹⁸⁶

O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservação passa a depender de valorações altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso. Nesse ponto, veja-se a lição de Paulo Ricardo Schier:

A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclamos do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo o que toca.¹⁸⁷

Por outro lado, recorde-se que a compreensão sobre a preeminência dos direitos fundamentais na ordem jurídica tem levado a melhor doutrina administrativista a repensar a definição clássica de poder de polícia, que ainda hoje se pode encontrar na maioria dos manuais nacionais, segundo a qual se trataria de atividade administrativa voltada à submissão dos direitos individuais aos interesses da coletividade.¹⁸⁸

Esta, na verdade, era uma concepção própria do Estado de Polícia, e que não se concilia com o ideário do Estado de Direito, que postula a plena vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. É o que afirmam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

Es absolutamente inadmisible afirmar, como resulta de ciertas exposiciones y aun de algunas decisiones jurisprudenciales, que la Administración disponga de un poder general implícito o derivado de la cláusula general de orden público (...) para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados em orden a uma hipotética articulación de los mismos com la utilidad común o general. Esta es una tesis rigurosamente procedente del absolutismo

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 109-110.

¹⁸⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>>. Acesso em: 01 mai. 2010.

¹⁸⁸ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 7 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2000.

(...) pero totalmente incompatible com la consituición moderna del Estado de Derecho.¹⁸⁹

O que se mostra plausível inferir é 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. Na realidade, elas demandam um exame mais complexo, que leve em conta toda a rede de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina.

Parece imprescindível recordar, portanto, a lição de José Joaquim Canotilho, que apresenta os limites dos direitos fundamentais sob três formas diferentes: *i.* podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; *ii.* podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva¹⁹⁰; e *iii.* podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.¹⁹¹

O primeiro caso não suscita grandes problemas. Ao positivar um determinado direito fundamental, o poder constituinte pode definir seu âmbito de proteção de modo a excluir previamente determinadas hipóteses e situações, seja em atenção a outros direitos fundamentais, seja em reverência a algum interesse geral da coletividade.¹⁹²

Na ordem jurídica brasileira, por exemplo, o constituinte estabeleceu, com clareza, que a liberdade de reunião não inclui o direito de reunir-se com armas (art. 5º, inciso XVI, CF). Nesse sentido, é claro que o Poder Público pode, visando promover algum interesse público ou necessidade social, desapropriar um bem particular, mediante o pagamento de prévia e justa indenização. E, para isso, não é necessário buscar fundamento em qualquer abstrato princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.¹⁹³

¹⁸⁹ Ibid., p. 63-64.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Wayne Vinicius Di Francisco. Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Incompatibilidades com o sistema jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2353, 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13992>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do Legislador*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 1142-1143.

¹⁹² SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 91.

¹⁹³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos*

Nessas hipóteses, não há sentido em recorrer a qualquer critério de solução de antinomias entre interesses públicos e privados, uma vez que a ponderação entre eles já foi realizada de antemão, em abstrato, pelo próprio constituinte, ao definir os contornos do direito fundamental em causa.¹⁹⁴

Muitas vezes, “a Constituição também autoriza expressamente o legislador a operar a restrição de um direito fundamental, em vez de fazê-lo diretamente.”¹⁹⁵ Nesses casos, o constituinte pode preestabelecer, ou não, as hipóteses e finalidades da restrição.

Quando não há qualquer definição constitucional sobre o sentido e a finalidade da restrição a ser estabelecida pelo legislador, fala-se em direitos fundamentais submetidos a reserva legal simples, e, no caso contrário, alude-se a direitos fundamentais submetidos a reserva de lei qualificada.¹⁹⁶

Nos termos de Gilmar Ferreira Mendes:

No primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou ao atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição.¹⁹⁷

Note-se, todavia, que a atribuição ao legislador de expressa competência para criação de restrição a direito fundamental não implica na outorga a ele de um “cheque em branco”, que o autorize a estabelecer qualquer tipo de limitação ao direito em causa. Entram em questão os chamados “limites dos limites”, que, de acordo com a sistematização doutrinária mais freqüente, envolvem:

(a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão – adequação,

versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 119-172.

¹⁹⁴ SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 11.

¹⁹⁵ TOLEDO, Suzana de Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

¹⁹⁶ BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 127.

¹⁹⁷ MENDES. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. Op. cit., p. 232.

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão.¹⁹⁸

E, no caso dos direitos fundamentais sujeitos à reserva qualificada, pode-se acrescentar a este elenco mais um “limite dos limites”: o enquadramento da restrição instituída pelo legislador aos termos preconizador pelo constituinte.¹⁹⁹

Desse modo, se o constituinte só quis autorizar a realização de interceptações telefônicas “por ordem judicial (...) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”,²⁰⁰ não pode o legislador, em nome do interesse público, permitir a quebra do sigilo das comunicações telefônicas em procedimento administrativo disciplinar, por mais grave que tenha sido a infração, ou mesmo em ação cível em que se apure ato de improbidade administrativa.

Além das situações já expostas, onde a limitação está expressamente prevista no texto constitucional, ainda é possível visualizar os casos em que as restrições aos direitos fundamentais não estão expressamente autorizadas pelo texto constitucional.

Em um primeiro momento, poderia causar estranheza a aceitação da possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem expressa autorização constitucional. Afinal, tais direitos não se encontram à disposição do legislador, mas representam vínculos que o constroem, cerceando, em prol da dignidade da pessoa humana, a sua liberdade de conformação. A posição constitucional desses direitos representaria óbice para as limitações operadas por normas de inferior hierarquia.²⁰¹

Entretanto, a possibilidade de restrições não autorizadas deriva da própria Constituição. Ela se origina do fato de que as constituições em geral hospedam com alguma frequência direitos e outros princípios que podem colidir em casos concretos, e, na maioria dos casos, o constituinte não fixa de antemão os critérios para solução destes conflitos.²⁰²

¹⁹⁸ 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 da supremacia do interesse público*, 2010, p. 93.

¹⁹⁹ BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 128.

²⁰⁰ Art. 5º, inciso XII, CF.

²⁰¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 222.

²⁰² ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit, p. 54.

Essa circunstância torna muitas vezes necessário, em nome da unidade da Constituição, que, mesmo sem expresse permissivo constitucional, se consista com o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando possibilitar o seu convívio com outros bens de estatura constitucional.²⁰³

E é preferível que tais restrições sejam fixadas de antemão pelo legislador, do que se fique sempre a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do direito, seja ele o juiz ou administrador público. Como afirma Carlos Roberto Siqueira Castro, o caráter legislativo da restrição confere, por um lado, maior previsibilidade e segurança jurídica ao cidadão, e, por outro, crisma com maior legitimidade democrática a ponderação realizada.²⁰⁴

Parece correto, porém, que nessas hipóteses de restrições não expressamente autorizadas, a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade.²⁰⁵

Do contrário, admitir-se-ia que interesses de nível legal ou infralegal comprometessem a tutela de direitos constitucionais, o que não só afrontaria o princípio da supremacia da Constituição, como também causaria significativa debilitação ao regime de proteção dos direitos fundamentais, para utilizar o raciocínio de Konrad Hesse.²⁰⁶

Inclusive, essa é uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais. *Como nem todo interesse público possui raízes constitucionais, não é legítimo defender sua prevalência sobre tais direitos.*

3.2 Análise do princípio da supremacia do interesse público: considerações sobre a ponderação de interesses e a teoria da desconstrução.

²⁰³ Ibid, p. 57.

²⁰⁴ CASTRO. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Op. cit, p. 213.

²⁰⁵ ANDRADE. *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. Op. cit., p. 232.

²⁰⁶ HESSE. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. cit., p. 250.

A doutrina e a jurisprudência nacionais, em sua grande maioria, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional.²⁰⁷

Em geral, os juristas encaram a questão com grande naturalidade e, de fato, domina o cenário de um pensamento pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.²⁰⁸

Dentre os administrativistas brasileiros, destaca-se, como grande defensor do dito princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello, que elabora seu discurso partindo de um conceito sumário de interesse público, prolongando-se até as consequências geradas pela aplicação do princípio decorrente de tal conceituação ao direito administrativo pátrio.²⁰⁹ O autor apresenta a noção de interesse público como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, isto é, um interesse comum a todos os indivíduos, e que significa o ideal de bem-estar e segurança desejado pela sociedade.²¹⁰

Para Gustavo Binjenbojm, na medida em que procura destacar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), exclui a separação completa dos conceitos.²¹¹

Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletividade, apresenta como inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de Direito, Celso Antônio concluiu com a ideia de que interesse público e interesse coletivo são sinônimos.²¹² E em seguida, o administrativista direciona os leitores a uma análise, ainda que breve, do conceito e da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na qual resta nítida a sua dificuldade em ser fiel a suas premissas teóricas. Nesse sentido:

²⁰⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo? In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000, p. 84.

²⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 132.

²⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

²¹⁰ “O interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem”. MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 53.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 132.

²¹² MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 51.

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.²¹³

Parece estar na concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, em seguida, de um princípio de supremacia do público sobre o particular o problema fundamental do pensamento de Celso Antônio. Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Para Gustavo Binenbojm, o problema vai além:

A dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa *medida* da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?²¹⁴

Observe-se que a partir desse ponto, Celso Antônio se concentra na vinculação entre determinadas prerrogativas da Administração Pública e o princípio da supremacia do interesse público, já que aquelas, a princípio, se justificariam como decorrência da aplicação deste último. Assim, é possível extrair que o eixo da discussão defendida pelo autor não está em torno exatamente do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, mas dos efeitos que este é capaz de gerar para a Administração Pública.²¹⁵

Em conformidade com a visão de Celso Antônio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro se propõe a analisar a questão em pauta, valendo-se da bipolarização público-privado. Assinala a autora que, mesmo diante de uma relativização desse posicionamento, trazida pelos novos tempos, há determinados axiomas que não se pode ignorar.²¹⁶

Dentre elas, ressalta a função específica das normas de direito público, qual seja, “atender aos interesses públicos, o bem-estar coletivo”.²¹⁷ Nesse contexto, menciona o interesse particular como mero interesse reflexo, quando em análise no

²¹³ Ibid., p. 60.

²¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 134, grifos do autor.

²¹⁵ Ibid, p. 234.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

²¹⁷ Ibid, p. 69.

contexto de normas de direito público. Essas delimitariam o seu âmbito de incidência a um plano único, no qual não se comportaria atender interesses de cunho individual.²¹⁸

Ao reafirmar a imprescindibilidade do princípio da supremacia para o exercício das atividades administrativas, expõe o seguinte pensamento:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual.²¹⁹

Não há como negar, portanto, que toda a sua argumentação é levada a confirmar que o princípio em análise existe, e nele identificar o centro do Direito Administrativo.

No entanto, avaliando mais detidamente as ideias de Maria Sylvia Di Pietro, é possível notar, se visualizarmos por outro ângulo, que a ideia por si proporcionada para interesse público, permeia-se, por vezes, de características peculiares a outros princípios.²²⁰ Por exemplo, ao indicar em sua obra, a contraposição existente entre interesse público e favorecimentos pessoais ou disputas políticas, a autora acaba por inserir diferente contexto argumentativo, o qual vincula estreitamente com os princípios da impessoalidade e da moralidade.²²¹

Identifica-se, outrossim, como exemplo da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado a invalidação de favorecimentos pessoais no uso do maquinário público. Isso porque os interesses particulares de que se trata, na investigação do princípio, não são, obviamente, aqueles ilegítimos, assim considerados em razão de outras normas constitucionais.²²²

Fazendo um estudo conclusivo das palavras de Maria Sylvia Di Pietro, chega-se a seguinte conclusão: a problemática da dicotomia público/privado somente existe quando a Administração Pública está diante de interesses legítimos

²¹⁸ Ibid, p. 69.

²¹⁹ Ibid, p. 70.

²²⁰ ARAGÃO, A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. Op. cit., p. 18.

²²¹ “Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, ou beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, está fazendo prevalecer o interesse individual sobre o público, e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal”. DI PIETRO. *Direito Administrativo*. Op. cit., p. 70.

²²² SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 7.

de ambos os lados, quando então deverá socorrer-se de algum critério normativo para equilibrar os interesses em conflito na busca da solução constitucional e legalmente apropriada.

Para Hely Lopes Meirelles, o direito privado e o direito público encontrariam na relação entre os sujeitos de direito a sua principal distinção, visto que o primeiro basear-se-ia na paridade entre referidos sujeitos, ao passo que o segundo pautaria dita relação no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, isto é, na supremacia do interesse público em face do cidadão. Ademais, assim como Celso Antônio, vincula o princípio da supremacia do interesse público a privilégios e prerrogativas que dele resultam.²²³

Gustavo Binbojm esclarece que não obstante o pensamento inicial do autor, ao longo de sua argumentação, o jurista pontua observação específica, a qual, ao fim, fez cair por terra todo o encadeamento lógico de seu posicionamento, pois acaba criando uma confusão na ciência administrativista, ao afirmar o princípio da supremacia do interesse público como regra de solução de conflitos.²²⁴

Para ilustrar o conflito de ideias que há na visão de Hely Lopes Meirelles, observe-se os trechos citados abaixo:

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. (...) Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia.²²⁵

Nota-se, assim, a falta de nitidez em relação a qual diretriz filiar-se quando da aplicação do princípio em discussão. Parece óbvio que o autor não superou o obstáculo da abstração teórica, tornando árdua a tarefa de conectar tais dizeres com a realidade material, na qual incide o princípio.

Fábio Medina Osório também faz uma ampla defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. O autor admite seja a

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43.

²²⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 136.

²²⁵ MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. Op. cit., p. 43.

supremacia do interesse público sobre o privado um princípio constitucional implícito, extraído da leitura sistemática de diversos dispositivos os quais protegem o interesse público na Constituição Federal.²²⁶ Diz o autor:

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens objetivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado. (...) Todos esses dispositivos evidenciam peculiares manifestações do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado, dado que do conjunto de muitas dessas regras emerge um elemento comum: a superioridade do interesse público sobre o privado. Há muitas outras normas constitucionais que evidenciam o princípio em exame, na medida em que protegem bens coletivos.²²⁷

Os fragmentos acima expostos deixam evidente a tese em favor da predominância do coletivo sobre o privado, raciocínio a qual revelaria o princípio da supremacia do público sobre o privado. Neste contorno, o autor deixa firmada a possibilidade de se diferenciarem interesses coletivos de interesses individuais.²²⁸

Em consonância com o pensar de Fábio Medina Osório, embora, em alguns casos, o interesse público venha a se identificar com o privado, não se pode ignorar a diferença existente entre os interesses públicos, equivalentes aos interesses coletivos, e os privados, residindo, nesta distinção, a separação entre o público e o privado. Tal dissociação permitiria, assim, a consagração de um princípio

²²⁶ OSÓRIO. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo?

Op. cit., p. 87.

²²⁷ Ibid, p. 98.

²²⁸ Ibid, p. 99.

pautado na supremacia enquanto resultado de uma equação na qual se consideram dois fatores: o público e o privado.²²⁹

Em contraposição ao pensamento reverenciado pela doutrina já exposta, Humberto Bergmann Ávila produziu um trabalho que transformou o pensamento administrativista e suscitou a abertura para uma nova visão do Direito Administrativo. Nesse trabalho o autor demonstrou de modo categórico o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.²³⁰

Para Humberto Ávila, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser compreendido como norma-princípio, seja sob o aspecto conceitual, seja sob o aspecto normativo, nem tampouco pode ser entendido como um postulado normativo.²³¹

No âmbito conceitual é possível separar o princípio em questão de toda construção doutrinária sobre os princípios jurídicos. Neste aspecto, fica clarividente a distinção entre a regra abstrata de predominância absoluta a favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios ensejada pelo seu condão abstrato.²³² Ou seja, o referido princípio, porquanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de uma situação de conflito com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.²³³

Na seara da incompatibilidade conceitual, é importante destacar que o princípio da supremacia do interesse público também não parece encontrar respaldo normativo, mais precisamente por três razões levantadas por Humberto Ávila, quais sejam: *i.* por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; *ii.* por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo princípio; *iii.* por se demonstrar incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional.²³⁴

Tendo por base a sistemática constitucional atual, Humberto Ávila conclui pela falta de embasamento de validade do princípio da supremacia do interesse

²²⁹ Ibid, p. 99.

²³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: *O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, 1999, p. 99-127.

²³¹ Ibid, p. 103.

²³² ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

²³³ BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 142.

²³⁴ ÁVILA. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Op. cit., p. 40.

público sobre o particular, pois a Constituição volta-se essencialmente para a garantia dos interesses do indivíduo.²³⁵

Conforme já exposto no capítulo 3 deste estudo, em conseqüência do anseio democrático que se instalou após os governos militares e a conseqüente supremacia do Poder Executivo, a Constituição de 1988 está repleta de normas e princípios cidadãos.²³⁶

Nesse sentido, a Constituição de 1988 é dirigida sob a inspiração do *princípio da dignidade da pessoa humana*²³⁷, do que decorre o imperativo de se instituir, em certa medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado.

É como conseqüência desse raciocínio, portanto que este trabalho verifica a impossibilidade de reservar o princípio da supremacia do interesse público do estudo do conjunto de normas constitucionais, tendo em vista a vasta proteção entregue aos interesses particulares, de forma que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contradição sistêmica que simboliza e insultar a busca pela unidade constitucional. Esta é uma das conclusões a que chega Humberto Ávila.²³⁸

Segundo Gustavo Binjenbojm, “o conteúdo constitucional descrito presta-se também como fundamento a negar a colisão entre interesses públicos e privados, pressuposta pelo ‘princípio’ em debate”.²³⁹ Observa-se que ambos encontram-se definitivamente instalados na Constituição, de modo a haver uma “conexão estrutural” entre eles e não essa efetiva contradição.

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de

²³⁵ Ibid, p. 41.

²³⁶ Cf. Arts. 1º, 3º - 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226 e 227, CF/88.

²³⁷ “A opção da Constituição de 1988 pela dignidade da pessoa humana é robustecida ainda pelo exame sistemático da própria Carta (...). É que o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretiza-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos”. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28.

²³⁸ ÁVILA. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Op. cit., p. 117-119.

²³⁹ BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 143.

seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)²⁴⁰

Note-se que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que não integralmente, pode significar, de igual maneira, a materialização de um interesse público. O que se objetiva demonstrar, pois, é que ao contrário do que parte da doutrina mais tradicional tem defendido, “a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro”.²⁴¹

Em razão de sua grande importância para este estudo, cumpre expor mais um argumento descrito por Humberto Ávila para a descaracterização do princípio da supremacia do interesse público como norma-princípio. Esse argumento constata a incompatibilidade do referido princípio com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática,²⁴² que caminham juntos na conquista de uma precisa medida da realização máxima de bens jurídicos conflitantes.²⁴³

O princípio da proporcionalidade estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para resolução de conflitos entre interesses constitucionais, e tem sido largamente utilizado pela jurisprudência e estudado pela doutrina brasileira.²⁴⁴

Este princípio poderia ser desdobrado em três subprincípios, de acordo com a doutrina que domina neste tema,²⁴⁵ assim identificados por Luís Roberto Barroso:

(a) de adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o

²⁴⁰ ÁVILA. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Op. cit., p.111.

²⁴¹ BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Op. cit., p. 144.

²⁴² Na definição exposta pelo autor: “Postulados, no sentido Kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento. (...) Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”. ÁVILA. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Op. cit., p.103.

²⁴³ Tendo em vista a ampla análise que se faz necessária para expor o postulado da *concordância prática* refletida em Humberto Ávila, e considerando os fins precípuos deste trabalho, este não será analisado, de modo a não escapar aos limites desta pesquisa.

²⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 66.

²⁴⁵ Doutrina cujas origens remontam à dogmática germânica.

benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.²⁴⁶

O uso do princípio da proporcionalidade visa aperfeiçoar a proteção aos bens jurídicos em conflito, de modo a evitar o sacrifício desnecessário de um deles em proveito da garantia do outro.²⁴⁷ Este é o dever de ponderação²⁴⁸, ao qual se liga o postulado da proporcionalidade.

Nesse sentido, tal princípio possui grande relevância na área dos direitos fundamentais. Age como limitador de medidas que restrinjam esses direitos. Um dos seus objetivos, afirma Daniel Sarmiento, “é a busca de uma justa e adequada ‘proporção’ entre os interesses em pugna”.²⁴⁹ Daí por que a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a realização de ponderações minuciosas e devidamente motivadas, nas quais se torna fundamental a atenção sobre as particularidades da situação concreta sob exame.²⁵⁰

Mas o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao dizer da superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando sumariamente o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o derradeiro sacrifício do direito fundamental contraposto.²⁵¹

Ao invés de procurar uma solução balanceada entre o interesse público e os direitos fundamentais, que fazem parte do caso concreto, prefere-se tão somente um dos pólos da relação, o que se mostra também incompatível com o princípio de hermenêutica constitucional da concordância prática, que obriga o intérprete a buscar, em casos conflituosos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem escolher pela realização integral de um, em prejuízo de outro.²⁵²

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209.

²⁴⁷ STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 79.

²⁴⁸ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁴⁹ SARMENTO. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. Op. cit., p. 133.

²⁵⁰ Ibid, p. 133.

²⁵¹ ÁVILA. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Op. cit., p.112-117.

²⁵² HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2 ed. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 55-64.

Pelos motivos expostos, portanto, de ordem normativa e lógica, conclui-se, tal qual o fez pioneiramente Humberto Ávila, que o conhecimento do direito não se submete a uma condição que mande prevalecer, aprioristicamente, o interesse público em detrimento do privado.

Assim é que, valendo-se dos argumentos do referido autor²⁵³ refuta-se a existência de um princípio (quer norma-princípio, quer postulado normativo) de supremacia do interesse público sobre o privado a guiar o Direito Administrativo brasileiro.

E no lugar de uma regra de prevalência, afigura-se necessário ao intérprete do Direito uma trajetória ponderativa que, considerando a multiplicidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo. E “é essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa”.²⁵⁴

Conforme já assinalado anteriormente, Fábio Medina Osório afirma que o interesse público representa a direção finalística da Administração Pública e dos agentes públicos²⁵⁵. No entanto, já se viu que a recusa à existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não implica em negação da possibilidade de instituição de prerrogativas para a Administração Pública ou da viabilidade de restrição a direitos individuais com fundamento em interesses coletivos. Influi somente na necessidade de aferição da validade destas medidas com o emprego dos métodos e critérios expostos alhures, com realce para o princípio da proporcionalidade.²⁵⁶

Por outro vértice, se se pode considerar verdadeiro que a Constituição de 1988 dedica-se a bens coletivos, é ainda mais certo que ela protege direitos fundamentais, não havendo causa para que se impute aos primeiros qualquer ascendência em relação aos segundos.²⁵⁷

²⁵³ ÁVILA. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Op. cit., p.124-130.

²⁵⁴ Ibid. p. 127.

²⁵⁵ OSÓRIO. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo? Op. cit., p. 80-84.

²⁵⁶ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 140.

²⁵⁷ Ibid, p. 140-141.

Ao revés. Como se tentou evidenciar anteriormente, do sistema constitucional brasileiro conclui-se uma prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais em relação aos bens da coletividade.²⁵⁸

Entretanto, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo ainda se encontra em etapa inicial para a doutrina de vanguarda do Direito Administrativo,²⁵⁹ que tem realizados grandes esforços científicos para a implementação de um novo paradigma administrativo. Na realidade, ainda existe uma grande defasagem entre o Direito Administrativo e a evolução filosófico-jurídica do restante do Direito Público, sobretudo o Constitucional.²⁶⁰

Já Luís Roberto Barroso²⁶¹, ao atribuir um sentido diferenciado ao interesse público primário, dando sequência aos estudos nacionais levantados por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶², na visão de Daniel Sarmento²⁶³, comete falhas.

Isto porque ao afirmar essa diferença conclui que o interesse público corresponde à “melhor situação possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade do constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”.²⁶⁴ E para aferir qual a “vontade constitucional” em cada caso, Luís Roberto Barroso identifica a necessidade de ponderar direitos fundamentais com interesses coletivos, advertindo ainda que “na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade da pessoa humana e a razão pública.”²⁶⁵

Assim, em substância, o autor não confronta com a tese sustentada por Daniel Sarmento e aqui adotada, no sentido de que os interesses da coletividade não prevalecem incondicionalmente sobre os direitos individuais. Pelo contrário, ele concorda que, em casos de conflito, deve-se recorrer à ponderação, e ainda vai

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: SARMENTO, Daniel. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 67.

²⁵⁹ Por todos, os principais: Alexandre Santos de Aragão (UERJ), Daniel Sarmento (UERJ), Gustavo Binenbojm (UERJ), Humberto Bergmann Ávila (UFRGS), Marçal Justen Filho (UFPR), Paulo Ricardo Schier (UFPR), Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros (UERJ) e Patrícia Ferreira Baptista (UERJ).

²⁶⁰ JUSTEN FILHO. O Direito Administrativo do espetáculo. Op. cit., p. 67-69.

²⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. vii – xviii.

²⁶² MELLO. *Curso de Direito Administrativo*. Op. cit., p. 52-59.

²⁶³ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 141.

²⁶⁴ BARROSO. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. Op. cit., p. xvi.

²⁶⁵ *Ibid*, p. xvi.

além, ao apontar a dignidade da pessoa humana como um dos critérios para o balanceamento da tensão.

Luís Roberto Barroso, nesse contexto, apenas adota uma definição diferente de interesse público, que não corresponde mais a um dos fatores a serem ponderados: o interesse da coletividade, mas sim ao próprio resultado da ponderação entre interesse coletivo e eventuais direitos individuais com ele colidentes.

Todavia, adotado esse conceito de interesse público, a afirmação da sua supremacia sobre os interesses particulares torna-se uma tautologia, como já destacou Gustavo Binbenojm, pois, por definição, o resultado da ponderação sempre prevalece sobre cada um dos elementos ponderados.²⁶⁶

Ao advogar, por outro lado, a manutenção, ainda que em linha mais terna, do princípio da supremacia, Luis Roberto Barroso empresta a sua autoridade para que se mantenha no arsenal do Direito Público brasileiro uma definição extremamente arriscada para os direitos humanos.²⁶⁷

Manejado por mãos não tão sensíveis à dignidade da pessoa humana como as suas [referindo-se a Luís Roberto Barroso], o princípio em questão tende a converter-se em uma nova roupagem para as “razões de Estado”, entronizando uma ameaça permanente de esvaziamento dos direitos fundamentais.²⁶⁸

Alice Gonzáles Borges é outra autora que se identifica com a visão espelhada nas palavras de Luís Roberto Barroso. A sua proposta é a de reconstruir ao invés de desconstruir o princípio da supremacia do interesse público.²⁶⁹

E para tornar possível essa reconstrução, a autora sustenta que os interesses públicos não se confundem com os interesses do Estado, identificando-se antes com os principais valores do ordenamento, entre os quais os próprios direitos fundamentais. Daí por que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e

²⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 102.

²⁶⁷ BARROSO. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. Op. cit., p. xvii.

²⁶⁸ SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 142.

²⁶⁹ BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? In: *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, jan/mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2010.

interesses coletivos, dever-se-ia recorrer a uma ponderação de interesses, com base no princípio da proporcionalidade, para definir qual o verdadeiro conteúdo do interesse público na situação concreta.²⁷⁰

Sendo assim, para o discurso de Alice Borges é cabível a mesma objeção feita à tese defendida por Luís Roberto Barroso.

Para os fins deste trabalho, os autores Alice Borges e Luís Roberto Barroso representam toda a doutrina que caminha na mesma linha de pensamento a respeito da supremacia do interesse público sobre os particulares. Tal linha frise-se, não está contagiada pelo viés autoritário presente no Direito Administrativo Clássico, de herança francesa, intitulado por Marçal Justen Filho como eivado de “concepções napoleônicas”.²⁷¹ No entanto, ao afirmar a supremacia do *resultado* da ponderação sobre um dos *elementos* ponderados, tende a cultivar uma tautologia. Além disso, nos precisos termos Daniel Sarmiento, “mantém em uso um conceito perigoso, que, pela sua vagueza e elasticidade, representa um risco real para os direitos fundamentais”.²⁷²

É, pois, a partir desta exposição de teorias e reflexões doutrinárias, pertinente inferir, confirmando a hipótese apresentada, que a adoção da supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação do Direito Administrativo representa riscos ao Estado Democrático de Direito, que busca a partir da materialização dos direitos fundamentais, a efetiva realização dos interesses de todos os indivíduos na coletividade, sendo esta realização uma evidência do sucesso da vida em sociedade e da atividade do Estado, objetos de estudo do Direito Administrativo.

A fundamentação filosófica do Direito Administrativo, que ainda se reporta imensamente à clássica disputa entre Léon Duguit e Maurice Hauriou²⁷³, ocorrida

²⁷⁰ Ibid, p. 10-12.

²⁷¹ JUSTEN FILHO. O Direito Administrativo do espetáculo. Op. cit., p. 67.

²⁷² SARMENTO. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. Op. cit., p. 142.

²⁷³ As divergências entre Duguit e Hauriou sintetizam e simbolizam as disputas sobre o núcleo do Direito Administrativo. Duguit afirmava que a solidariedade social dá fundamento ao direito. As principais palavras de uma clássica obra de 1902 bem sintetizam a sua concepção filosófica, quando afirmava que “O Estado não é uma pessoa jurídica; o Estado não é uma pessoa soberana. O Estado é o produto histórico de uma diferenciação social entre os fortes e os fracos em uma dada sociedade. O poder que pertence aos mais fortes, indivíduo, classe, maioria, é um simples poder de fato, que não é jamais legítimo por sua origem. Os governantes, que detêm esses poderes, são indivíduos como todos os outros; eles não têm jamais, em sua qualidade de governantes, o poderio legítimo de emitir ordens.” DUGUIT, Léon. *L'Etat: les gouvernants et les agents*. Paris: Dalloz, 2005, p. 1, tradução livre. Em contrapartida, Hauriou reconhecia que a *puissance publique* (poderio político) dava

nos primeiros decênios do século XX, caminha a passos lentos – e graças à intervenção da doutrina de vanguarda citada – para uma inversão epistemológica essencial: a de reconhecer que o personagem principal do Direito, inclusive e especialmente do Direito Administrativo, é o *indivíduo*.

fundamento e identidade ao direito. Afirmava que “O poderio público, atuando no interesse público, cria e gerencia os serviços públicos, bem entendido; mas esse não é senão um de seus modos de operar. Ele tem outro, que é de emitir comandos. O poderio público legista, ele regulamenta, ele emite injunções de polícia”. HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits*. Paris: Sirey, 2000, p. 10.

CONCLUSÃO

Buscando contribuir para o debate atual acerca da supremacia do interesse público sobre o privado no Estado Democrático de Direito, é possível, a partir da argumentação empreendida no decorrer deste trabalho, com base na teoria personalista do direito e no processo de constitucionalização do Direito Administrativo, confirmar as hipóteses inicialmente propostas, considerando que:

- A ordem constitucional brasileira encontra no personalismo a sua identidade, adequando a ideia de indivíduo à primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, reconhecendo no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Pressupondo, ademais, a existência de carências humanas materiais, que devem ser superadas com o apoio do Estado.
- A experiência histórica da vida humana como representação de uma divisão de origem celeste, a justificar a existência de estratos na sociedade com uma explicação sobrenatural, formada na política medieval, bem como a multiplicidade de ordenamentos, fontes e instituições que originam e aplicam o direito no cenário político do século XVII, influenciaram no estabelecimento da noção de supremacia do interesse público sobre o privado.
- Não obstante a oscilação de orientação entre público e privado nos paradigmas do Estado de Direito, há uma linha de continuidade entre os dois modelos de constitucionalismo tendente a diluir o público no estatal que, com o nascimento de movimentos sociais questionando o papel e a racionalidade do Estado-Interventor na Era das Revoluções, não pôde mais identificar o público com a figura do Estado, desembocando na revalorização do Privado e na supremacia dos direitos fundamentais.
- Quando do confronto dos direitos fundamentais e os interesses públicos, é impossível estabelecer prioridades absolutas, razão pela qual não prevalece a supremacia dos interesses de uns sobre os outros, sobretudo por que nem todo interesse público possui raízes constitucionais, não sendo legítimo defender sua prevalência sobre os direitos fundamentais.

- Para a doutrina clássica do Direito Administrativo (Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Márcio Cammarosano, Fábio Medina Osório, dentre outros), o princípio da supremacia do interesse público é um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, que proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.
- Para a doutrina administrativista de vanguarda (Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Marçal Justen Filho, Paulo Ricardo Schier e etc.) a supremacia do interesse público sobre o privado não pode se sobrepor ao regime dos direitos fundamentais.
- O uso do princípio da proporcionalidade para dirimir conflitos entre interesses públicos e direitos fundamentais visa aperfeiçoar a proteção aos bens jurídicos em conflito, de modo a evitar o sacrifício desnecessário de um deles em proveito da garantia do outro. No entanto, ao afirmar a supremacia do *resultado* da ponderação sobre um dos *elementos* ponderados, tende a cultivar uma tautologia, além de manter em ação conceito perigoso, que, pela sua vagueza e elasticidade, representa um risco real para os direitos fundamentais.
- A materialização dos direitos fundamentais e a efetiva realização dos interesses de todos os indivíduos na coletividade, modelo assente do Estado Democrático de direito se expõe ao risco de não cumprir seu desiderato ao adotar a supremacia do interesse público sobre o privado como modelo de fundamentação do Direito Administrativo.
- A busca da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público está no centro da discussão e processo da constitucionalização do Direito Administrativo, abrindo portas para a chegada de um novo paradigma administrativista.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roberto Armando Gomes de. Procurando superar o ontem: um direito para o amanhã. *Notícia do direito brasileiro*, Nova série, n. 9, p. 59, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo; Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ANDERSON, Perry. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. Trad. Beatriz Sidou. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão de. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Direito e sociedade no Oriente Antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARISTOTLE. *The works of Aristotle*, v. 2, 21 ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1978.

ASHLEY, Maurice. *The english civil war*. Gloucestershire: Sutton Publishing, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeo Felipe. *Direito Público X Direito Privado*. Brasília: oabeditora, 2004, p. 3. Disponível em:
<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205503372174218181901.pdf>>
Acesso em: 28 nov. 2009.

BARBERIS, Daniela S. O organicismo como modelo para a sociedade: a emergência e a queda da sociologia organicista na França do *fin-de-siècle*. MARTINS, R. A. et al. (Coord.). *Filosofia e história da ciência no Cone sul*. Campinas: AFHIC, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da dignidade da pessoa humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto Privado e Società Moderna*. Napoli: Jovene, 1996.

BARRETO, Herman Nébias. *A petition of right e o rule of law*. Belo Horizonte, 2001, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

_____. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2010.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. *A teoria das formas de Governo*. Trad. Sérgio Bath. 6 ed. Brasília: EdUnB, 1992.

_____. *Igualdad y Libertad*. Trad. Pedro Aragon Rincón. Barcelona: Paidós, 1993.

- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis Pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? In: Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan/mar. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2010.
- BRONOWSKY, Jacob; MAZLISH, Bruce. *A tradição intelectual do Ocidente*. Lisboa: Edições 70, 2002.
- CADEMARTORI, Sérgio; MORAIS, José Luiz Bolzan de. Liberalismo e função do Estado nas relações de produção. *Revista Sequência – estudos jurídicos e políticos*, n. 24, p. 81-91, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do Legislador*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Controle de constitucionalidade e democracia. In: MAUÉS, Antônio G. Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- _____ ; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. A contribuição do Direito Administrativo focado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 1, mar. 2001, p. 14-15.
- _____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado Democrático de Direito. *Revista notícia do Direito brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul/dez 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- DANTAS, Arsênio José da Costa et al. *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006. Disponível em: < http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/biblioteca

_digital/Sociedade_democr%C3%A1tica_direito_p%C3%ABlico_e_controle_exter.p
df>. Acesso em: 17 jan. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma Administrativa Brasileira sob o Impacto da Globalização: uma (re)construção da distinção entre o Público e o Privado no âmbito da Reforma Administrativa Gerencial. In: ANUÁRIO GEDIM 2002 – *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DUGUIT, Léon. *L'Etat: les gouvernants et lesagents*. Paris: Dalloz, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DUBY, Georges. *As três ordens ou o imaginário do feudalismo*. Trad. Maria Helena da Costa Dias. 2 ed, Lisboa: Estampa, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 7 ed. Madri: Civitas Ediciones, 2000.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Porto: Almedina, 1999.

FINLEY, Moses Israel. Política. In: FINLEY, Moses Israel. (Org.). *O legado da Grécia: uma nova avaliação*, 1998.

FIORANVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antegüedad a nuestros dias*. Trad. Manuel Martinez Neira. Madri: Trotta, 2004.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. *A idade Média: nascimento do Ocidente*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, n. 247, p. 35-55, 1988.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2, Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Three Normative Models of Democracy: liberal, republican, procedural. In: KEARNEY, Richard; DOOLEY, Mark (Coord.). *Questioning Ethics*. Londres: Routledge, 1999.

HAURIOU, Maurice. *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits*. Paris: Sirey, 2000.

HEGEL, Georg Wilhelm. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HERF, Jeffrey. *O modernismo reacionário: tecnologia, cultura e política na República de Weimar e no 3º Reich*. Trad. Cláudio F. da S. Ramos. Campinas: Unicamp, 1993.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez-Gutierrez. Madri: Civitas, 1995.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. 2 ed. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo do espetáculo. In: SARMENTO, Daniel. *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KAUFMANN, Arthur. Teoría de la justicia: Um ensayo histórico-problemático. *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, n. 25. Granada: Universidad de Granada, 1985.

KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LE GOFF, Jacques. *Para um novo conceito de Idade Média: tempo, trabalho e cultura no Ocidente*. Trad. Maria Helena da Costa Dias. Lisboa: Estampa, 1993.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES, Sofia Dias. Processo Constitucional e Integridade do Estado Democrático de Direito: novas perspectivas para a liminar em ação direta de inconstitucionalidade (Monografia). *Universo Jurídico*, 2008. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=5250>>. Acesso em 29 nov. 2009.

LORAU, Nicole. *Invenção de Atenas*. Trad. Lilian Valle. Rio de Janeiro: 34, 1994.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, 1994.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, v. 1.

MACEDO, Dimas. *O discurso constituinte*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENEGHELLI, José Eduardo Neder. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional lícito: prisão preventiva e posterior absolvição do acusado*. Brasília, 2002. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Trad. F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Grávida, 2005.

_____. On Liberty. In: Britannia Great Books 43: *American State Papers, The Federalist, J. S. Mill*. 21 ed. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1978.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOSSÉ, Claude. *Atenas: a história de uma democracia*. Trad. João Batista da Costa. 3 ed. Brasília: EdUnB, 1997.

_____. *O processo de Sócrates*. Trad. Arnaldo Marques. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

NAVARRETE, José F. Lorca. *Derechos fundamentales e jurisprudência*. Madri: Ediciones Pirâmide, 1994.

NAVAS, Alejandro. *La teoria sociológica de Niklas Luhmann*. Pamplona: Universidade de Navarra, 1989.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo? In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000.

OUTHWAITE, William. *Habermas: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 1994.

PEDRON, Flávio Quinaud. Direitos e interesses. (Re)pensando a relação para além de uma compreensão semântica. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1656, 13 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10835>>. Acesso em: 29 fev. 2010.

PIERSON, Christopher; CASTLES, Francis G. (Org.). *The Welfare State Reader*. Cambridge: Polity Press, 2000.

RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *A theory of Justice*. 20 ed. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

RODRIGUES, Wayne Vinicius Di Francisco. Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Incompatibilidades com o sistema jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2353, 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13992>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

ROULAND, Norbert. *Roma, democracia possível? Os agentes do poder na urbe romana*. Trad. Ivo Martinazzo. Brasília: UnB, 1997.

SCHMITT, Carl. *Catolicismo romano e forma política*. Lisboa: Hugin, 1998.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro*. Brasília: EdUnB, 2000.

SOUZA, Raquel de. O direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANDEL, Michael. The Procedural Republic and the Unencumbered Self. In: GOODIN, Robert; PETTIT, Philip. (Org.). *Contemporary Political Philosophy*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997.

SANTIAGO, José Maria Rodriguez de. *La ponderación de bienes e intereses em El Derecho Administrativo*. Madri: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica a razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio. *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. 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 da supremacia do interesse público*, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>>. Acesso em: 01 mai. 2010.

SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard. (Coord.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SERNA, Pedro; TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Uma alternativa a los conflictos de derechos. Buenos Aires: La ley, 2000.

SIMMEL, Georg. O indivíduo e a liberdade. In: SOUZA, Jessé; OËLZE, B. (Org.). *Simmel e a Modernidade*. Brasília: UNB, 1998.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A superação da condição de empresa estatal dependente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 9-49, out/dez 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=33304>>. Acesso em 20 fevereiro 2010.

TAYLOR, Charles. Et all. *Multiculturalismo*. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TOLEDO, Suzana de Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

TORRES, Roberto Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis et al. Petrópolis: Vozes, 2000.

VALADÉS, Diego (Org.). *Conversas Acadêmicas com Peter Härbele*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A gramática dos direitos humanos. *Revista do ILANUD*, São Paulo: Ilanud, n. 17, p. 23-46, 2001.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. *Economia y sociedad*. Trad. José Medina Echavarría et al. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.