

60 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E SUAS REPERCURSÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Gabriel Coutinho Galil

Palavras-chave: Supremacia do interesse público; Constitucionalização; Proporcionalidade.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é considerado em seio doutrinário como basilar para o Direito Administrativo, logo, como comando orientador de toda atividade do Estado. No entanto, a definição de interesse público é extremamente vaga, dando espaço a uma discricionariedade de uma amplitude que não se compatibiliza com o atual Estado Democrático de Direito. O presente trabalho propõe-se a perquirir a gênese histórica desta indefinição oportuna do “interesse público” e a definição do mesmo através da leitura do ordenamento jurídico como sistema, tendo como norte a vinculação aos princípios constitucionais, buscando reforçar a constitucionalização do Direito Administrativo.

A vinculação da atuação estatal às normas editadas pelo Legislativo foi um ponto fundamental proposta do Estado de Direito, que influenciou fortemente a Revolução Francesa. No entanto, a Burguesia francesa que acabava de assumir o poder restava temerosa em relação ao Legislativo e ao próprio Judiciário, o que resultou na criação de uma dogmática administrativista garantística não dos direitos do homem, como é transmitido na história dos manuais de Direito Administrativo, mas dos interesses daqueles que se encontravam no Poder. Isso se deu através da criação de diversos institutos administrativistas pelo Conselho de Estado Francês que colocavam a Administração em posição privilegiada em relação aos cidadãos, como a auto executoriedade dos atos administrativos, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, o poder de polícia e noção de supremacia do interesse público, que será trabalhada no presente estudo. Em síntese, a supremacia do interesse público sobre o privado se estabeleceu na doutrina nacional como uma regra que estabelecia que no caso de conflitos entre interesses individuais e interesse público, o último deveria prevalecer em qualquer circunstância. Tais prerrogativas permanecem veiculadas até hoje como fundamentos do Direito Administrativo, mesmo estando em descompasso com os princípios constitucionais que vigoram no nosso ordenamento jurídico e com o marco teórico pós-positivista, fazendo necessária uma revisitação das mesmas.

A já aludida indefinição do conceito de interesse público permitiu sua densificação pelos gestores públicos em conformidade com os interesses dominantes, o que implicou até mesmo na legitimação de regimes como o Nazismo. Assim, o pós-guerra provocou uma revolução jusfilosófica

que trouxe como princípio norteador da atividade estatal a tutela da dignidade da pessoa humana. Esta, por sua vez, desdobra-se nos direitos e garantias fundamentais.

Diante da leitura do ordenamento jurídico como sistema e da aplicação da teoria da força normativa da constituição, tem-se que o conteúdo do interesse público deve ser preenchido pelos direitos fundamentais, individuais e sociais, positivados no textoconstitucional, a fim de adequar tal postulado à persecução da dignidade humana e à previsibilidade da atuação estatal, como há de ser em um Estado Democrático de Direito.

A centralidade dos direitos fundamentais como novo paradigma da Administração Pública implica no abandono da postura de autômato até então adotada por esta, sendo sua atividade não meramente de subsunção, mas necessariamente interpretativa. A Constituição (BRASIL, 1988) e seu caráter garantista trouxe um amplo rol de direitos fundamentais sociais que impõem obrigações positivas à Administração para concretizá-los. No entanto, as condições fáticas, expressas principalmente por limitações de recursos e as jurídicas, a colisão com outros direitos a serem concretizados ou direitos dos administrados, não permitem que esses direitos sejam concretizados em sua integralidade. Assim, como nos ensinamentos de Alexy (2002), aqueles direitos fundamentais que se comportam como princípios são entendidos como mandados de otimização e, diante da colisão destes, deve-se aplicar amáxima da proporcionalidade, observando as particularidades do caso concreto.

Desta maneira, procura-se mitigar a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado como algo pré-estabelecido e como uma precedência determinada de interesses indefinidos para substituí-la pela noção de interesse público definido a partir da análise do caso concreto e da precedência condicionada de princípios que tem a mesma hierarquia, posto que constitucionais. A proporcionalidade que irá aferir o comando deôntico da atividade estatal deverá ser implementada em seus três níveis. O primeiro, referente ao subprincípio da adequação, exige que sejam identificados os princípios constitucionais que a Administração deve promover a partir de atividades prestacionais e os meios pelos quais ela pode agir. O segundo, relativo ao subprincípio da necessidade, implica a análise do meio menos gravoso pelo qual a atividade administrativa pode se realizar, ou seja, aquele que envolva menor restrição a direitos de particulares. E por fim, o terceiro, referente à proporcionalidade em sentido estrito, determina a realização do sopesamento, ou seja, a aferição de qual princípio assumirá um maior peso no caso concreto, sendo realizado em maior grau do que o outro princípio conflitante. Toda a análise de proporcionalidade que vai definir interesse público em cada caso deverá obedecer os princípios da motivação e da publicidade, exigindo que o processo ponderativo seja racional, passível de controle pela população.

Assim, não procura-se abolir com a persecução ao interesse público, muito menos regredir à uma concepção individualista de Estado. O presente trabalho visa a aproximação da atividade administrativa da persecução dos direitos fundamentais, da garantia da segurança jurídica e da racionalidade, fortalecendo, assim, os pressupostos de controle popular da atividade pública inerentes ao Estado Democrático de Direito.