

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio pretende discutir acerca dos canais de interseção entre duas das mais relevantes e recorrentes temáticas que povoam o debate jurídico na contemporaneidade, quais sejam a teoria dos direitos fundamentais e a noção de interesse público, seus contornos, limites e possibilidades.

De início, cumpre ressaltar que esse debate não prescinde da construção de uma sólida teoria da supremacia da Constituição, da defesa da força normativa dos princípios constitucionais e da eficácia dos direitos fundamentais. No caso do Brasil, a Constituição de 1988 apresenta-se como uma carta política que, embora taxada de prolixa, reflete os interesses das mais diversas camadas da sociedade brasileira. A expressiva gama de direitos fundamentais de cunho liberal e social é um forte indicativo neste sentido. Por certo, o nosso grande desafio está na sua efetivação, sobretudo os direitos sociais, que exigem a atuação direta e positiva do Poder Público.

A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são traços característicos fundantes do Estado constitucional de direito, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela promessa de consolidação de um modelo de justiça substancial.

Nesse cenário, importa sobremaneira a análise das relações e interconexões entre a teoria dos direitos fundamentais e a noção de interesse público, problema e objetivo central desse ensaio, o que justifica, inclusive, a provocativa alusão no subtítulo a um necessário diálogo entre estes “irmãos siameses”!

Cumpre adiantar que a abordagem referente ao conceito de interesse público passa, de forma indelével, pela superação do princípio tradicional da supremacia do interesse público e pela definição dos contornos do paradigma emergente da Administração Pública democrática, o que impõem a consolidação de um renovado regime jurídico-administrativo. Inclusive, a construção de um modelo de Administração Pública democrática envolve a reformulação de vários dos mecanismos e instrumentos que fundam o agir administrativo e sua relação com a sociedade civil.

A promoção das potencialidades aplicativas desse renovado regime jurídico-administrativo exige a construção de uma matriz administrativa menos imperativa, impositiva, assimétrica e verticalizada. O Estado constitucional de direito reclama um agir administrativo sob a perspectiva da consensualidade, da transparência, da construção de espaços abertos e democráticos de formação das decisões administrativas, do controle social e da eficiência da

máquina pública. Em outras palavras: tem-se em vista um Estado que supere aquela tradicional ótica do horizonte social, político e jurídico sob arcaicas lentes que ainda veem súditos em vez de cidadãos, e que ainda aplicam mais “um direito da Administração Pública” do que aquele “novo Direito Administrativo constitucionalizado”, que brota cristalino dessa revigorada ordem constitucional e reclama aplicação direta, imediata e impositiva, inclusive em certa medida independente de mediações legislativas.

O debate sobre essa temática inicia a partir dos contornos da teoria dos direitos fundamentais e avança para o estudo da noção contemporânea de interesse público, seus contornos relacionais com a defesa dos direitos individuais e a efetivação dos direitos sociais, limites e possibilidades.

2 SOBRE A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O debate em torno da uma sólida teoria dos direitos fundamentais,¹ comprometida com a construção de uma transformação libertária e emancipatória dos direitos individuais, coletivos e sociais, representa uma das mais férteis e recorrentes temáticas do discurso jurídico contemporâneo. No modelo de Estado constitucional de direito, fundado em uma concepção afirmativa e substantiva de Estado social e democrático,² a teoria dos direitos fundamentais desempenha uma papel de inegável centralidade, um potente elemento de defesa da esfera de direitos individuais da pessoa humana³ e, sobretudo, mais recentemente,

¹ Sobre a teoria dos direitos fundamentais, consultar: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 271-290.

² Sobre esse novo modelo de Estado de direito, o constitucionalista Paulo BONAVIDES ensina que, “com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 584.

³ Sobre o tema, consultar: BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; MATTOS, Samuel da Silva. Interpretação dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 09, n. 06, p. 183-193, dez. 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

fator político-normativo decisivo na promoção dos direitos sociais⁴ e na construção de uma sociedade mais justa e socialmente igualitária (CRISTÓVAM, 2015, p. 193-201).

A racionalidade moderna funda a ordem constitucional a partir do ser humano, por ele autonomamente construída e para ele dirigida, uma estrutura normativa que se justifica na construção de um paradigma racional e humanista de Estado, de Direito e de sociedade, pelo qual “qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais (e, logo, com o ser humano e com o cidadão), não comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade, não é, propriamente, uma Constituição” (SCHIER, 2005, p. 221).

Com efeito, não se pode negar que um sistema constitucional que não esteja radicalmente compromissado com uma ética humanista de defesa dos direitos fundamentais não pode sequer ser assim legitimamente entendido. Reduzir o fenômeno constitucional a um simples instrumento de governo e de economia, infenso a qualquer compromisso ético-político com os direitos fundamentais, revela traços de uma descompassada teoria neoliberal. Significa entender os direitos fundamentais não como núcleo irradiador de normatividade constitucional, mas como meras concessões submetidas à lógica econômica ou aos oscilantes padrões de vontades legislativas e governamentais. Isso corrói, inclusive, a própria concepção moderna de Constituição, fundada na limitação dos poderes constituídos, na regulação das relações individuais e sociais e na radical defesa dos direitos humanos fundamentais.⁵

Abre-se um parêntese para dizer que, em última análise, os direitos fundamentais não podem sequer ser concebidos como as pautas de decisões políticas fundamentais de uma nação, porque isso levaria a admitir, ainda que em tese, a possibilidade de que uma nova ordem constitucional, fruto do poder constituinte originário, viesse a suprimir ou negligenciar esse projeto ético e político que resplandece como verdadeiro traço de irreversível avanço civilizatório da humanidade. Na verdade, os tratados internacionais sobre direitos humanos funcionam como trava moral, ética e política ao poder soberano de autodeterminação nacional, limitando inclusive o poder constituinte originário.⁶ Pensar diferente disso é admitir

⁴ Na literatura jurídica latino-americana, para uma abalizada análise sobre a concretização dos direitos sociais, consultar: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

⁵ Para uma abalizada e aprofundada análise sobre a noção de direitos humanos na formação intelectual do jovem Karl MARX, consultar: CASTRO, Matheus Felipe de. Os direitos humanos na formação intelectual do jovem Marx. **Direitos Fundamentais & Democracia**, Revista do Programa de Mestrado em Direito da UNIBRASIL, v. 22, n. 1, p. 149-174, jan./abr. 2017.

⁶ Para uma análise dos limites materiais ao poder constituinte originário, a partir dos tratados internacionais sobre direitos humanos, consultar: BARBOSA DE SÁ, Ana Paula. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais sobre direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 01-24, 2010. Disponível em:

que, para além de um amontoado de discursos e teorias políticas, sociais e jurídicas, muito pouco se avançou em termos de emancipação humanística e construção civilizatória. Ainda que sob uma nova Constituição, um Estado que retroceda na defesa dos direitos fundamentais pode até ser assim designado (Estado), mas nunca reconhecido com o predicativo “Estado de direito”.

2.1 Restrições, limites e a questão do núcleo essencial dos direitos fundamentais

A centralidade dos direitos fundamentais funciona como o próprio parâmetro de integração e a finalidade do sistema constitucional, o fator de justificação da “criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de Direito, princípio da legalidade, separação de poderes, técnicas de distribuição do poder e mecanismos de controle da Administração Pública”, todos estes instrumentos gravitam na órbita da proteção dos direitos fundamentais, o mais sólido e histórico núcleo de legitimação do próprio Estado e do Direito na Modernidade. Nunca é demasiado recordar que são o Estado e o Direito que se legitimam e justificam a partir dos direitos fundamentais e não o contrário (SCHIER, 2005, p. 222).

Neste contexto, questão de largo debate refere-se às restrições aos direitos fundamentais. Sobre o tema, Daniel SARMENTO sintetiza que os limites aos direitos fundamentais podem ser veiculados, basicamente, a partir de “três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional” (SARMENTO, 2008, p. 126).

Em sentido semelhante, Paulo Ricardo SCHIER apresenta um plano mais detalhado acerca do regime de limites aos direitos fundamentais, na lógica da relação entre os direitos, liberdades e garantias fundamentais e a atividade legislativa. Desta forma, o âmbito das restrições aos direitos fundamentais deve obedecer aos seguintes parâmetros conceituais e normativos: 1. Somente são admissíveis restrições aos direitos fundamentais nos casos expressamente admitidos pela Constituição; 2. Não se pode aceitar uma cláusula geral que assegure a restrição a direitos fundamentais; 3. A restrição somente pode ser operada por atividade do próprio legislador constituinte originário ou por autorização expressa ao

legislador ordinário (reserva de lei), vedada qualquer restrição pela via de regulamentos; 4. A lei restritiva não pode transferir o juízo de restrição para o campo de ação discricionária da Administração Pública; 5. A restrição autorizada somente será legítima se justificada pela necessidade de salvaguardar outro direito ou interesse fundamental também protegido pela Constituição (proibição do excesso, proporcionalidade); 6. As leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato; e, 7. As leis restritivas devem obedecer materialmente à ordem normativa de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (SCHIER, 2005, p. 221).

Nota-se que a previsão trazida por SARMENTO no item “c” da sua síntese de restrições aos direitos fundamentais (limitações não expressamente referidas no texto constitucional) parece contrariar a indicação contida no item 1 da doutrina apresentada por SCHIER, quando defende que as restrições aos direitos fundamentais somente seriam possíveis naqueles casos expressamente admitidos pela Constituição.

Na verdade, o que o primeiro autor parece sustentar é a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente pela Constituição, em decorrência da dinâmica e instável relação concreta de colisões entre direitos fundamentais. Assim, no caso de conflitos concretos entre direitos e interesses constitucionais, a própria ponderação entre essas disposições normativas no caso prático pode acarretar certa dose de restrição *in concreto* a determinado direito fundamental. Inclusive, o constitucionalista pátrio chega a defender que em certos casos seria preferível uma prévia restrição legislativa, fator de maior segurança jurídica e legitimação democrática à ponderação, a ficar “sempre a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do direito, seja ele o juiz seja, pior ainda, o administrador” (SARMENTO, 2008, p. 129).

O reconhecimento da possibilidade de restrições *in concreto* de direitos fundamentais, por conta de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente assegurados, não parece suscitar maiores questionamentos, se admitida a concretização constitucional fundada no modelo de ponderação proporcional. Por outro lado, a possibilidade de restrições abstratas a direitos fundamentais por interposição legislativa, sem a expressa autorização constitucional, somente pode ser aceita dentro de um efetivo arranjo constitucional de contenção da atividade legislativa.

Parece corrente que, mais do que um mero aplicador da Constituição, o Legislativo passa a uma atuação de conformação constitucional. Mas as limitações legislativas somente poderão ser aceitas como legítimas se materialmente conformes a todo o sistema constitucional; se imprescindíveis à salvaguarda de outros direitos ou interesses

constitucionalmente assegurados; se fundadas em critérios racionais, gerais e abstratos (não casuísticos); e, se assecuratórias do núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos.

Necessário agora um parêntese sobre a questão do núcleo essencial. No Brasil, a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais não ostenta expressa previsão constitucional, diferente do que ocorre em outras Constituições (artigo 19.2 da Lei Fundamental alemã de 1949; artigo 18.3 da Constituição portuguesa de 1976; artigo 53.1 da Constituição espanhola de 1978). No entanto, sua aplicação encontra respaldo na doutrina nacional, quando defende que seu *status* constitucional é decorrência reflexa (implícita) da própria concepção de supremacia da Constituição, do Estado democrático de direito e da carta de direitos fundamentais albergados pelo sistema constitucional.⁷

Ainda que elevada a dificuldade da sua definição concreta, pode-se dizer que o núcleo essencial representa aquela esfera insuprimível e intocável do respectivo direito fundamental, cuja relativização acabaria por desnaturar sua própria existência e sentido. Essa concepção funciona como uma espécie de garantia de limites imanentes (“limite dos limites”), um limite à possibilidade legítima de se limitar determinado direito. Este sistema de limites imanentes à restrição aos direitos fundamentais deve ser construído a partir das bases do próprio sistema constitucional (assim considerado), das representativas barreiras das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º da CF/88) e do modelo de Estado constitucional de direito fundante da ordem constitucional brasileira.

Retomando o debate, é importante considerar que a doutrina contemporânea tem reconhecido uma dupla dimensão dos direitos fundamentais. Afora aquela tradicional feição subjetiva, em que os direitos fundamentais são concebidos como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, atualmente resplandece a sua perspectiva objetiva. Para além de conferirem direitos subjetivos aos particulares, os direitos fundamentais veiculam valores essenciais da ordem constitucional, a funcionar como decisões valorativo-normativas que irradiam seu caráter vinculante e diretivo a todos os poderes constituídos. Mais do que limites negativos ao Estado (vedação à ofensa), os direitos fundamentais ostentam uma dimensão positiva, a impor sua concretização a todos os poderes estatais, que ficam obrigados a promovê-los e salvaguardá-los de quaisquer ameaças tanto estatais como de terceiros.⁸

⁷ Sobre o tema, consultar: STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 141-142.

⁸ Sobre a temática das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 150-165; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 107-149.

Com efeito, o regime de restrições aos direitos fundamentais precisa ser concebido a partir de uma sólida teoria dos “limites dos limites” aos direitos fundamentais.⁹ Em geral, devem ser bloqueadas as sanhas do Legislativo, da Administração Pública e até, por vezes, do Judiciário, no sentido de aplicar e reconhecer restrições a direitos fundamentais, inclusive em situações onde a própria ordem constitucional deixa considerável margem de certeza dos seus desígnios.

Dentro dessa temática, SARMENTO oferece um interessante exemplo, ao mencionar o artigo 5º, XII da Constituição Federal, que somente autoriza interceptações telefônicas, por ordem judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Assim, não poderia o legislador, a qualquer pretexto, inclusive a defesa de um dito interesse público, permitir quebra de sigilo telefônico em procedimentos administrativos disciplinares ou em ações civis por ato de improbidade, por mais graves e ultrajantes que fossem as supostas ilicitudes apuradas (SARMENTO, 2008, p. 128).

2.2 Mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários

Na temática dos limites aos direitos fundamentais, outra questão recorrente e central refere-se às concepções de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.¹⁰ No diálogo das limitações à defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais), sobretudo a partir de um ativismo judicial comprometido com a Constituição, a tese da reserva do possível pode até ser considerada, mas não como argumento limitativo daqueles direitos relacionados ao mínimo existencial, direitos prestacionais básicos à manutenção de uma vida digna, verdadeiras frações nucleares do próprio princípio da dignidade da pessoa humana (BARCELOS, 2002, p. 248).

Mesmo que seja inegável a existência de limites à eficácia dos direitos fundamentais, a ordem constitucional assegura sua relação de relevo e precedência. Inclusive, nas questões relacionadas ao mínimo existencial, os direitos fundamentais assumem uma condição jurídica diferenciada, concebidos como verdadeiros direitos subjetivos definitivos, que não podem sucumbir a descontextualizados e superficiais argumentos economicistas e orçamentários.

⁹ Para uma ampla análise do debate acerca dos limites aos direitos fundamentais, consultar: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 263-312.

¹⁰ Sobre a questão da reserva do possível e do mínimo existencial, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 315-322; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Os limites da reserva do possível jamais podem ser admitidos como argumentos de isenção do Estado na promoção de direitos inscritos na Constituição, em especial no caso do mínimo existencial. Os cidadãos têm direito de exigir do Estado não apenas os meios e recursos garantidores de um “mínimo vital” (garantia da sobrevivência), mas uma sobrevivência com o mínimo de dignidade e humanidade. Um debate sobre limites à eficácia de direitos fundamentais que gravite no âmbito da garantia do mínimo existencial não pode considerar como legítimos e aceitáveis argumentos fundados na reserva do possível.

Mas o debate sobre a reserva do possível não se esgota na questão do mínimo existencial. Para as demais esferas dos direitos fundamentais importa a construção de um diálogo de contínua concretização, inclusive com base na máxima ou postulado da proporcionalidade.¹¹ Isso impõe considerar tanto a dimensão das limitações fáticas ou limitações orçamentárias (a consecução do direito fundamental limitada pela comprovada insuficiência orçamentária), como a dimensão das limitações jurídicas (limite à concretização de uma política pública por conta da vinculação jurídico-orçamentária das receitas disponíveis pelo Poder Público).

Em tais circunstâncias, para ser legítima, a linha de atuação legislativa, administrativa e judicial deve ser aquela que sempre preserve, na maior medida, as possibilidades fáticas e jurídicas (ponderação proporcional), a paulatina eficácia dos direitos fundamentais. Fora desse compromisso (ético, político e normativo) de paulatina concretização dos direitos fundamentais, perde-se a bússola de legitimação constitucional e o Estado se transfigura em uma nau à deriva de ventos fortes e traiçoeiros (questões economicistas, orçamentárias e toda sorte de interesses patrimonialistas).

O regime de limites aos direitos fundamentais suplanta também qualquer concepção de supremacia abstrata do interesse público,¹² como base normativa à restrição de direitos fundamentais. Ressoa ilógico e mesmo inadmissível o recurso a um princípio de prevalência abstrata e apriorística do interesse público, se toda e qualquer restrição a direitos fundamentais somente se funda no quadrante permissivo constitucional, ainda que pela via de interposições legislativas (gerais e abstratas), mas sempre substancialmente determinadas e previsíveis, no sentido de trazer segurança sobre a restrição aplicada (limites dos limites).

¹¹ Sobre a proporcionalidade e a teoria da ponderação, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 227-242.

¹² Para uma análise crítica e contrária à centralidade do princípio da supremacia do interesse público para o regime jurídico-administrativo, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 137-161.

Uma cláusula de prevalência abstrata do interesse público, ainda que pautada em uma teoria mais débil da supremacia do interesse público (corrente reconstrutivista),¹³ coloca-se em rota de colisão com a própria teoria dos direitos fundamentais, com o princípio democrático e com a ideia de reserva de lei, na medida em que transfere à Administração Pública, em larga medida e aprioristicamente, a casuística fixação de limites a direitos fundamentais. No Estado constitucional de direito, o princípio prevalente é o da supremacia dos direitos fundamentais, do qual a noção de interesse público é instrumental e serva cativa.

3 SOBRE A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO MARCO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ordem constitucional brasileira permite a construção de um conceito bidimensional de interesse público, tanto a partir de uma noção político-axiológica (sentido amplo), que em larga medida chega a confundir-se com os ideais de justiça material, igualdade substancial, direitos fundamentais e com os próprios fundamentos de um Estado republicano, social e democrático de direito; quanto pela via de uma concepção de caráter jurídico-normativo (sentido estrito), situada naqueles interesses coletivos e sociais constitucionalmente assegurados, a partir de uma diferenciação entre interesses públicos (coletivos) e interesses privados (individuais) (CRISTÓVAM, 2015, p. 107-112).

No Estado constitucional de direito, a construção na noção de interesse público reclama uma perspectiva aberta, dinâmica e plurissignificativa que, além de agasalhar o amplo plexo de interesses coletivos e sociais eleitos pelo legislador constituinte, precisa também estar disposta a um contínuo diálogo com o sistema de regras e princípios que asseguram os direitos fundamentais do indivíduo, aqueles valores normativos individuais que também fundam a ordem constitucional, sem qualquer hierarquia genética ou supremacia abstrata e apriorística.

Com base em uma perspectiva político-axiológica (sentido amplo), o conceito de interesse público pode ser construído a partir da justaposição àqueles princípios e valores constitucionais que fundam as próprias bases do Estado republicano, social e democrático de direito, conjugando-se àquelas cimeiras pautas axiológico-constitucionais que exprimem as

¹³ Para uma análise crítica da corrente reconstrutivista do princípio da supremacia do interesse público, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 130-137.

noções de igualdade, liberdade, equidade, segurança, democracia e justiça,¹⁴ veiculadas expressa ou implicitamente pelos direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva abrangente, é possível sustentar, inclusive, que em diversos casos concretos a efetiva satisfação do interesse público poderá residir exatamente na defesa de determinado interesse individual (privado), no sentido de que a realização deste importa na concretização daquele, em uma espécie de vinculação estrutural. Até porque, nesta dimensão político-axiológica, não há espaço para necessárias oposições abstratas e apriorísticas entre interesses públicos e interesses privados. Nem para quaisquer reducionismos estatistas de monopólio da defesa e promoção do interesse público.

Sobre esta perspectiva mais abrangente da noção de interesse público, SARMENTO oferece um exemplo interessante no sentido de demonstrar que, em diversas ocasiões, a defesa de um direito fundamental (individual) acaba por resultar na reflexa ou até direta promoção do interesse público. Tome-se para análise a relevante e amplamente debatida questão da liberdade de manifestação e de reunião (artigo 5º, IV e XVI da CF/88). Imagine-se que a Administração Pública, invocando a supremacia do interesse público, pretendesse proibir a realização de uma determinada manifestação no centro de uma dada cidade, com a justificativa de que tal atividade comprometeria gravemente o trânsito de vias importantes daquele espaço urbano. É possível, talvez até provável, que grande parte (e mesmo a maioria) da população atingida pelas manifestações apoiasse aquela decisão administrativa, por falta de identidade política com as bandeiras da manifestação ou simplesmente pelos inegáveis infortúnios decorrentes da restrição a sua locomoção (artigo 5º, XV da CF/88) (SARMENTO, 2008, p. 119-120).

Por outro lado, uma análise mais ampliada da questão do interesse público, a partir de uma leitura político-axiológica da ordem constitucional, acabaria por conduzir à decisão ponderativa pela necessária prevalência das liberdades de manifestação e reunião (se estabelecidas dentro dos limites constitucionais, ainda que tensas, mas não pautadas pelo signo da violência gratuita), enquanto direitos fundamentais diretamente instrumentais ao Estado democrático de direito, mesmo que em detrimento daquelas conveniências pessoais e outros interesses relacionados ao regular trânsito (fluxo) de veículos na via pública.

A destacada genética contramajoritária dos direitos fundamentais não permite que sucumbam a anseios egoísticos, interesses de maiorias ocasionais ou restrições incompatíveis

¹⁴ Sobre o tema, pode-se consultar uma das mais influentes teorias da justiça na contemporaneidade, na obra do filósofo estadunidense John RAWLS, com o seu debate no pensamento de Amartya SEN. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

com a ética constitucional da prevalência dos direitos fundamentais. Neste caso, o interesse público estará claramente tatuado na própria perspectiva da defesa dos direitos fundamentais individuais de uma minoria, ainda que ante todo um estado de indignação e até pressão política da opinião pública,¹⁵ muitas vezes facilmente manipulável por interesses que produzem uma publicidade recortada e seletiva dos fatos que serão noticiados: quais os retalhos fáticos que serão e como serão divulgados pela imprensa!

Mas esse exemplo permite, ainda, uma análise sob outra perspectiva, reveladora do perigo que pode representar a construção isolada de um conceito de interesse público assim fluido, abrangente e totalizante. O caso do direito de manifestação e reunião deixa evidente que, em diversas situações, justificativas administrativas de “preventiva” defesa da “ordem pública”, da “segurança da coletividade” e de uma dimensão de interesse público (muito próxima de uma ideia de interesses da maioria), permitem que a Administração Pública facilmente confunda/camufle a imediata e severa restrição a direitos e garantias individuais pela via de uma retórica frouxa de defesa do interesse público. Por vezes, o grande problema não gravita somente na órbita abrangente do conceito político-axiológico do interesse público. Reside, também, na sua desvirtuada e autoritária aplicação pelo Poder Público, afastada de uma ponderação dialética de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Questões como esta merecem elevada atenção e preocupação, especialmente em democracias como a brasileira (frágeis e ainda em construção), ante a facilidade encontrada pelas autoridades públicas para legitimar discursos de restrição a direitos fundamentais individuais e coletivos, com base em uma noção muitas vezes autoritária e acrítica de satisfação do interesse público, quase sempre aplaudida por uma opinião pública completamente refém dos mecanismos de imprensa em geral, capazes de criar autênticas e “prodigiosas” cortinas de fumaça, com a produção seletiva de verdades que interessam a determinados setores do poder político e econômico (de dentro e de fora do Estado). Um verdadeiro “canto da sereia” que pode seduzir rapidamente significativas parcelas de uma sociedade ainda classista, excludente e politicamente apática.

Esse cenário de justificação das ações e omissões do Poder Público, com base em uma debilitada retórica do interesse público, também acaba por invadir e colonizar os tribunais, muitas vezes menos preocupados com o debate jurídico-constitucional de demandas de elevada expressão monetária e alcance de massa, suplantado por preocupações políticas

¹⁵ Para o estudo da complexa categoria “opinião pública”, consultar: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Para uma conceitualização de opinião pública a partir das categorias gramscianas de hegemonia e bloco histórico. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 40-61, jul. 2000.

vinculadas ao impacto econômico-financeiro das decisões. A “análise econômica do direito” pelos tribunais não pode invalidar cláusulas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, ao argumento fluido da defesa do interesse público.¹⁶

Muitas dessas posturas administrativas e judiciais não suportam sérias e firmes contestações, fundadas na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. De fato, esta noção ampliada acaba por denunciar um traço de grande fluidez conceitual, que prejudica uma pretensão de construção jurídico-normativa do conceito de interesse público. Mesmo assim, fica evidente que a concepção de supremacia do interesse público sobre o particular traz em si uma clara insubsistência enunciativa, uma vez que pressupõe uma estática e abstrata relação de conflito entre interesses que podem perfeitamente compor um harmonioso e conjugado quadro relacional. E mais: estabelece um parâmetro de prevalência abstrata e apriorística a uma situação que, quando conflituosa, acabará por exigir a ponderação a partir de uma perspectiva concreta.

A perspectiva mais restritiva do conceito de interesse público (sentido estrito), por sua vez, vincula-se àqueles princípios, valores e objetivos que marcam o conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugados em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente considerado. Estes interesses coletivos e sociais devem ser densificados a partir de um processo de concretização ponderativa, tanto pelo Estado, via suas esferas ponderativas constitucionais, legislativas, administrativas e judiciais, como por todos os demais espaços públicos não-estatais de defesa e promoção de interesses coletivos e sociais.

Essa perspectiva jurídico-normativa do conceito de interesse público já permite antever um cenário de possível convivência conflituosa entre interesses coletivos (públicos) e interesses individuais (privados). Um quadro de contraposição que deve ser estabilizado pelo marco normativo (constitucional e infraconstitucional) e pela respectiva via instrumental da ponderação de interesses, e não a partir de qualquer parâmetro apriorístico e autoritário de prevalência abstrata do interesse público sobre o privado.

Mas, quer em uma dimensão político-axiológica (sentido amplo) quer ante o parâmetro jurídico-normativo (sentido estrito), não se pode jamais reduzir o conceito de interesse público a uma perspectiva limitada à satisfação de uma medida possível do interesse público naquela situação concreta, no sentido de que alguma prossecução do interesse público

¹⁶ Para o estudo panorâmico da chamada “análise econômica do direito” (AED), consultar: PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del Derecho**: una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994; ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

já seria o suficiente para legitimar ou justificar o agir administrativo ou determinada decisão judicial. Há uma espécie de imperativo categórico (no sentido kantiano)¹⁷ que impõe a constante e perpétua busca pelo nível ótimo de satisfação do interesse público, na sua relação com a máxima concretização ponderativa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Disso, inclusive, decorre o cimeiro fundamento de legitimação de todos os poderes constituídos e do próprio Estado, a consecução otimizada dos interesses públicos (coletivos e sociais) e privados (individuais) que gravitam na órbita desse sistema aberto de regras e princípios constitucionais.¹⁸ Inclusive, importa reconhecer e afirmar que a finalidade do exercício da função pública em todas as suas especialidades está na defesa e concretização dos direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, e que a definição do Direito Administrativo passa, necessariamente, pela dimensão ampliada dos direitos fundamentais. Fora dessa perspectiva, o Direito Administrativo confessa seu *deficit* de legitimação constitucional e converte-se muito mais em um “direito da Administração Pública”, com o inadmissível abandono daqueles alvissareiros ventos que sopram desde o vivificador movimento de constitucionalização do Direito Administrativo.¹⁹

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa e a promoção dos direitos fundamentais, se pautadas por um projeto constitucional de concretização otimizada, não se conciliam com uma cláusula apriorística de supremacia do interesse público. Conquanto se possa admitir como legítima uma situação de precedência abstrata de certo interesse público sobre um ou outro direito ou interesse individual, a justificação dessa relação de precedência deriva da própria ordem constitucional ou infraconstitucional conformadora, não de uma norma abstrata e totalizante de invariável prevalência.

¹⁷ A noção de “imperativo categórico” aqui empregado é buscada na própria filosofia de Immanuel KANT, imprescindível para a adequada compreensão da moralidade e da eticidade no seu pensamento. Sobre o tema, consultar: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo, Abril Cultural, 1980. p. 218-223.

¹⁸ Sobre a teoria dos princípios constitucionais, consultar: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

¹⁹ Sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, consultar: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-63; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo Constitucional. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, Coruña, n. 15, p. 87-102, 2011.

Neste quadrante, o próprio conceito de interesse público desempenha um papel destacado, sobretudo se considerado que uma das características basilares do Estado constitucional de direito estabelecido pela Constituição Federal assenta na defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos (individuais e coletivos). Um fator que acaba por afastar qualquer concepção (forte ou fraca) de supremacia abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, como parâmetro geral e estruturante da normatividade administrativa.

Com efeito, o conceito de interesse público compatível com o marco do Estado constitucional de direito não pode ser construído com base em qualquer teoria mais o menos forte de prevalência abstrata e apriorística de direitos ou interesses coletivos (públicos) sobre direitos ou interesses individuais (privados). Nesse sentido, pode-se dizer que, ante a necessária pretensão de legitimidade e conformidade ao modelo brasileiro de Estado republicano, social e democrático de direito, o conceito jurídico de interesse público deve ser construído a partir dos mecanismos e parâmetros de promoção daquele conjunto de interesses sociais e coletivos escolhidos pelo legislador constituinte, cuja implementação estará sempre condicionada a um constante e instável diálogo de ponderação com os direitos e interesses fundamentais individuais, pautas político-normativas que também ostentam proteção destacada pela ordem constitucional.

Em síntese, atualmente aos direitos fundamentais são reservadas as obrigações de salvaguardar aos “particulares certos bens jurídicos considerados essenciais para a promoção da sua dignidade, e que devem por isso beneficiar-se de vigorosa proteção diante dos poderes públicos, inclusive quando estes afirmem estar perseguindo interesses da coletividade”. Desta maneira, até pela retomada humanista e pela dimensão de proeminência do princípio da dignidade humana, traços fundamentais do sistema constitucional brasileiro, impõe-se reconhecer que, “na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade” (SARMENTO, 2008, p. 134-135).

Este quadro do sistema constitucional permite falar-se, inclusive, em uma autêntica relação de prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais, que somente tem superada sua carga de superior densidade inicial diante de justificativas capazes de suprir aquele ônus argumentativo necessário à prevalência de determinado interesse público contraposto. Uma lógica de ônus argumentativo que deve perseguir vinculativamente todos os níveis de conformação, concretização e aplicação da ordem constitucional, acompanhando as atividades de ponderação legislativa, administrativa e judicial. Definitivamente, imperioso reforçar os canais de diálogo entre as pretensões de defesa e promoção dos direitos fundamentais e os

contornos da noção de interesse público no seio do Estado constitucional de direito, irmãos siameses que são!

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA DE SÁ, Ana Paula. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais sobre direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 01-24, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/OPODERCONSTITUINTEORIGINARIOESUALIMITACAOMATERIALPELOSTRATADOSINTERNACIONAISDEDIREITOSHUMANOS.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Para uma conceitualização de opinião pública a partir das categorias gramscianas de hegemonia e bloco histórico. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 40-61, jul. 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CASTRO, Matheus Felipe de. Os direitos humanos na formação intelectual do jovem Marx. **Direitos Fundamentais & Democracia**, Revista do Programa de Mestrado em Direito da UNIBRASIL, v. 22, n. 1, p. 149-174, jan./abr. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo, Abril Cultural, 1980.

MATTOS, Samuel da Silva. Interpretação dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 09, n. 06, p. 183-193, dez. 2000.

PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del Derecho**: una reconstruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo Constitucional. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, Coruña, n. 15, p. 87-102, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 217-242.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

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

TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 271-290.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.