



**O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE PÚBLICO:
UMA QUESTÃO DE PROPORCIONALIDADE**
*THE CONFLICT BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND PUBLIC INTEREST: A
PROPORTIONALITY MATTER*

Pedro Carneiro Sales*

RESUMO: O presente trabalho pretende fazer uma análise do interesse público e dos direitos fundamentais enquanto princípios constitucionais, que ocupam o mesmo patamar na hierarquia das normas jurídicas. Assim, em razão da posição atual dos direitos fundamentais, considerados o núcleo da Constituição do Estado Democrático de Direito, bem como do reconhecimento de sua aplicabilidade imediata, fica clara a obrigação do Poder Público em sua realização da mesma forma que também se obriga a satisfazer os interesses da coletividade. Deste modo, mesmo reconhecendo a importância do interesse público, a pesquisa visa a desconstrução da ideia de existência de uma supremacia deste interesse, já que incompatível com teoria dos princípios e com o princípio hermenêutico da unidade da Constituição. O estudo objetiva, ainda, a interação que existe entre o interesse público e os interesses individuais, inclusive aqueles tutelados pelos direitos fundamentais, reforçando-se a inexistência de uma escolha constitucional pela prevalência abstrata e absoluta de um interesse sobre o outro. Ademais, demonstrar-se-á que, no caso de conflito no plano concreto entre o interesse público e direitos fundamentais, somente se admite restrição a estes se houver respeito à proporcionalidade. Por fim, será proposta uma alternativa ao critério da supremacia do interesse público, consistindo na utilização pelo Estado do juízo de ponderação proporcional, único capaz de justificar a escolha de satisfação, seja do interesse público, seja do direito fundamental, no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; interesse público; atuação estatal; conflito de interesses constitucionais; ponderação proporcional.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the public interest and fundamental rights as constitutional principles, which occupy the same level in the hierarchy of legal norms. Thus, due to the current position of fundamental rights, considered the core of the Constitution of the Democratic Rule of Law, as well as the recognition of their immediate applicability, it is clear the obligation of the Public Power in its realization in the same way that also undertakes to satisfy the interests of the community. That way, even recognizing the importance of the public interest, the research aims at deconstructing the idea of the existence of a supremacy of this interest, since it is incompatible with theory of principles and with the hermeneutic principle of unity of the Constitution. The study also aims at the interaction that exists between the public interest and individual interests, including those protected by fundamental

* Mestrando em Direito e Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa/Portugal, especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito e em Direito Eleitoral pela mesma instituição. Professor de Direito Administrativo, Ciência Política e Direitos Humanos da Universidade Salvador (UNIFACS). Advogado, sócio do escritório Menezes, Santos & Sales Advogados, atuando sobretudo na área do Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo. Associado efetivo e membro da Comissão de Acesso do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB-BA) e juiz da 3ª Comissão Disciplinar do Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol da Bahia.

rights, reinforcing the inexistence of a constitutional choice by the abstract and absolute prevalence of one interest over the other. Moreover, it will be shown that, in the event of a conflict on the concrete plane between the public interest and fundamental rights, a restriction on them is only permitted if there is respect for proportionality. Finally, an alternative to the criterion of public interest supremacy will be proposed, consisting in the use by the State of the proportional weighting judgment, the only one capable of justifying the choice of satisfaction, either the public interest or the fundamental right, in the concrete case.

Keywords: Fundamental rights; public interest; state performance; conflict of constitutional interests; proportional weighting.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo, conforme sugere o próprio título, visa a análise do conflito entre o os direitos fundamentais e o interesse público na atuação estatal, submetendo-o ao crivo da proporcionalidade. Para tanto, serão estudados no primeiro capítulo os direitos fundamentais para sua definição enquanto normas constitucionais de elevada carga valorativa e abstração, consolidadoras da proteção à dignidade humana e que independem de posituação para que sejam reconhecidas.

Ainda na primeira parte da pesquisa, será demonstrada a centralidade que os direitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico contemporâneo, servindo como núcleo rígido das Constituições e, além de normas jurídicas efetivas, inspiração para todo o Direito infraconstitucional. Em seguida, o estudo – através da análise de doutrinas abalizadas sobre o tema – tentará demonstrar que os direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata, vinculando a atuação estatal e, mais do que isso, consistindo a sua satisfação em uma das principais finalidades da atuação administrativa, na medida em que são eles o resultado da normatização dos valores mais caros à sociedade.

No segundo capítulo, a pesquisa visará demonstrar que o interesse público hoje deve ser considerado, não um guarda-chuva da atuação estatal sob o qual tudo cabe, mas sim, no que se refere ao dever de satisfação, um princípio constitucional a impor ao Estado o desenvolvimento da coletividade baseado na dignidade humana, protegendo e efetivando seus interesses políticos, econômicos e sociais, sem olvidar do respeito aos demais preceitos constitucionais, entre os quais os direitos fundamentais.

Objetivar-se-á o presente estudo, ainda, a desconstrução da ideia tradicional de supremacia do interesse público, demonstrando-se a impossibilidade de prevalência abstrata de um interesse tutelado pela Constituição com relação a outro. A pesquisa, portanto, tentará

esclarecer que o chamado *princípio* da supremacia do interesse público sobre o privado, não se coaduna com teoria dos princípios jurídicos, segundo a qual – em caso de conflito principiológico –, a sobreposição de um preceito sobre o outro se dá somente no caso concreto no exercício do juízo de proporcionalidade, mas nunca de maneira apriorística. Ademais, sendo tanto as normas constitucionais representativas do interesse público, quanto as representativas de interesses privados, de mesma hierarquia, a supremacia seria contrária, também, à hermenêutica constitucional, sobretudo ao princípio da unidade da Constituição.

Feitos os esclarecimentos necessários em relação aos direitos fundamentais e ao interesse público, o terceiro capítulo será dedicado à interação entre ambos. Inicialmente, o esforço da pesquisa será no sentido de demonstrar que na contemporaneidade interesse público e interesses privados estão em constante interação. Depois, tentará o presente estudo firmar tanto a satisfação do interesse público, quanto dos direitos fundamentais, como deveres do Estado, fazendo-se necessário sua harmonização ou concordância prática.

Tudo isto servirá como base teórica para a parte final da pesquisa, na qual se discutirá a superação da ideia de supremacia do interesse público como regente da atuação administrativa, para adoção da técnica da ponderação proporcional, levando-se em consideração para tomada de decisões a obrigação de máxima realização dos direitos fundamentais. Assim, tentar-se-á construir o raciocínio de que, no caso de choque entre o interesse público e direitos fundamentais, sendo todos princípios constitucionais, deve o Poder Público promover o sopesamento para determinar qual deve prevalecer no caso concreto e em que medida.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

De início, é preciso esclarecer que não é a pretensão do presente trabalho – em razão de sua evidente limitação –, esgotar o tema dos direitos fundamentais e desenvolver sobre ele uma teoria geral. A intenção, portanto, é apenas estabelecer as bases teóricas sobre a questão para permitir a tomada de uma posição sobre a questão central desta pesquisa, consistente no conflito entre interesse público e direitos fundamentais e a necessidade de utilização de nova técnica para sua solução, alternativa ao critério de prevalência abstrata do primeiro.

Esta abordagem se mostra especialmente importante no momento atual em que, não obstante a incorporação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos mais variados – incluindo o brasileiro e o português –, há persistência na ideia de que a defesa do interesse público sempre facultará ao Estado promover restrições àqueles preceitos que representam o

núcleo da Constituição, como no exemplo da jurisprudência da crise – fenômeno recente em que direitos sociais foram sacrificados pelo bem da coletividade.¹

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO NÚCLEO CENTRAL DA CONSTITUIÇÃO E PRINCIPAL FINALIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL

Desde o surgimento da *rule of law*, notabilizado pela noção de Império da Lei (princípio da legalidade) – já que o próprio Estado passa a se subordinar às normas que edita –, percebe-se, por óbvio, maior limitação do poder estatal. Tal fenômeno se dá sobretudo pela adoção de cartas de direitos outorgados aos cidadãos, de modo que se pode afirmar ser o Estado de Direito subordinado a uma pauta de valores internalizados ao ordenamento jurídico sobretudo por meio dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2017, p. 21).

É, contudo, após o fim da II Guerra Mundial, que as Constituições ocidentais passaram a ter preocupação ainda mais acentuada com a questão dos direitos fundamentais, sobretudo para implementação do modelo de Estado do bem-estar social. Neste cenário, às cartas de direitos previstas nos textos constitucionais foi conferido papel central, conservando-se os direitos individuais conquistados com o liberalismo e se adicionando ao rol os direitos sociais (OTERO, 2017, 347-348).

Paulo Otero (2017, p. 350-352) destaca o fenômeno da centralidade dos direitos fundamentais no período pós-guerra, com atenção especial aos direitos sociais, em diversas constituições. Dentre estas estão a Constituição portuguesa de 1976 e a Constituição brasileira de 1988, marcadas pela previsão de extensa lista de direitos e pela preocupação com o respeito à vontade popular (princípio democrático) – sobretudo pelo fato de marcarem o fim de ditaduras –, com a dignidade da pessoa humana e a promoção do bem-estar.

O protagonismo dos direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas demonstra o avanço da humanização do Direito, que consiste no reconhecimento de que o Estado e – por conseguinte – o Direito, se baseia no homem e está ao seu serviço. Nesse contexto, afirma-se que o momento atual é o do Estado dos direitos fundamentais ou, indo além, do Estado dos direitos humanos, já que seu principal alicerce é o respeito à dignidade da pessoa

¹ É este também o tratamento sobre o tema de Carlos Blanco de Moraes, que analisa os direitos fundamentais sob a perspectiva do “downsizing” dos direitos sociais em decorrência das recentes crises econômicas (2014, p. 547).

humana que é inerente ao homem individual e concretamente considerado e cuja violação é inadmissível.²

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 58) também ressalta o papel fulcral dos direitos fundamentais no constitucionalismo hodierno, ao ensinar que

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

A centralidade dos direitos fundamentais na Constituição, já que estes demonstram o próprio projeto de Estado que se visa implementar, acarreta repercussões práticas, sobretudo na atuação estatal. É que, sendo os direitos fundamentais aqueles representativos dos valores morais implícitos à humanidade e sendo a dignidade humana o elemento cerne das constituições contemporâneas, a promoção e efetivação de tais direitos passa a ser a grande finalidade a ser alcançada pelo próprio Estado.³ Este movimento, na lição de Eberhard Schmidt-Assmann se traduz na aproximação entre a dogmática jurídica e a filosofia do direito, tendo como referencial essencial e direto a dignidade humana (2013, p. 50).

Assim é que, com a elevação dos direitos fundamentais à área nuclear da Constituição, é promovida a humanização do Direito a impor a observância da dignidade da pessoa humana como fio condutor de cada ato do Poder Público (SALES, 2017, p. 107). A centralidade dos direitos fundamentais na Lei Maior representa, pois, a centralidade do homem para o Direito, reconhecendo-se no indivíduo a razão de ser do Estado.

Com isto, inverte-se a lógica da atuação estatal que, com o reconhecimento do princípio democrático e da dignidade humana, deve se direcionar não só à satisfação do interesse público genérico, como (e sobretudo) à satisfação dos direitos fundamentais. Funcionam, portanto, os

² A ideia de Estado de direitos humanos como evolução da noção de Estado de direito fundamentais é defendida por Paulo Otero, que assevera que “[...] a expressão Estado de direitos humanos, nunca deixando de traduzir um ‘Estado de direitos fundamentais’, visa combater um certo esvaziamento do núcleo genético do ‘Estado de direito fundamentais’, clarificando e destacando de forma mais radical que a centralidade do Estado e dos seu sistema de direitos fundamentais reside na pessoa humana, viva e concreta, e no respeito pela sua inviolável dignidade como ser único e irrepetível: não são todos os direitos fundamentais ou os direitos fundamentais de todos os substratos personalizados que caracterizam o Estado de direitos humanos, antes essa identificabilidade se circunscreve aos direitos ligados à natureza humana” (2017, p. 525-526).

³ Eberhard Schmidt-Assmann, ao tratar sobre a constitucionalização do direito administrativo, apresenta ideia semelhante ao asseverar que “*la clave de esta nueva perspectiva radica en la convicción de que todos los poderes públicos se encuentran vinculados a los derechos fundamentales*” (2013, p. 54).

direitos fundamentais como orientadores da atuação do Estado e limitadores de seu poder, tendo em vista a submissão do Poder Público à Constituição.

Não poderia ser outro o pensamento no atual Estado Constitucional de Direito, em que, no magistério de André Ramos Tavares (2013, p. 66-67), reconhecendo-se a supremacia da Constituição, o Estado é transformado em um ente limitado, razão pela qual seu agir “[...] deve encontrar balizas (constitucionais) e que estas lhe devem ser impostas”. A Constituição, portanto, é hoje limitador formal e material das ações do Estado e, como são os direitos fundamentais a própria essência da Constituição, a eles deve respeito todos os “poderes públicos”.

A centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, enseja o fenômeno da constitucionalização do Direito e, assim, da atuação do próprio Estado, que também se subordina diretamente à Lei Fundamental.⁴ Deste modo, se o Estado é de Direito – de modo que o Poder Público se subordina às normas jurídicas –, passando estas a serem permeadas pelos valores constitucionais com força normativa, fica nítida a subordinação do Estado à Constituição e aos direitos fundamentais (que são seus principais valores normatizados), de modo que se lhe impõe o respeito (faceta negativa) e a efetiva satisfação (faceta positiva).

O elemento de identidade e ponto central de uma Constituição é justamente a sua carta de direitos fundamentais. Assim, adota-se neste trabalho a noção de que o princípio da legalidade que subordinava o Estado, diante da supremacia da constituição que se admite na atualidade, se converte em princípio da juridicidade ou da constitucionalidade. Como consequência, tem-se que, para que cumpra o dever do Estado de efetivar a Constituição, o cerne da vinculação da atuação estatal é o sistema de direitos fundamentais.

2.2 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existe grande discussão acerca do alcance dos diferentes tipos de direitos fundamentais e do grau de concretização que se pode exigir de tais direitos. Para além das questões moral e política envolvidas no debate – que não interessam para a presente pesquisa –, há também um aspecto jurídico, que ganhou destaque sobretudo com a propagação após a II Guerra Mundial

⁴ A ideia de constitucionalização do Direito pode abranger diversos sentidos, mas para fins deste estudo se adota a posição de Luís Roberto Barroso, segundo quem o fenômeno corresponde a “[...] um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico” (2007, p.12).

de sistemas de jurisdição constitucional de proteção dos direitos fundamentais inspirados no *judicial review* estadunidense surgido no século XIX (NOVAIS, 2017, p. 121).

Sobre o tema, Jorge Miranda (2017, p. 353-354) ensina que o estágio do constitucionalismo atual impõe o reconhecimento de uma Constituição normativa, cujo postulado geral é de que as normas por ela prevista são aplicáveis – ou ao menos suscetíveis de serem aplicáveis – de forma direta nas diversas situações fáticas. Assim, afirma o autor – diferentemente do que ocorria antes, quando o exercício do direito dependia de regulamentação –, hodiernamente as normas constitucionais conformam as relações entre os cidadãos e o Estado (incluindo todos os seus órgãos e agentes)⁵ independentemente de mediação legislativa.

Sobre este aspecto, relevantes são as lições de José Afonso da Silva (2007, p. 89 *et seq.*) – adotadas amplamente no Brasil –, que reconhece a eficácia de todas as normas constitucionais, mas propõe uma divisão tripartida quanto aos diferentes graus de eficácia e aplicabilidade. Para o autor, as normas constitucionais podem ser de eficácia plena (dotadas de aplicabilidade integral, imediata e direta), de eficácia contida (dotadas de aplicabilidade direta e imediata, mas não necessariamente integral, admitindo a limitação de seus efeitos pelo Poder Público, obedecidos os parâmetros legais) e de eficácia limitada (dotadas de aplicabilidade indireta e reduzida, sem normatividade suficiente para serem aplicáveis de logo e gerarem seus principais efeitos, de modo que exigem para tanto a intermediação legislativa).

Por fazerem os direitos fundamentais parte da Constituição – seja formal, seja material –, a eles também deve ser reconhecida a eficácia jurídica a regular a atuação estatal e a possibilitar que o indivíduo exija sua satisfação. Esta, inclusive, é a leitura da 1ª parte do artigo 18 da Constituição da República Portuguesa e do parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Os legisladores constituintes destes países, portanto, ao preverem que são as normas definidoras de direitos, liberdades e garantias “aplicáveis diretamente”, no caso de Portugal, e que têm “aplicação imediata”, no caso do Brasil, demonstraram preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais.⁶

⁵ Claudinei J. Göttems destaca que a efetividade dos direitos fundamentais condicionam a atuação de todos os “poderes”, de modo que conduz “o Legislativo à adoção de leis que permitam a implementação dos direitos consagrados na Constituição; o Executivo a adotar políticas públicas efetivadoras dos direitos fundamentais, e o Judiciário, ante a omissão legiferante e administrativa, a conduzir à efetividade da Constituição” (2008, p. 43).

⁶ Ingo Wolfgang Sarlet salienta que a cláusula da aplicabilidade imediata se aplica a todos os direitos fundamentais – incluindo os direitos sociais – e não apenas aos direitos individuais e coletivos como poderia sugerir a sua situação topográfica na Constituição brasileira, seja por uma interpretação literal do dispositivo que usa a formulação abrangente de “direitos e garantias fundamentais”, seja por uma interpretação teleológica e sistêmica da Lex Suprema (2012, p. 262). Em sentido oposto, José Carlos Vieira de Andrade, ao analisar a cláusula análoga da Constituição portuguesa, aponta que quanto aos direitos sociais não se pode falar em

Apesar de se reconhecer que tais normas são aplicáveis diretamente, também se faz necessário entender que nem todos os direitos fundamentais são imediatamente exequíveis. O legislador ordinário, portanto, pode regulamentar as normas constitucionais auto-exequíveis e deve concretizar as normas não exequíveis. Todavia, conforme anota Jorge Miranda, ainda que não as concretize o legislador, as normas programáticas não deixam de ser diretamente aplicáveis, na medida que impedem a edição de normas e atos do Poder Público a elas contrárias, servem à interpretação sistêmica da constituição e fixam critérios para o legislador (2017, p. 355-356).

Sobre o tema ainda se destaca a doutrina de Luís Roberto Barroso (2003, p. 91 *et seq.*) que se preocupa acentuadamente com a situação jurídica e a densidade das disposições constitucionais, o fazendo com base na função que cada tipo de norma exerce na Constituição. Assim, no que tange especificamente às normas constitucionais definidoras de direitos, que estabelecem os direitos fundamentais e geram situações jurídicas para os indivíduos, afirma Barroso que podem se dividir em três grupos, criadoras das seguintes situações: a) situações jurídicas desfrutáveis de pronto, que dependem tão somente de um não agir (abstenção); b) situações jurídicas que geram a possibilidade de se exigir um agir do Estado (prestação positiva); e c) normas atinentes a interesses que, para concretização, dependem da atuação legislativa ordinária para fins de integração (BARROSO, 2003, p. 95 *et seq.*).

Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de reconhecer que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais repercute de maneira distinta de acordo com o grupo que se analisa (direitos de defesa e direitos a prestações), propõe que em quaisquer dos casos se deve ter em mente “[...] o postulado otimizador da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais [...]” (2012, p. 274). Portanto, propondo a presente pesquisa uma visão que incorpora as ideias de Barroso e Sarlet, advoga-se a ideia de que das normas definidoras de direitos fundamentais – não obstante sua aplicabilidade se dê de maneiras distintas de acordo com o grupo a que pertence o direito e, conseqüentemente, sejam produzidos efeitos jurídicos igualmente distintos –, deve o intérprete se preocupar em extrair a máxima eficácia possível.

Assim, propõe-se que, no que se refere aos direitos de defesa – que impõem do Estado uma abstenção –, a aplicabilidade goza de grau máximo, já que recebem, via de regra, alta normatividade do legislador constituinte, prescindindo de intermediação concretizadora do

aplicação direta pelo juiz ou pela Administração, fazendo-se “[...] indispensável o juízo autônomo do legislador [...]” (1987, p. 302).

legislador ordinário. Tais direitos, portanto, representam uma situação jurídica ativa do sujeito, um poder jurídico, um direito subjetivo, cujo respeito pode ser exigido do Estado, inclusive judicialmente, já que também contam com a plena justiciabilidade.

A simplicidade com a qual se abordou as nuances da aplicabilidade e eficácia dos direitos de defesa, todavia, não é possível quando se trata dos direitos sociais a prestações. Apesar disso, adota-se as premissas básicas de que não existem normas constitucionais que não sejam dotadas de nenhuma eficácia e aplicabilidade e de que os direitos sociais são direitos fundamentais.⁷ Por se tratar de assunto extremamente extenso e complexo e não corresponder ao tema central do presente trabalho, sua abordagem será sintética, valendo-se dos ensinamentos de Jorge Reis Novais, para quem os direitos sociais

[...] impõem ao Estado os deveres de respeitar, de proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, mas, consoante as circunstâncias concretas, os diferentes titulares, as diferentes épocas e desenvolvimento económico do Estado, a tônica pode ser pontualmente colocada numa ou noutra dessas dimensões e, em cada uma delas, ou em termo objectivos ou acentuando a vertente subjectiva (2016, p. 54).

Assim, percebe-se que o grau de aplicabilidade dos direitos sociais varia de acordo com fatores fáticos, entre os quais os titulares do direito, a situação em concreto em que se aplica, bem como a época e as circunstâncias econômicas do Estado. Sarlet acrescenta como fator a ser levado em consideração, ainda, a natureza do próprio direito, como no exemplo do direito de greve, que é nitidamente um direito social de defesa, exigindo somente uma abstenção estatal (2008, p. 295). É dizer, a depender de tais fatores a conduta que deve ter o Estado se modifica, variando entre a abstenção, o respeito e a concretização do direito, mas sempre terá ele alguma obrigação, mesmo que negativa, com relação aos direitos sociais.

A vinculação do Estado aos direitos fundamentais também é tratada por Claudinei J. Göttems, que afirma que as normas que contêm conteúdo de direitos fundamentais (estejam elas expressas na Constituição ou não) permitem a exigência de imediata aplicabilidade, o que significa a concretização no plano fático, negando a exigência de se esperar a vontade político-legislativa para se imprimir efetividade. Deste modo, segundo o autor, os direitos fundamentais vinculam o Estado, que deve garantir todos os meios necessários para a sua realização (2008,

⁷ Para assentar tais premissas, pede-se vênia às lições de José Carlos Vieira de Andrade, segundo o qual o regime dos direitos fundamentais não seria aplicado aos direitos sociais, embora se reconhece que estes últimos consistem em normas jurídico-positivas que impõem prestações ou garantias institucionais (1987, p. 300).

p. 35-36). O que se entende por meios necessários, conforme se afirmou linhas acima, varia de acordo com fatores diversos, que devem ser levados em consideração ao se esperar uma atitude (positiva ou negativa) do Estado.

Em linhas conclusivas, portanto, o que se nota é que os direitos fundamentais, inclusive os sociais, gozam de aplicabilidade imediata, ainda que em diferentes graus, de modo que vinculam o Estado em todas as suas esferas de poder. Assim, a atuação estatal não pode se dar de maneira dissociada da atenção aos direitos fundamentais, que devem ser sempre levados em consideração, seja no respeito, seja na proteção ou seja na satisfação de tais preceitos constitucionais, a depender dos aspectos subjetivos (daquele que reclama a promoção do direito) e conjunturais (econômicos e culturais) da sociedade, mas sempre se garantindo a máxima efetividade possível.

3. INTERESSE PÚBLICO

Apesar da dificuldade na conceituação do interesse público, sua ideia sempre permeou os estudos do Direito Público e da Ciência Política. É que desde a concepção destes ramos do saber jurídico-político, se aponta como finalidade precípua do Estado a persecução do interesse público.⁸ Esta noção está de tal forma arraigada na cultura jurídica que, no ramo do direito administrativo, se afirma a existência do princípio da supremacia do interesse público como justificador das prerrogativas do Estado frente ao administrado, já que este prevaleceria sempre sobre o interesse privado.⁹

A noção de interesse público e o seu tratamento, todavia, nem sempre foram os mesmos, na medida que estão intrinsecamente relacionados aos regimes políticos adotados pelos Estados no espaço e no tempo, bem como às ideias que formam o pano de fundo destes regimes. Sendo assim, percebe-se a importância do estudo do tema, não só para propor um conceito e analisar a disciplina jurídica do interesse público, mas também para se promover a revisão crítica da ideia de supremacia de tal interesse. É isto que se pretende fazer nas próximas linhas.

⁸ Neste sentido, Diogo Freitas do Amaral afirma ser a tarefa fundamental da administração pública, enquanto coletividade organizada, a satisfação das necessidades coletivas (2016, p. 25). Paulo Otero, em lição em sentido semelhante, aproxima a ideia de interesse público às “[...] necessidades coletivas que gozam de projeção ou repercussão política, sendo reconduzível materialmente ao conceito de bem comum” (2016, p. 64).

⁹ Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o regime jurídico administrativo, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público, coloca a Administração Pública em situação vertical (privilegiada) em relação aos particulares (2016, p. 92).

3.1 PROPOSTA CONCEITUAL DO INTERESSE PÚBLICO (DETERMINÁVEL)

A ideia de interesse público abrange um universo vasto de significações, razão pela qual é comumente tratado como um conceito jurídico indeterminado. Em que pese a natural preocupação que isto gera, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer seus contornos, é possível encarar a abertura do conceito de interesse público como um aspecto positivo, que permite a aproximação do direito à realidade (CRISTÓVAM, 2014, p. 90).

Todavia, apesar da impossibilidade de se estabelecer um conceito fixo ou determinado de interesse público, é necessário – sobretudo para evitar sua manipulação arbitrária¹⁰ –, buscar campos de certeza, seja positiva, seja negativa, para traçar ao menos os contornos deste conceito.¹¹ Assim, é possível abalizar a abrangência da noção de interesse público, para que não seja considerado um conceito jurídico indeterminado, mas sim determinável no caso concreto.¹² O desafio, portanto, é diminuir os limites do conceito de interesse público para que se permita em cada situação fática, determinar uma zona na qual estejam inseridos os significados e as consequências justas que a Lei impõe, sem espaços para arbitrariedade.¹³

Dentro dessa lógica de traçar os contornos deste conceito, esclarece-se a distinção entre os interesses públicos secundário e primário. O interesse público secundário é o interesse do Estado em relação a si próprio, de modo que, não coincidindo com o interesse da sociedade, não passa de mero interesse estatal. O interesse público primário, de sua vez, é o interesse da coletividade como um todo, correspondendo à voz da soberania popular. Trata-se este, portanto, do interesse público propriamente dito, enquanto aquele do interesse do todo social tutelado pelo ordenamento jurídico (FROTA, 2004, p. 230-234).

¹⁰ Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández ensinam que a indeterminação do enunciado não significa a indeterminação de sua aplicação que, ao contrário do que pode parecer, permitem a escolha de uma única solução justa em cada caso concreto. Assim, defendem os autores que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não se confunde com a discricionariedade administrativa, já que, esta sim, permite uma pluralidade de escolhas (1991, p. 456).

¹¹ José dos Santos Carvalho Filho afirma que, levando em consideração todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é de interesse público, de modo que as zonas de certeza positiva e negativa permitem encontrar as balizas do que seria interesse público no caso concreto (2014, p. 34).

¹² Ainda sobre o tema, García de Enterría e Fernández reiteram a negativa de liberdade total para interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ao afirmarem que, ao se valer dessa opção, “*la Ley no determina com exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado em el momento de la aplicación*” (1991, p. 455).

¹³ Philip Gil França, salienta que o interesse público só tem relevância jurídica (e, portanto, pode ser considerado interesse jurídico) apenas quando é passível de determinação e concretização, caso contrário não se poderia enxergar nele força vinculante (2013, p. 222).

Esta, portanto, é a primeira delimitação que se faz ao conceito de interesse público, na medida em que só interessa para a presente pesquisa o interesse público primário, já que é este que deve servir como molde da atuação estatal e foi o que inspirou a criação das prerrogativas da Administração Pública sob o argumento de sua supremacia. Qualquer menção neste trabalho, portanto, ao interesse público dirá respeito ao interesse de toda coletividade.

Outra premissa importante de ser fixada antes do avanço na presente investigação é sobre a ideia de interesse jurídico, já que o interesse público é também um interesse jurídico. Neste ponto, segue-se as lições de Domingos Soares Farinho, para quem interesses jurídicos são as “[...] razões racionais para querer ou fazer algo, normativamente previstas”. Ou seja, adota-se neste trabalho a noção de que o gênero interesse jurídico, do qual é espécie o interesse público, é aquilo que é bom para o sujeito ou para o conjunto de sujeitos, mas que também é compatível com a ordem jurídica (FARINHO, 2014, p. 322).

Esclarecidas estas questões, é possível iniciar a busca de uma concepção determinável de interesse público, negando a arriscada adoção – sem maiores justificações –, da ideia de interesse público como um conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, na medida em que dentro deste caberia qualquer coisa.

A definição de interesse público no passado não despertava tanto interesse da dogmática jurídica, notadamente porque sua persecução como dever do Estado reconhecido pelo ordenamento jurídico é consequência do advento do Estado Social. Assim, não havia tanta precisão em sua conceituação, como naquela proposta por José Cretella Júnior (1972, p. 164), que afirma ser o interesse público aquele interesse da coletividade que o Estado tenha colocado entre seus interesses. Ou seja, a visão do autor aproxima a ideia de interesse público a uma vertente autoritária, já que caberia tão somente ao Poder Público a sua definição.

Com uma noção mais democrática, José Carlos Vieira de Andrade (1993, p. 275) trata do interesse público da seguinte maneira:

Diz-se, em sentido jurídico-administrativo, do que é qualificado, a nível normativo superior, como manifestação directa ou instrumental das necessidades fundamentais de uma comunidade política e cuja realização é atribuída, ainda que não em exclusivo, a entidades públicas.

Para Vieira de Andrade, portanto, o conceito de interesse público consiste nas necessidades fundamentais da sociedade e não pode ser individualizável (é, pois, um interesse objetivo), mas que são qualificadas normativamente. Ou seja, para que haja o interesse público,

além da reclamação de uma vontade da coletividade, deve existir o respaldo jurídico-normativo, gerando a expectativa de sua satisfação nomeadamente, mas não exclusivamente, pelo Estado.

Evoluindo no conceito, Philip Gil França (2013, p. 223) apresenta um conceito compatível com o modelo do Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil e pela maioria dos países ocidentais na atualidade, ao ensinar que se trata de um objeto concretizavelmente positivo e produtivo, a ser perseguido pelo Estado conforme seus objetivos e estrutura social e política definidas na Constituição. Na visão do autor, portanto, o interesse público também teria uma dimensão social (produto reclamado pela sociedade e concretizável para seu desenvolvimento) e uma dimensão normativa (imposição constitucional de sua realização).¹⁴

Farinho, em visão um pouco diferente, mas com algumas aproximações – revelando a modernização do conceito em Portugal –, destaca que o conceito de interesse público que emergiu no Estado Social do século XX, assume-se, de um lado, como a vontade da comunidade política e, de outro, como dever ou responsabilidade da comunidade política (seja o Estado, seja um membro da comunidade política) pela concretização dessa vontade (2014, p. 322). Assim, há um interesse de toda coletividade, representada pela comunidade política – naturalmente variável no tempo e no espaço –, que deve ser satisfeito pela própria comunidade política.

Tendo em vista estas considerações, o conceito de interesse público que se propõe nesta pesquisa é o de que consiste em exigências relacionadas a bens e valores comunitários com caráter normativo – independentemente do nível de formalização –, que devem ser satisfeitas prioritariamente, mas não exclusivamente, pelo Estado, respeitando-se os limites no exercício do poder e os objetivos políticos, econômicos e sociais impostos pela Constituição,¹⁵ sem olvidar da observância da centralidade do homem – em sua dignidade – no ordenamento jurídico, notabilizada pelo dever de proteção e concretização dos direitos fundamentais.¹⁶

¹⁴ No mesmo sentido, Hidemberg Alves da Frota (2004, p. 234).

¹⁵ A Constituição da República Federativa do Brasil elege os objetivos fundamentais do estado em seu artigo 3º, que são: construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

¹⁶ No que tange ao dever de observância da dignidade da pessoa humana na prossecução do interesse público, Paulo Otero ensina: “A prossecução do interesse público, expressão do bem comum da comunidade, integra a dimensão social da dignidade humana, enquanto fonte de direitos e deveres fundamentais, nunca se encontrando habilitada esse prossecução a derogar o núcleo essencial da dignidade de cada pessoa: esse núcleo essencial é um bem individual que, assumindo sempre relevância coletiva, nunca pode deixar de prevalecer sobre um bem comum sem conexão ou em violação da dignidade humana” (2016, p. 67).

Por fim, reitera-se a impossibilidade de apresentação de um conceito estanque de interesse público, de modo que as linhas acima se limitaram a traçar os contornos do conceito jurídico-constitucional de interesse público aplicado à atuação do Estado e de quem lhe faça as vezes. Tendo isto em conta, o presente estudo propõe a aproximação do interesse público à teoria dos princípios jurídicos,¹⁷ assentando-o como mandado de otimização, previsto implícita ou explicitamente nas Constituições contemporâneas a impor que o Estado promova, na maior medida do fático e juridicamente possível, o desenvolvimento humanístico e qualitativo da sociedade de acordo com o seu interesse geral, respeitados os ditames normativos, notadamente os ditames constitucionais.

3.2 CRÍTICA À SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Com o advento do neoconstitucionalismo e a consequente constitucionalização dos mais diversos ramos do direito, dentre os quais o direito administrativo, exsurge a necessidade de se reler seus principais paradigmas.¹⁸ Entre eles, merece maior atenção aquele que corresponde ao eixo do regime jurídico administrativo na sua visão mais tradicional da doutrina. Trata-se do *princípio* da supremacia do interesse público sobre o privado.

A primazia do interesse público sobre o privado durante muito tempo foi utilizada pela Administração Pública como retórica, muitas vezes vazia, com o objetivo de se legitimar todo e qualquer ato administrativo. Evidentemente, este tratamento não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, que exige do Poder Público a persecução do legítimo interesse público (interesse público primário), mas sempre com respeito aos direitos fundamentais que são limites impostos para toda atividade estatal.

Outrossim, com a queda do *Welfare State*, em razão da impossibilidade material de o Estado atender, ao mesmo tempo, todas as demandas sociais, o setor privado passou a atuar ao

¹⁷ Esta visão não é novidade em Portugal, já sendo antiga a lição de que o artigo 266º, nº 1, da Constituição da República portuguesa, prevê o princípio da persecução do interesse público, cf. Marcelo Rebelo de Sousa (1995, p. 136). Já no Brasil, comumente se reconhece como princípio da supremacia do interesse público e não o princípio de persecução do interesse público, cf. Hely Lopes Meirelles (2000, p. 95). Ou seja, enquanto a doutrina portuguesa tende a reconhecer o interesse público principalmente como um dever do Estado no que tange a sua realização, a doutrina brasileira o reconhece muito mais como um valor autorizativo de prerrogativas estatais contra o administrado.

¹⁸ Sobre o tema, Gustavo Binenbojm assevera que “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional” (2008. p. 69).

seu lado na promoção do bem comum.¹⁹ Assim, passando certos agentes privados a exercer funções que eram eminentemente públicas, a dicotomia que se enxergava entre o interesse público e os interesses privados foi superada, notadamente em razão de terem deixado as esferas pública e privada de ser encaradas como antagônicas, mas sim complementares (LEITE, 2011, p. 76-77). Esta interação também é percebida por Di Pietro (2016, p. 96-97), que afirma existir na atualidade

[...] normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao Direito de Família e existem normas de direito público que defendem também interesses dos particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem).

A confusão que se instalou atualmente entre o público e o privado também é destacada por Daniel Sarmiento (2007, p. 44 *et seq.*), que aponta como principais fatores ensejadores desta realidade, os seguintes: 1) aos fenômenos da *publicização do direito privado* e da *privatização do direito público*, o primeiro estimulado pela supremacia da Constituição – umas das principais ideias do neoconstitucionalismo –, que provoca a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento jurídico, e o segundo motivado pela crescente busca do Poder Público pela eficiência típica da iniciativa privada; 2) o surgimento e crescimento do terceiro setor, que embora não faça parte do Estado, tem propósito público e visa a satisfação de interesses da coletividade.

Portanto, não há mais nítida separação entre os interesses públicos e privados, de maneira que a tomada de decisões com base em um interesse, que se torna público no discurso por mero arbítrio do administrador, pode violar um interesse privado consolidado como direito fundamental, de modo que tem tutela constitucional e, portanto, recebeu a mesma importância que o legítimo interesse público (BARROSO, 2010, p. 71). A solução neste caso de conflito não pode se dar tão somente pelo critério da supremacia.

Ademais disso, a supremacia do interesse público sobre o privado é considerada comumente na doutrina um princípio constitucional.²⁰ Todavia, seriam os princípios jurídicos

¹⁹ Para análise detalhada do tema, ver Raquel Melo Urbano de Carvalho (2009, p. 813 *et set*).

²⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello vai além, afirmando que o primado do interesse público é um princípio geral do direito, portanto, está presente em qualquer ordenamento jurídico. Por esta razão não se radicaria em dispositivo específico da Constituição brasileira, malgrado se manifeste através de certos institutos constitucionais como o da função social da propriedade (2013, p. 99).

na lição de Robert Alexy, mandamentos de otimização, ou seja, ordens para que algo seja realizado na maior medida do fático e juridicamente possível. Assim, tais mandamentos podem ser satisfeitos em diferentes graus, levando em considerações não apenas os aspectos fáticos, mas também as possibilidades jurídicas, que são delineadas pelas normas colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

Diferem, portanto, das regras, que somente se aplicam de acordo com a ideia de *tudo ou nada*, aplicando-se na integralidade o mandamento quando houver a subsunção entre a regra e o fato. Quer isto dizer que em cada caso concreto diferente, a norma-princípio aplicável será cumprida em um grau diferente e, havendo princípios conflitantes, escolhe-se aqueles que devem ser satisfeitos em maior grau e os que, malgrado não deixem de existir no ordenamento jurídico, terão a incidência reduzida.

Partindo dos conceitos apresentados é que se questiona a natureza principiológica da supremacia do interesse público. É que a ideia de supremacia é incompatível com a possibilidade de se aplicar o preceito em diferentes graus, como ocorre com os princípios. Sobre o tema, Humberto Ávila (2007, p. 9) afirma que a descrição abstrata de uma supremacia sugere a sua prevalência sobre qualquer outra norma. Ou seja, significaria o *princípio* em comento que o interesse público deve em todas as circunstâncias prevalecer sobre os interesses do particular, independentemente das possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que, deixar de aplicar este primado consistira sempre em exceção, mas nunca em satisfação em graus distintos, como deve acontecer com os verdadeiros princípios jurídicos.

Sendo assim, reconhecer como princípio a prevalência absoluta do interesse público sobre o interesse privado é impossibilitar a utilização da técnica da ponderação de bens e interesses.²¹ Evidentemente, se se admitisse que o interesse privado sempre cede ao interesse público, no caso de choque entre tais interesses – ainda que o interesse privado seja resguardado por um princípio jurídico como, por exemplo, um direito fundamental –, não se procederia com a ponderação, porquanto o conflito haveria de ser necessariamente solucionado com a escolha do interesse público.

²¹ Alexy, ao tratar sobre o eventual conflito entre dois princípios, leciona que “[...] um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto, as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (2008, p. 93-94).

Por estas razões, o primado do interesse público sobre o privado é absolutamente incompatível com o que a ciência do Direito aponta como princípios, já que não existem princípios jurídicos gravados com a característica da prevalência absoluta e abstrata sobre outros, mas tão somente princípios que, *in concreto*, podem gozar de prevalência relativa, impondo a mínima restrição possível aos outros que com ele se chocam, que continuam válidos no ordenamento, podendo, em outras circunstâncias, vir a prevalecer.²²

Assim, o primado do interesse público, além de não se enquadrar no conceito doutrinário de princípio jurídico, não encontra respaldo constitucional – já que a Lei Maior tutela tanto interesses públicos quanto privados –, de modo que não se pode falar em um princípio que imponha a prevalência abstrata e absoluta de uns sobre os outros, inclusive em respeito ao princípio da unidade da Constituição, que impõe a noção de inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 218).

Não é por outras razões que a noção tradicional da supremacia do interesse público não se adequa à realidade atual. Desta forma, acompanhando a lição de autores como Daniel Sarmiento (2007, p. 26-27), advoga-se neste trabalho a necessidade de reformulação do tratamento que se dá ao interesse público, tornando-o compatível com o modelo contemporâneo de Estado de Direito Democrático, notabilizado pela supremacia da Constituição e pelo deslocamento dos direitos fundamentais ao ponto central do ordenamento jurídico.

Assim, não se pode vislumbrar a persecução do interesse público como um princípio absoluto, mas sim como mais um princípio constitucional – no caso brasileiro, implícito, e no caso português, previsto no artigo 266º, nº 1, da Constituição – que, como os outros, é relativo e pode ceder no caso concreto. Deste modo, propõe-se a adoção não de um critério de prevalência abstrata e absoluta do interesse público sobre interesses privados constitucionalmente tutelados (sobretudo enquanto direitos fundamentais), mas sim, como se verá mais detidamente no capítulo seguinte, a ponderação proporcional entre eles no caso concreto.

²² Neste sentido, Jorge Miranda considera como duas das características dos princípios justamente “a versatilidade, a suscetibilidade de conteúdos com densificações variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias” e “a virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca” (2015, p. 302).

4. CONFLITO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAÇÃO ESTATAL

Comportando tanto o interesse público quanto os direitos fundamentais ampla significação, é natural que incidam em diversas situações com cargas variáveis. Inclusive, existem situações que ambos permeiam, ora apontando para a mesma decisão, ora apontando para decisões distintas. Este capítulo do presente estudo se dedicará justamente a esta interação e a as opções interpretativas que se deve tomar em cada situação em que haja a interação em questão.

4.1 INTERAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE PÚBLICO

Domingos Soares Farinho ensina que a ideia de interesse público comporta dois sentidos, um lato que é o interesse geral e um estrito. O sentido lato, segundo o autor, é formado pelo interesse estrito somado a interesses privados sociais (2014, p. 322). Fica clara, portanto, a interação entre os direitos fundamentais, na medida em que uma das facetas do interesse público (seu sentido lato) engloba tanto o interesse público primário, quanto os interesses privados sociais, que também são tutelados por direitos fundamentais.

Ademais, tendo sido adotada nesta pesquisa a ideia de que o dever de persecução do interesse público é, em verdade, uma norma jurídico-constitucional (ainda que implícita no caso do Brasil), aproxima-os aos direitos fundamentais que também o são.²³ Assim, diante da necessidade de manutenção da integridade constitucional, a Lei Maior deve ser interpretada de maneira sistêmica e seus preceitos – dentre eles a busca pela satisfação do interesse público e dos direitos fundamentais – devem ser harmonizados.²⁴

Para Paulo Otero (2016, p. 70), a própria prossecução do bem comum exige o respeito e a garantia dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana, sobretudo em Estados fundados na dignidade humana, como é o caso de Portugal e do Brasil. Quer isto dizer que no

²³ Jorge Reis Novais assim define os direitos fundamentais, justificando que em razão desta natureza eles consistem em “[...] garantias que se impõem aos poderes públicos constituídos, mas também como direitos suscetíveis de limitação e, então, necessariamente, limitação efectuada pelos próprios poderes públicos constituídos a quem os direitos fundamentais suspostamente se impõem” (2017, p. 19). Isto demonstra que a semelhança entre os direitos fundamentais e o interesse público enquanto normas constitucionais impõe a necessidade de convivência harmônica e que, no caso de conflito entre elas, admite-se a imposição de limitações no caso concreto.

²⁴ Sobre o tema, Jorge Miranda assevera que a Constituição “[...] deve ser apreendida, em qualquer instante como um todo, na busca da coerência, da harmonia, de sentido das normas ínsitas no texto e da sua função integradora do tecido político-social” (2015, p. 328).

atendimento do interesse público devem ser observados os direitos fundamentais, seja quando forem coincidentes (tutelando os mesmos valores e/ou exigindo a mesma conduta), seja quando estejam em conflito aparente (tutelando diferentes valores – em alguns casos antagônicos – e/ou exigindo condutas distintas).

Também não destoa deste pensamento Farinho, que afirma que no Estado de Direito constitucional é garantido um espaço de autonomia privada – que se integra por diversos interesses particulares – através da previsão de direitos fundamentais, como expressão da dignidade da pessoa humana; mas também consagra um interesse geral e ambos devem ser satisfeitos e/ou protegidos pelo Estado, embora os espaços conferidos a uns e a outro interesse possa ser maior ou menor em cada ordenamento jurídico (2014, p. 332). Recebendo o interesse público e os direitos fundamentais o mesmo tratamento normativo-constitucional, ambos vinculam o Estado com igual força, não havendo, como já se afirmou neste trabalho, predominância absoluta de uns sobre os outros.

Ademais, embora não se negue a importância da persecução do interesse público – que é um dos deveres do Estado e, classicamente, é apontada como sua finalidade precípua –, não se pode olvidar que no Estado Democrático de Direito se reconhece a força normativa e a supremacia da Constituição, bem como a subordinação da Administração ao princípio da juridicidade em substituição ao da legalidade. Assim, também é dever do gestor público a concretização e conformação das normas da Lei Fundamental, tendo como mira da atuação administrativa a defesa e a promoção dos direitos fundamentais, que são seu núcleo central (CRISTÓVAM, 2014, p. 96).

A interação entre os direitos fundamentais – ainda que representativos de interesse individuais – e o interesse público também se evidencia, como já se afirmou neste estudo, quando se analisa o processo de desestatização de muitas atividades tipicamente públicas e, como consequência, a atuação de particulares e do Estado lado a lado na prestação de diversos serviços. Sobre este tema, João Salis Gomes (2010, p. 352), esclarece:

Naturalmente, o discurso oficial em nome do interesse público não desapareceu mas, por força da desestatização em curso, surge diluído na sociedade, definido por uma rede de actores públicos e privados com intervenção nos vários níveis da governação, protagonistas de lógicas distintas e, frequentemente, contraditórias. Findo o tempo da clara separação de águas entre actividade comerciais e actividade sem fins lucrativos, entre interesses dos particulares e o interesse geral, a definição do interesse público reflecte as relações de interdependência

e de troca entre o público e o privado que caracterizam as políticas públicas.

Assim, apesar da clássica visão de que o interesse público é sempre contraposto aos interesses privados, estes, na prática, podem convergir. As políticas públicas, que visam a satisfação de interesses individuais como, por exemplo, a concretização do direito à moradia, podem coincidir com o interesse público, desde que se reconheça a vontade da comunidade política em diminuir o déficit habitacional e, ao mesmo tempo, haja a imposição da obrigação pelo ordenamento jurídico. Em tal hipótese, existiria a convergência entre o interesse público e um interesse particular – tutelado por um direito fundamental –, que conduziriam para a mesma decisão.

Nesta altura, portanto, restou superada a visão de completa separação entre Estado e sociedade, de modo que o interesse público não pode ser considerado necessariamente antagônico aos interesses individuais, assim como não pode ser considerado a pura expressão de interesses privados, seja de indivíduos, seja de grupos. Vieira de Andrade (1993, p. 276) deixa claro que embora os interesses privados (e neste ponto se inclui os direitos fundamentais que os tutelam) não se confundam com o interesse público (que também pode ser tutelado por direitos fundamentais), implementou-se um modelo de fusão e interpenetração entre Estado e sociedade, de modo que a atuação estatal é animada pela “[...] ponderação entre interesses da comunidade e os interesses particulares”.

Em síntese, portanto, ao Estado cumpre a satisfação tanto de interesses da coletividade quanto interesses privados, que devem conviver em harmonia, na medida em que ambos podem ter supedâneo constitucional, sem que haja hierarquia entre eles. Como dito, o interesse público não é um contraponto dos direitos fundamentais, uma vez que, ainda na lição de Vieira de Andrade, este pode ser identificado como o bem comum em sua faceta jurídica, dotado de racionalidade, inspirado e orientado para uma ideia comunitária de justiça (1993, p. 276). Se, portanto, falar em persecução do interesse público é falar em justiça social, não se pode enxergar antagonismos em relação aos direitos fundamentais que, na visão de Jorge Miranda, são preceitos que resultam da ideia de Direito, daquele sentimento jurídico coletivo (2017, p. 14).

Como já se afirmou nesta pesquisa, a Constituição da República Portuguesa prevê expressamente como um dos seus princípios fundamentais a persecução, pela Administração Pública, do interesse público em seu artigo 266º, nº 1, mas não deixa de ressaltar que tal

persecução deve ocorrer “[...] no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Quer isto dizer que a busca da satisfação do interesse público não pode se dar dissociada dos direitos e interesses dos cidadãos, incluindo-se, portanto, os direitos fundamentais, que evidentemente se enquadram em tal definição. E a razão disso é muito simples: o respeito (obrigação negativa) e a concretização (obrigação positiva) dos direitos fundamentais são deveres da Administração Pública tanto quanto o é a satisfação do interesse público.

Outro aspecto importante relativo à interação entre o interesse público e os direitos fundamentais é a possibilidade de choque entre eles. Conforme se asseverou oportunamente, não se vislumbra a preponderância apriorística de um sobre o outro, de modo que a solução deve ser outra que não o critério da supremacia do interesse público. Inclusive, há autores como Marcelo Paulo Wacheleski (2016, p. 223-224), que afirmam que no choque entre as prerrogativas e privilégios conferidos à Administração Pública na busca do interesse público com os direitos fundamentais, estes é que devem prevalecer.

Tal visão, todavia, também é estremada e não parece a mais adequada, uma vez que tanto o interesse público, quanto os interesses tutelados pelos direitos fundamentais, têm envergadura constitucional e merecem o mesmo tratamento. Sendo assim, a prevalência de um sobre o outro não pode se dar no plano abstrato, mas tão somente no plano concreto. Seria incoerente defender a inexistência da supremacia do interesse público sobre o privado por ser incompatível com a Constituição e com o conceito e características dos princípios jurídicos, cujos conflitos se resolvem pela ponderação de bens e interesses, mas advogar a prevalência abstrata dos direitos fundamentais sobre o interesse público. As razões para refutar uma ideia e outra são as mesmas.

Assim como o interesse público pode sofrer restrições para salvaguardar ou concretizar outros interesses constitucionalmente tutelados, também os direitos fundamentais o podem ser, de modo que devem eles interagir em harmonia. Isto, aliás, é reflexo da constatação que se chegou nesta pesquisa de que interesses da coletividade e interesses individuais com supedâneo constitucional desfrutam do mesmo status e proteção, bem como da tercia dos limites aos direitos fundamentais.²⁵

²⁵ Tal teoria será analisada com mais atenção no tópico seguinte (4.2), mas, na lição de Paulo Ricardo Schier, ela tem como uma de suas premissas a ideia de que só se admite restrições a direitos fundamentais com o objetivo de salvaguardar outros direitos fundamentais ou interesses constitucionalmente protegidos (incluindo-se aqui o interesse público), atentando-se para os princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade (2004, p. 93).

Diante destas ponderações, percebe-se que o interesse público e os direitos fundamentais estão em constante interação, ora convergindo, ora divergindo, mas nunca se excluindo ou anulando. Como a satisfação de ambos é dever estatal e recebendo estes o mesmo tratamento jurídico, impõe-se a harmonização e o respeito ao núcleo essencial de cada um deles quando se lhes impõem limitações.

4.2 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO AO DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL

Neste cenário de centralidade dos direitos fundamentais na Constituição, ainda que se leve em consideração sua reserva geral imanente de ponderação – na lição de Jorge Reis Novais²⁶ –, não se pode cogitar, como já afirmado, a existência de uma supremacia abstrata de um bem jurídico ou interesse tutelado pela Lei Fundamental em detrimento de outros que também estão sob manto constitucional. Tratando-se de princípios constitucionais como outros tantos, em caso de conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais, não há se falar em supremacia, daquele sobre este, mas sim em ponderação de bens e interesses.

Em verdade, a própria ideia de interesse público que deve inspirar a atuação estatal somente pode ser vislumbrada em obediência aos demais princípios constitucionais que também orientam o agir administrativo. Nesta linha, Vieira de Andrade destaca que o agir da Administração Pública deve levar em consideração “[...] os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade, da boa fé ou da racionalidade, que constituem, também eles, condições normativas do interesse público” (1993, p. 280).

Quer isto dizer que a busca pela satisfação do interesse público não pode deixar de levar em consideração princípios como o da proporcionalidade, justiça e racionalidade, que condicionam o interesse público. Assim, também o interesse público se submete a uma reserva imanente de ponderação, de modo que o dever de sua prossecução pode ser relativizada e ceder diante de um choque com outros interesses constitucionalmente tutelados – como no caso dos direitos fundamentais – diante do exercício de sopesamento.

Esta realidade é, inclusive, reconhecida por Paulo Otero (2016, p. 70) ao ensinar que

²⁶ Segundo o autor, “os direitos fundamentais, todos eles quando vistos *como um todo*, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, imanentemente dotados de uma reserva geral de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da indiscutível forma e força constitucionais que lhes são atribuídas, eles podem ter de ceder perante a maior força ou o maior peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário que sejam igualmente dignos de proteção jurídica” (NOAVAS, 2017, p. 75).

Se o conceito geral de interesse público alberga uma multiplicidade de interesses públicos específicos, a verdade é que também a implementação de interesses públicos se revela favorável a encontrar e a gerar a oposição de interesses privados [...], mostrando a permeabilidade da fronteira entre ambas as categorias de interesses, gerando acrescidas áreas de conflitualidade que complexificam o agir administrativo [...] e exigem o balanceamento ou a contenção de interesses [...].

Para o autor, portanto, interesses da coletividade e interesses privados são esferas que interagem constantemente, ora em harmonia, ora em conflito. Na última hipótese, todavia, não há falar em prevalência absoluta e abstrata de um sobre o outro, mas sim balanceamento para que, em cada caso, se defina o interesse que deve prevalecer. Assim, a técnica da supremacia do interesse público ainda utilizada largamente no Direito brasileiro, deve ceder para a técnica da ponderação proporcional.

Em Portugal mais do que no Brasil, já está enraizada a ideia de condicionar a persecução do interesse público ao juízo de ponderação com outros interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Tanto é assim que prevê expressamente no artigo 7º do Código de Procedimento Administrativo que a atuação da Administração deve ter adequação e que, na colisão com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos, o interesse público somente pode ser perseguido na medida do necessário e em respeito à justa medida.²⁷

A Constituição da República Portuguesa também se preocupou expressamente com a necessidade de respeito à proporcionalidade (notadamente o subprincípio da necessidade) sempre que for preciso restringir direitos, liberdades e garantias ao prever em seu artigo 18º, nº 2, que somente pode ocorrer com autorização constitucional, “[...] devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Portanto, embora se admita a possibilidade de cedência dos direitos fundamentais em relação a outros preceitos constitucionalmente previstos – incluindo-se o interesse público –, isto deve se dar na medida do estritamente necessário.

Como já se afirmou nesta pesquisa, o dever estatal de satisfação do interesse público também pode ser considerado um princípio constitucional – ainda que implícito em algumas

²⁷ No nº 1 do referido artigo, é previsto que: “Na prossecução do interesse público, a Administração Pública deve adotar os comportamentos adequados aos fins prosseguido”; já no nº 2 do mesmo artigo, determina-se que: “As decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objetivos a realizar”.

Constituições como a brasileira. Ocorre que ao tentar satisfazer este interesse público, a atuação do Estado pode conflitar com interesses individuais também tutelados por normas constitucionais, inclusive de direitos fundamentais. Não sendo possível a prevalência abstrata de um interesse sobre o outro, até porque, no exemplo, ambos são de envergadura constitucional, exsurge a necessidade de realização do juízo de proporcionalidade.

Para Humberto Ávila (2009, p. 78-79), os princípios são normas finalísticas e prospectivas, cuja pretensão é de parcialidade e complementariedade. Assim, sua aplicação nos casos concretos exige uma análise do estado de coisas que se visa promover e os efeitos que a atuação necessária para sua promoção pode gerar. Sendo os princípios normas de conteúdo amplo e aberto, sua aplicação não se dá por mera subsunção como ocorre com as regras. Além disso, não são raras as ocasiões em que uma conduta é vedada por uma norma-princípio e autorizada por outra, justamente em razão da amplitude de suas significações e de seu alcance.

Importante destacar ainda que os princípios constitucionais não são articulados segundo uma hierarquia e sim por uma lógica de ponderação proporcional (BINENBOJM, 2008, p. 13). Deste modo, a existência de uma supremacia de alguns interesses constitucionalmente tutelados sobre outros, mostra-se absolutamente contrária aos avanços da hermenêutica constitucional, sobretudo ao princípio da concordância prática. Na lição de Jorge Miranda,

mesmo em Constituições compromissórias, as chamadas ‘contradições de princípios’ têm de ser superadas, nuns casos, mediante a redução adequada de âmbito e alcance e cedências de parte a parte e, noutros casos, mediante a preferência ou a prioridade de algum ou alguns dos princípios em face dos restantes. É sempre necessária – e, portanto, possível – como logo sugerimos no início deste tomo, uma harmonização ou concordância prática que permita o máximo de realização dos direitos fundamentais e o funcionamento das instituições (2015, p. 328).

Ou seja, o funcionamento das instituições, ainda que se considere inspirado pelo dever de satisfação do interesse público, deve permitir a máxima realização dos direitos fundamentais através de um exercício de harmonização dos preceitos constitucionais. Tem-se, portanto, que deve ser a proporcionalidade o grande fio condutor das decisões do Estado, no exercício de qualquer das suas funções. Neste sentido, o interesse público não goza de supremacia alguma, posicionando-se no mesmo patamar que os interesses privados protegidos pela Constituição. Deste modo, no escólio de José Marcelo Barreto Pimenta (2012, p. 238), “[...] o princípio da

proporcionalidade representa um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa do Estado contra tais direitos”.

Alexy construiu a teoria intitulada de lei de colisão, fornecendo o instrumental teórico para a realização do sopesamento de interesses em conflito para aplicação prática do princípio da proporcionalidade (2008, p. 94 *et seq.*). Segundo o autor, quando o Estado, na mesma situação, possui dois deveres impostos pelo ordenamento jurídico que, no caso concreto se chocam, não se pode admitir a precedência absoluta de um ou de outro dever, de modo que nenhum deles goza de prioridade *de per si*. Assim, o problema deve ser resolvido através do sopesamento dos interesses em conflito para se definir qual deles – que em abstrato estão no mesmo plano –, no caso concreto tem maior peso (ALEXY, 2008, p. 95).

A lei de colisão, deste modo, impõe à Administração que a resolução do conflito entre princípios – incluindo-se o dever de satisfação do interesse público e a proteção e promoção dos direitos fundamentais – diferente da invalidação²⁸ e da exceção que se aplica a casos futuros, deve se dar com a relativização momentânea de um deles. É que, para Robert Alexy, “a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (2008, p. 96). Neste sentido, a eventual sobreposição do interesse público a um direito fundamental somente é possível se as circunstâncias do caso concreto a justificarem em razão dos benefícios a serem alcançados, devendo, ainda, ser preservado o núcleo essencial do direito ao se impor restrições estritamente necessárias, haja vista sua preservação no ordenamento jurídico.

Assim, substituindo-se a supremacia do interesse público pelo dever de ponderação proporcional, tem-se que o Estado em seu agir deve impor a menor restrição possível ao interesse preterido, realizando a vontade do constituinte ao escolher, apenas no caso concreto, o interesse que maior peso tem ao se considerar as circunstâncias e os valores constitucionais em jogo. O Poder Público, portanto, não pode fazer uma escolha prévia entre a satisfação do interesse público ou a promoção dos direitos fundamentais – já que é obrigado a ambos –, podendo abrir mão de um destes em alguma medida apenas em caso de conflito principiológico no caso concreto, desde que no exercício do juízo de proporcionalidade.

²⁸ A invalidação é a maneira com que se soluciona o conflito entre regras, utilizando-se os critérios da hierarquia, anterioridade e especificidade. Uma regra em conflito com outra, impede a manutenção de ambas no ordenamento jurídico, impondo a invalidação de uma delas. O conflito se resolve, pois, no campo da validade, na lógica que Ronald Dworkin convencionou chamar de “tudo ou nada” (2002. p. 42-43).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa demonstrou que os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito assumem papel central na Constituição e, conseqüentemente, no ordenamento jurídico, dadas a supremacia da Constituição e a força normativa de todos os seus preceitos. Assim, os direitos fundamentais, que consistem no núcleo rígido da Lei Maior e gozam de aplicabilidade imediata, regulam também a atividade estatal e, por guardarem relação com os valores morais mais importantes da sociedade, sua satisfação deve ser tida como uma das principais finalidades do Poder Público.

Por outro lado, também se revelou que o interesse público, embora possa ter uma ampla significação – o que no passado permitia a manipulação do conceito para justificar medidas arbitrárias –, pode ter seus contornos delimitados por zonas de certeza positiva e negativa. Deste modo, assentou-se o entendimento de que somente o interesse público primário pode ser escolhido em detrimento de outros interesses, consistindo este no interesse da coletividade juridicamente tutelado, com vistas ao desenvolvimento do conjunto social em observância à centralidade do homem e sua dignidade para o Direito, o que impõe o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, levando em consideração que o dever de satisfação do interesse público é um princípio constitucional, como os são os direitos fundamentais – ainda que tutelem interesses individuais –, demonstrou-se a impossibilidade de prevalência abstrata e em qualquer hipótese deste interesse público. É dizer, a presente pesquisa foi capaz de revelar a impossibilidade de se admitir a supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio constitucional. A um em razão da incompatibilidade com a teoria dos princípios jurídicos, que inadmite a preponderância abstrata de um princípio sobre o outro e, tão somente no conflito no caso concreto, propõe a utilização do juízo de proporcionalidade para fins de sopesamento. A dois em respeito à unidade da Constituição que não permite a existência de normas constitucionais de diferentes hierarquias, de modo que tanto o interesse público, quanto os interesses privados constitucionalmente tutelados, estão no mesmo patamar hierárquico.

Ficou claro, outrossim, que interesse público e interesses privados não representam necessariamente uma dicotomia na atualidade, de modo que a satisfação do primeiro pode estar associada à satisfação do segundo, como no caso hipotéticos da solução do problema do déficit habitacional (interesse público) através da doação de casas populares a indivíduos (interesse individual). Do mesmo modo, demonstrou-se que os direitos fundamentais também interagem

com o interesse público em diversas situações, seja conduzindo para uma mesma direção, seja conduzindo para direção distinta, situação em que não se pode adotar o critério da supremacia do interesse público. Isto porque, conforme se esclareceu anteriormente, não há supremacia de nenhum interesse na Constituição e a satisfação dos direitos fundamentais também corresponde a uma das finalidades – talvez a mais importante – do Estado, merecendo a mesma atenção que merece a satisfação do interesse da coletividade.

Ainda neste contexto, o presente estudo foi capaz de certificar que a restrição aos direitos fundamentais, ainda que baseada no interesse público, somente é possível se visar o atendimento de algum preceito constitucional e se houver respeito à proporcionalidade.

À guisa de conclusão, portanto, descarta-se a existência de uma supremacia do interesse público, de modo que o fio condutor da atuação estatal deve ser o juízo de ponderação proporcional. Neste sentido, estando o Poder Público, diante de um conflito entre o interesse público e os direitos fundamentais – considerando, ainda, que é seu dever satisfazer ambos –, não se pode fazer uma escolha apriorística. Deste modo, as circunstâncias do caso concreto devem ser levadas em consideração para atribuição do peso que cada um deve ter. Assim, admite-se que seja reduzida – de forma momentânea e não integral – a carga normativa de um, enquanto o outro, escolhido para prevalecer, deve ser satisfeito em maior medida.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. I. 4. ed., Coimbra: Almedina, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Interesse público. In: FERNANDES, José Pedro (Dire.). *Dicionário Jurídico da Administração Pública*. Lisboa: 1993, p. 275-282.

_____. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. reimp. Coimbra: Almedina, 1987.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, ed. 11, set./out./nov 2007. Disponível em: <<http://www.direitodeestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

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

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, ed. 09, mar./abr./mai. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodeestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2014.

CRETILLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito: O Novo Regime Jurídico Administrativo e Seus Princípios Constitucionais Estruturantes*. 2014. 379 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123431/327169.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. v. I. 5. ed. reimp., Madrid: Civitas, 1991.

FARINHO, Domingos Soares. *Fundações e interesse público: direito administrativo fundacional – enquadramento dogmático*. Coimbra: Almedina, 2014.

FRANÇA, Philip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialíssimo administrativo*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, n. 1 e 2, v. XLV, 2004, p. 230-250.

GOMES, João Salis. Interesse Público, Controle Democrático do Estado e Cidadania. In: ATHAYDE, Augusto de; CAUPERS, João; GARCIA, Maria da Glória F.P.D. (Coord.). *Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 351-378.

GÖTTEMS, Claudinei J. A justicialidade das políticas públicas: a legitimidade da jurisdição constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: GÖTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Coord.). *Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição*. Birigui: Boreal Editora, 2008, p. 22-46.

LEITE, Carlos Henrique Costa. A interpretação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado no paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 107, v. 414, jul./dez. 2011, p. 69-100.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de direito constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. t. II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

_____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. 2.ed. rev. e ref., Lisboa: AAFDL Editora, 2016.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais*. v. I. reimp., Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Manual de direito administrativo*. v. I. 2. reimp., Coimbra: Almedina, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 29. ed. rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. O princípio da proporcionalidade à luz da nova hermenêutica jurídica. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MOCCIA, Luigi; SOARES NETO, José Andrade; FREITAS, Tiago Silva de; DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunz (Coords.). *Estudos aplicados de Filosofia do Direito*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 215-247.

SALES, Pedro Carneiro. *A crise da supremacia do interesse público sobre o privado diante da constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Publit, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. 2. tir., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988: Resistências à sua Eficácia e Efetividade. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 291-318.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

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 de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

SCHIER, Paulo Roberto. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 4, n. 17, jul./set. 2004, p. 87-105. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/610>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos. In: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. 2.ed. Sevilla: Global Law Press, 2013, p. 15-132.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de direito administrativo*. v. II. 2. ed., Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

WACHELESKI, Marcelo Paulo. Supremacia do interesse público, direitos fundamentais e a proporcionalidade nos atos das Agências Reguladoras. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, Edição Comemorativa 17 Anos, 2016, p. 209-232. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/126/showToc>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

Encaminhado em 30/07/19

Aprovado em 18/03/20