

AINDA A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Gustavo Binenbojm¹

O Direito Administrativo é tradicionalmente explicado a partir da precedência da sociedade sobre o indivíduo, do público sobre o privado, ou da autodeterminação coletiva sobre a autodeterminação individual. Categorias como a *supremacia geral* do Estado sobre os cidadãos, ou a *sujeição geral* destes àquele, são tributárias de concepções coletivistas, costumeiramente aceitas de maneira acrítica por força da tradição, de preferências ideológicas e – desconfio até – por certa preguiça mental.

A tensão entre soberania popular (autonomia pública) e direitos individuais (autonomia privada) é resolvida pela filosofia política de duas formas distintas: de um lado, correntes derivadas do *republicanismo* e do *comunitarismo* dão primazia à autonomia pública e ao processo de deliberação coletiva para a definição do conteúdo dos direitos; de outro lado, correntes do *liberalismo* conferem precedência à autonomia privada e ao reconhecimento de direitos anteriores à etapa da deliberação democrática. O problema da primeira linha de pensamento é o risco da instrumentalização e do esvaziamento dos direitos individuais pela onipotência da coletividade; o da segunda é o apelo a concepções morais metafísicas ou solipsistas para legitimar direitos individuais pré-políticos.

A bem dizer, democracia e direitos fundamentais são elementos *cooriginariamente* constitutivos e legitimadores do Estado democrático de direito. Isto significa que existe uma *equiprimordialidade* entre as autonomias pública e privada, eis que elas guardam entre si uma relação de mútua pressuposição. Em outras palavras, o exercício da autonomia pública pressupõe cidadãos emancipados por direitos fundamentais que lhes confirmam autonomia; mas os contornos de tais direitos estão atrelados à constituição de um procedimento deliberativo por cidadãos independentes. Democracia e direitos fundamentais estão, portanto, *coimplicados*, na medida em que se relacionam de maneira dinâmica e maleável, exibindo conteúdos que se constituem reciprocamente.

As funções da Administração Pública são habilitadas e delimitadas, a um só tempo, pela necessidade de *estruturação interna* do sistema de direitos fundamentais – cuja consistência como sistema exige restrições que os limitem e os viabilizem, simultaneamente – e de

¹ Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público pela UERJ. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School.

conformação desses direitos à luz de *objetivos coletivos*, sob a forma da deliberação democrática. Não há, portanto, em termos apriorísticos, nem *supremacia geral* em favor do Estado, nem *sujeição geral* em desfavor dos particulares, mas um plexo dúctil de *conformações possíveis* entre direitos individuais e metas coletivas, que fazem das funções administrativas um variado instrumental a serviço da realização *coordenada* da democracia e dos direitos fundamentais.

A invocação da *supremacia do interesse público sobre os interesses particulares* constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana. Com efeito, há três razões básicas que evidenciam a visceral incompatibilidade da noção de supremacia do interesse público com o constitucionalismo democrático:

- i. a proteção de posições jurídicas individuais irredutíveis, identificadas, de modo geral, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e, particularmente, da dignidade da pessoa humana;
- ii. a primazia *prima facie* dos direitos fundamentais sobre metas ou aspirações coletivas, ainda quando admitida a ponderação proporcional pela sistemática constitucional;
- iii. a polivalência da ideia de interesse público, que pode abarcar, em seu conteúdo semântico, tanto a preservação de direitos individuais como a persecução de objetivos transindividuais, que, de resto, se encontram invariavelmente conjugados ou imbricados. Portanto, não há sentido útil em aludir-se abstratamente à supremacia do interesse coletivo sobre o individual ou do público sobre o privado.

Cumprir examinar exemplos práticos que submetam as três razões acima a um teste de validade argumentativa.

Quanto ao item (i), é possível figurar um exemplo extraído da temática das desapropriações, cujo fundamento é associado, invariavelmente, à ideia de supremacia do interesse coletivo sobre os interesses individuais. A Constituição da República estabelece, no art. 184, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. Logo no art. 185, todavia, o constituinte declara *insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária*: (I) a pequena e a média propriedade, assim definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e (II) a propriedade produtiva, a que a lei garantirá tratamento especial.

O Texto Constitucional, a um só tempo, permite a desapropriação como instrumento de promoção da reforma agrária, mas erige requisitos procedimentais e materiais para a sua implementação, numa espécie de *pré-ponderação* feita pelo próprio constituinte. O art. 185 institui regras dotadas de *eficácia bloqueadora* do poder expropriatório do Estado: no caso da pequena e da média propriedade, quando se constituírem em imóvel único do proprietário, assim como no caso da propriedade produtiva, a Constituição determina que os direitos individuais prevaleçam sobre eventuais interesses coletivos. O problema de um código dogmático dicotômico como a supremacia do interesse público é a perplexidade gerada por situações em que posições jurídicas individuais são protegidas em seu conteúdo mínimo ou essencial, inviabilizando qualquer limitação ou restrição em favor de interesses coletivos. É claro que os defensores da supremacia dirão que o princípio comporta exceções, que seu conteúdo deve ser ponderado com direitos individuais etc. Mas algum estudante de espírito livre poderia também sustentar, nessas situações, a existência de um princípio da supremacia dos interesses individuais sobre os coletivos, também sujeito a exceções ou a ponderações em cada caso. Afinal, diria o estudante, a regra geral da Constituição é a proteção ao direito de propriedade, sendo excepcional a possibilidade de sua supressão pelo Poder Público, nos casos e sob as condições previstas em lei.

Por evidente, há casos e situações em que o papel do Poder Público será o de proteger e até promover direitos individuais, sobretudo quando estes forem dotados de um elevado coeficiente de interesse público. Aliás, o parágrafo único do art. 185 da Constituição dá um bom exemplo, ao determinar ao legislador que confira tratamento especial à *propriedade produtiva*. Ou seja, protegê-la, jurídica e materialmente, e até mesmo promovê-la, por meio de políticas públicas setoriais, linhas de crédito, infraestrutura adequada, acesso a novas tecnologias que tornem o agronegócio no país mais eficiente, por exemplo. As *externalidades positivas* decorrentes do aumento da produtividade rural, como a geração de emprego e renda em toda a cadeia produtiva, justificam a atuação estatal. Este é também um exemplo importante para ilustrar o item (iii). Com efeito, há uma lista extensa de direitos individuais cuja proteção e promoção incumbem também ao Estado, dada a sua evidente imbricação com o interesse de toda a coletividade. Assim se dá, por exemplo, com a liberdade de expressão, de pensamento, criação intelectual e artística, de locomoção e de exercício profissional. A ação protetiva e promocional do Estado se dá em favor de cada um e de todos, a um só tempo.

No que se refere ao item (ii), há um variado cardápio de exemplos em que a solução do conflito entre o indivíduo e a sociedade envolve juízos de ponderação que ora pendem para um lado, ora para outro. No campo dos contratos administrativos é conhecida a cláusula exorbitante que relativiza a possibilidade de utilização da *exceptio non adimpleti contractus*

(exceção do contrato não cumprido) pelo particular contra o Estado. O art. 78, inciso XV, da Lei nº 8.666/1993 assegura ao contratado, em caso de atraso nos pagamentos superior a 90 dias, o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação. Isto é, há um prazo de tolerância para a mora administrativa de três meses, dentro do qual fica interdita a possibilidade da paralisação das atividades pelo particular. Vencido tal prazo, abre o legislador ao contratado a alternativa entre postular a rescisão contratual ou lançar mão da exceção do contrato não cumprido.

A aplicação da lógica dicotômica nos levaria a reconhecer uma suposta supremacia do interesse público até o 90º dia de atraso no pagamento, e uma suposta supremacia do interesse particular a partir do 91º dia de mora. Isso, evidentemente, não faz nenhum sentido. O legislador fez apenas um balanceamento dos interesses em jogo: limitou o exercício da *exceptio* por um prazo que entendeu razoável (pensando certamente na importância da continuidade das atividades administrativas para os cidadãos), mas liberou o particular para exercê-la vencido tal prazo, pois nenhuma empresa seria capaz de cumprir suas obrigações se estivesse condenada a ter de suportar o inadimplemento de seus contratantes por longo prazo.

O problema é a forma de enxergar a questão e a insistência com a pergunta do tipo *tudo ou nada*: afinal, de quem é a supremacia, do público ou do privado, da sociedade ou do indivíduo? Afinal o copo está meio cheio ou meio vazio? O erro está na pergunta. E não há resposta certa para a pergunta errada.