Número 19 – setembro/outubro/novembro 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Prof. Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Professora de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, da Universidade Tuiuti do Paraná e do Instituto Romeu Bacellar. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Doutora pela Universidade Federal do Paraná.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Neoconstitucionalismo. 3 Normas princípios e normas regras. 4 Constitucionalização do direito administrativo. 4.1 Supremacia do interesse público sobre o interesse do particular.

1. INTRODUÇÃO

O Direito, e seu mais importante documento a Constituição, não pertence ao reino da natureza, nem tão pouco pode ser considerado como um objeto ideal, um valor puro, o que nos faz reconhecê-lo como fenômeno cultural, vale dizer, são criações do homem e consistem em um complexo de sentidos, intencionalidades, significados, finalidades, que realizam valores que se referem à Ordem, à Segurança, à Liberdade, à Justiça, bem como a conceitos éticos, religiosos, políticos e econômicos, por exemplo. [1]

Deste modo, uma verdadeira Constituição corresponde a um padrão valorativo ideal, ou seja, *"A Constituição estatal, assim nascida, forma um todo em que aparecem completando-se reciprocamente a normalidade e a normatividade"*[2]

É assim que o jurista, no ato de interpretar e aplicar a norma jurídica em geral e a constitucional em especial, deve levar em conta que ela encontra sentido em certas realidades e em certos valores, já que existe, sempre, uma

[1] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
[2] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 302-307.

realidade que proporcionou sua produção e, se de um lado a Constituição reflete a sociedade, de outro procura moldá-la e dirigi-la.

O Estado não existe à margem do Direito e sem uma Constituição, que, na qualidade de sua norma fundamental, reflete um sistema de valores, estribado em um conjunto de princípios, filosóficos, jurídicos e políticos, que limitam e determinam o modo de ser concebido o poder no Estado.

Entretanto, os problemas do Estado e da sociedade foram consideravelmente alargados, o que reforça a tese de que os fins do Estado não são imutáveis.

Canotilho pondera: *"Se ontem a conquista territorial, 'a colonização', 'o espaço vital', o 'interesse nacional', a 'razão de Estado, surgiram sempre como categorias quase ontológicas, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de direito democráticos, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo, o que leva a considerar, a partir deste novo paradigma, a existência de um constitucionalismo global, o que não neutraliza a importância da Constituição nacional",* na medida em que se assenta, ainda nos dias de hoje, na soberania de cada Estado, na independência de cada Estado perante os outros, na aplicação do direito internacional nos termos definidos pela Constituição interna e na consideração das populações, permanentemente residentes em um território, como povo de um determinado Estado, pois só pela submissão a ele é que poderá adquirir a carta de nacionalidade. [3]

2. NEOCONSTITUCIONALISMO

Não é possível falar em "Constitucionalização do Direito Administrativo", sem antes fazer referência ao que se têm denominado de neo constitucionalismo.ou pós-positivismo.

Antes de qualquer coisa, ao pensar em neocostitucionalismo, é preciso ponderar que as denominações lingüísticas não resolvem, ao contrário acrescem os problemas jurídicos.

O que, no mais das vezes é, como disse Cazuza "o futuro repetindo o passado", a constatação de que um museu pode estar repleto de grandes novidades.

É, também, neste sentido, que Margarida Maria Lacombe Camargo, anota que, na busca de uma novo paradigma, se fala hoje em pós-modernidade e pós positivismo, ou seja:

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1217-1219.

> *'PÓS', no sentido de que ambos se concentram, antes no reconhecimento das insuficiências do paradigma da modernidade, do que na sua completa imprestabilidade. Não se trata de um resgate puro e simples do paradigma da modernidade, nem tampouco da sua mera substituição. A idéia antes é aproveitar o que tal referência conquistou de positivismo e redimensionar seus fundamentos.* [4]

Dentro desta realidade, se vê a doutrina utilizar a expressão "neoconstitucionalismo", o que pode levar a pensar em uma nova idéia ou teoria do fenômeno constitucional. Entretanto, a partir de uma necessária adaptação, que a faz atual, não se visualizam elementos particulares que a façam nova, embora se possa identificar um novo momento no constitucionalismo.

Assim, se assiste ao surgimento de uma constituição supranacional, da Constituição Européia e a incorporação de normas próprias do direito internacional nas Constituições nacionais, quando se passa falar em constitucionalização do Direito Internacional e na internacionalização do Direito Constitucional, e mais, hoje já é possível pretender uma Constituição Mundial, quando se trata do respeito aos direitos humanos em um espaço amplo, diferente do território de um Estado nacional.

Nas fronteiras do Estado brasileiro o tema acerca de um novo constitucionalismo só adquire importância com o advento da Constituição Federal de 1988, quando ela passa, efetivamente, a ser respeitada como sua Lei Fundamental e, se identificamos algumas falhas em seu texto, é quase unânime a postura que a reconhece como parâmetro necessário para qualquer atuação estatal e para qualquer comportamento, público e privado.

Tanto isto é verdade que no Brasil, seguindo os passos da Constituição Portuguesa de 1976 e da Espanhola de 1978, a Constituição de 1988 incorporou, em seu texto, temas afetos ao direito civil, penal, trabalho, processual, de modo que a força, material e axiológica, de tais normas constitucionais, se irradia por todo o sistema jurídico, servindo de parâmetro para o Legislativo quando da criação de normas infraconstitucionais e para o Judiciário quando realiza o controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público, condicionando, também, a interpretação de todas as demais normas do sistema.

É neste diapasão a opinião de Luís Roberto Barroso quando diz que *"a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios"*, significa a reinterpretação de seus institutos sob a ótica constitucional.[5]

---

[4] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). **Hermenêutica plural**: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[5] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 58, p. 151, jan./mar. 2007.

Isto porque os valores da sociedade atual ultrapassam aqueles próprios do Direito Civil do Estado Liberal, vale dizer, aqueles que se referem à proteção da autonomia da vontade e se sobrepõem aos interesses da população.

Deste modo, o princípio da legalidade transmuda-se no da constitucionalidade, ou melhor, no da juridicidade, o que significa a subordinação à Constituição e à Lei e que toda interpretação jurídica é constitucional, vale dizer: qualquer realização do direito *"envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior"* [6]

J. J. Gomes Canotilho analisando a supremacia constitucional, disse:

> *toda ordem jurídica deve ser lida à luz dela (da Constituição) e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conforme com ela. São três as compenentes principais desta preeminência normativa da Constituição: a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); b) as normas de direito ordinário deconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; c) salvo quando não são exeqüíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.*[7]

Juarez de Freitas registra que *"toda interpretação jurídica há de ser, de algum modo, interpretação constitucional, dado que é na Lei maior que se encontram hierarquizados os princípios que servem de fundamento à racionalidade mesma do ordenamento jurídico."*[8]

Se por um lado se pode considerar positiva a constitucionalização apontada, de outro lado pode levar a identificação de um crescente número de descumprimento das normas constitucionais, o que se pode dar em decorrência de uma ação ou de uma omissão dos próprios Poderes Públicos.

Deste modo, a constitucionalização do direito é, também, obra da jurisdição constitucional, da qual depende, precipuamente, a interpretação da Constituição, que envolve diferentes técnicas.

Para Barroso, elas incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

---

[6] Ibid, p. 151.
[7] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 45-46.
[8] FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 150.

b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão;

c) a interpretação conforme à Constituição, ou seja, a leitura da norma infraconstitucional de forma a realizar o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais, o que significa que o limite interpretativo se aloja nas possibilidades semânticas do seu texto;

d) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, vale dizer: uma interpretação alternativa que faça com que a norma infraconstitucional seja compatível com a Constituição.[9]

Ana Paula de Barcellos considera que as características mais destacadas no constitucionalismo contemporâneo, podem ser ordenadas em dois grupos: *"um que congrega elementos metodológicos formais e outro que reúne elementos materiais".*[10]

A partir de um entendimento metológico-formal, o constitucionalismo opera sobre três premissas, ou seja: 1. as normas constitucionais são, reconhecidamente, normas jurídicas dotadas de imperatividade; 2. a Constituição, enquanto norma rígida, é superior às demais normas do sistema jurídico; 3. as demais normas do ordenamento jurídico devem ser compreendidas e interpretadas a partir da Constituição.[11]

Do ponto de vista material, caracterizam o denominado neoconstitucionalismo: a incorporação de valores e opções políticas, no texto constitucional, o que propicia a expansão de conflitos, específicos e gerais, entre as opções normativas do próprio sistema constitucional [12]

Assim, a Lei Fundamental do sistema jurídico, na qualidade de centro de uma determinada ordem normativa, atua como filtro axiológico, a partir do qual devem ser lidas todas as normas pertencentes ao sistema por ela fundado.

A Constituição deve, então, ser compreendida a partir de regras e de princípios, vale dizer, de valores vinculados, de certo modo, com a Ética, sem que isto importe na volta do jusnaturalismo.

Como se sabe, o documento constitucional formal, assim como o Direito, é formado por regras e por princípios, ou seja, existem normas constitucionais que podem ser caracterizadas como regras e normas constitucionais que veiculam princípios. É neste contexto que se insere o problema acerca da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, o da interpretação da legislação ordinária a partir do texto constitucional e o do controle das omissões

[9] BARROSO, op. cit., p. 152.
[10] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 2-4.
[11] Ibid, p. 2-4.
[12] BARCELLOS, op. cit., p. 2-4.

constitucionais, como forma de concretização da superioridade, da normatividade, da imperatividade e da efetividade da Constituição.

Tal situação surge a partir da inserção, no corpo da Constituição, de elementos atrelados a valores e a opções políticas, como forma de reação a regimes políticos que propiciaram a implantação de um estado de barbárie, como por exemplo, o nazismo e o fascismo, época onde se conviveu com a opressão política e a violação dos direitos fundamentais. A partir de então, adquirem status de normas constitucionais, como programas a orientar comportamentos públicos, por excelência, o que significa dizer que apresenta um grande desafio, qual seja, o de conferir eficácia jurídica a tais preferências.

3 - NORMAS PRICÍPIOS E NORMAS REGRAS

Willis Santiago Guerra Filho assinala que as regras, são normas jurídicas, *"em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da conseqüência jurídica de sua ocorrência",* já os princípios não traduzem semelhante descrição de situações jurídicas, *"mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra positividade."*[13]

Um conflito entre regras se resolve pela exclusão de uma ou algumas delas, pois *"se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições".*[14] Portanto, conforme assinala André Ramos Tavares, a incompatibilidade normativa entre regras, se resolve com base em parâmetros formais e *"não por critérios subjetivos ou morais de maior ou menor relevância social das regras que estejam sendo cotejadas."*[15]

Conforme Ronald Dworkin, os princípios têm uma dimensão ou importância de maior peso do que as regras e considerando que a convivência dos princípios é, essencialmente, conflitual, seu embate deve ser resolvido a partir do peso ou importância de cada um, embora não exista, a priori, uma medida exata para solucioná-lo.[16]

Segundo Alexy,

> *os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em*

[13] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
[14] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 168.
[15] TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 90.
[16] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-43.

> *diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não apenas depende das possibilidades reais, mas, também, jurídicas.*[17]

Já as regras são aplicáveis, segundo Dworkin, à maneira do tudo ou nada. Se a regra é valida, a resposta que fornece deve ser aceita, se não é válida, em nada contribui para a decisão.[18]

Afirmar que a norma principiológica tem sua hipótese de incidência aberta, significa dizer que não encerra a descrição de todos os fatos sobre aos quais se aplica, o que depende de uma concretização, *"a qual normalmente é feita pelo juiz."*[19]

Distinguir normas regras de normas princípios, é tarefa complexa, o que pode estar embasada em distinções não só de cunho quantitativo, vale dizer, no grau de abstração normativa, como no qualitativo, segundo seu papel fundamental ou estruturante no ordenamento jurídico.

Isto posto, sobre a diferença anotada, é necessário registrar, ainda, a concepção de Cabral de Moncada, quando afirma que:

> *A diferença entre princípios e regras não deriva da estrutura lógica de cada um, mas do tipo de raciocínio jurídico a que predominantemente dão azo. É funcional. Nesta perspectiva, os princípios gerais são ao mesmo tempo mais e menos do que as regras, mais porque possuem maior alcance legitimatório do que as regras e maior força expansiva e menos porque são menos conclusivos do que as regras e requerem maior ponderação.*[20]

A teoria principiológica, no que tange à eficácia e legitimidade dos princípios, tende a afastar, no processo hermenêutico, a incidência da lei injusta, na medida em que, além de conter uma pauta axiológica, agasalham os valores de uma sociedade determinada.

Entretanto, conforme registrado por Sampaio Doria, no Brasil, já, em 1926, se fazia referência à dificuldade de definir os princípios constitucionais da União, quando da análise do art. 63 da nossa Constituição de 1891, que dizia: *"Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitados os princípios constitucionais da União."*[21]

---

[17] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997. p. 86.
[18] DWORKIN, op. cit., p. 39-43.
[19] TAVARES, op. cit., p. 94.
[20] MONCADA *apud* TAVARES, op. cit., p. 96-97.
[21] DORIA, Antonio de Sampaio. **Princípios constitucionaes**. São`Paulo: São Paulo Editora, 1926. p.17-18.

Para ele *"Os princípios constitucionais da União brasileira são aquelles cânones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciais."*[22]

A Constituição Brasileira de 1988 apresenta, em seu texto, um grande número de normas principiológicas, situadas, especialmente, no rol dos direitos fundamentais, constantes do seu artigo 5º, o que propicia abertura normativo material, para abranger um número indeterminado de situações, ou casos concretos. Não obstante, isto não afasta a possibilidade de se identificar algumas de suas disposições como regras constitucionais.

Celso Ribeiro Bastos cita Konrad Hesse para dizer que: *"quando o conteúdo da Constituição não se revela de uma forma clara, deverá ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata",* pois o teor da norma só se completa com o ato interpretativo. *"Não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos."*[23]

Portanto, a adequada dimensão dos princípios só pode ser apreciada frente a um caso concreto e a partir da universalidade da Constituição, na medida em que, frente a uma determinada hipótese, pode haver a incidência de vários princípios, o que permite que, em seu âmbito de atuação, um possa sofrer restrição frente ao outro, isto é, sua exata aplicação dependerá do evento em análise.

A solução do conflito entre princípios constitucionais não se resolve pelos mesmos critérios utilizados para solução entre regras. Como se sabe, a aplicação de regras se define pela subsunção e quando de um confronto entre elas, uma deve ceder lugar para outra, o que se dá pela aplicação da norma superior em face de uma inferior; pela preferência da norma posterior frente à anterior; pelo emprego da norma especial em cotejo com a geral.

O conflito entre princípios se resolve pela ponderação, o que exige o estabelecimento de uma hierarquia axiológica entre eles, de uma valoração não em abstrato, mas em vista de um caso concreto, de tal modo que, neste universo, a atividade jurisdicional ganha especial relevo, na medida em que participa da construção quando decide diante de casos levados ao seu conhecimento.

É por isso que se pode dizer que a incidência dos princípios constitucionais nunca é absoluta e que um afasta a aplicação de todos os demais, em toda e qualquer situação. Deste modo, os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, com estrutura principiológica, não podem ser considerados de modo absoluto, na medida em que, frente a um caso concreto, sempre deverão ser sopesados, podendo ocorrer o afastamento de um deles para sua solução.

---

[22] Ibid, p. 17-18.
[23] BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 245-246.

Alexy leciona: *"Quando o princípio absoluto se refere à direitos individuais, sua falta de limitação jurídica conduz à conclusão de que, em caso de colisão, os direitos de todos os indivíduos, fundamentados pelo princípio, têm que ceder frente ao direito de cada indivíduo, fundamentado pelo princípio, o que é contraditório."* [24]

Deste modo, quando se trata da incidência e aplicação de princípios constitucionais, em virtude da necessária ponderação, ele pode ser concretizável em vários graus, onde o fático adquire importância ímpar para determinar o seu espaço de influência e solucionar a conflituosidade que pode existir com os outros princípios. Desta forma, não se pode falar em interpretação desvinculada do caso concreto.

Conforme Humberto Bergmann Ávila,

> *A solução de um colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual. A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições têm preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.*[25]

Assim sendo, considerando a necessária ponderação entre princípios, e o fato de sua prevalência poder ser determinada no caso concreto, surge um desafio. Qual? O de racionalizar e justificar a escolha preferida, em decorrência de um processo hermenêutico.

4 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Antes de qualquer coisa, é preciso registrar que não se deve pensar que a Constituição Federal de 1988 trouxe grande novidade ao discorrer sobre a Administração Pública e disciplinar o regime jurídico dos servidores públicos. É oportuno lembrar que se a Constituição atual reservou alguns artigos para tal disciplina, a Constituição de 1969, também, resguardou esta matéria na Seção VIII, ao mencionar, entre os artigos 97 à 111, as regras que deveriam reger o estatuto dos Funcionários Público. Portanto, se a Constituição de 1988 disciplinou, com riqueza de detalhes a Administração Pública, este fato não representa algo novo no sistema constitucional brasileiro.

Conforme alerta Luís Roberto Barroso, no âmbito da constitucionalização do direito administrativo, três circunstâncias devem ser consideradas:

---

[24] ALEXY, op. cit., p. 108.

[25] ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempo de crise**: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 105.

a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração;

b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos;

c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo.[26]

Como se sabe, a Constituição Brasileira de 1988 ao tratar a Administração Pública, previu a dissociação da função administrativa da função de governo, além de determinar princípios constitucionais setoriais, próprios para a Administração Pública, a serem observados juntamente com os princípios gerais do Estado brasileiro, que se irradiam sobre todo sistema jurídico, vale dizer, os princípios previstos no caput do art. 37 que regem a Administração Pública, ou seja, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência devem cumprir, por exemplo, o princípio da isonomia, o do devido processo legal, a liberdade de reunião, de associação, de informação, o princípio republicano, o federativo, etc.

Nossa Lei Fundamental erigiu, como centro do Estado Brasileiro, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos seus direitos fundamentais, e possibilitou, conforme salienta Luis Roberto Barroso[27], grande alteração nos domínios administrativo e econômico, o que pode ser propiciado por emendas e legislação infraconstitucional, agrupadas em três categorias: “a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas”. Deste modo, se vê o Estado transferir sua responsabilidade empreendedora para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados, por meio de agências reguladoras.

Além de tudo o que já foi dito, quando se trata da constitucionalização do Direito Administrativo o que se encontra, como já ressaltado, é a incidência direta dos princípios constitucionais, no campo da atividade administrativa e em seu entorno.

Como se sabe, para a aplicação e a concretização destes princípios, a hermenêutica constitucional segue o critério da ponderação, o que leva a argumentação, e, deste modo, a necessidade de enfrentar posturas, sobre as quais já não se tinha grande dificuldade de entendimento, como por exemplo: a questão relativa à supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público, por parte da Administração

[26] BARROSO, op. cit., p. 160.
[27] Ibid. p. 161.

Mas em que consiste o interesse público?

Ora, não resta nenhuma dúvida em reconhecer que se está frente a um conceito jurídico indeterminado, a uma palavra de textura aberta, que propicia sempre contar com um conceito temporalmente adequado.

Merece registro a opinião de Tércio Sampaio Ferraz, ao observar que falar em interesse público é um lugar comum e que, justamente, por isso, a expressão dispensa definição precisa, o que propicia utilização mais eficiente.[28]

4.1 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE DO PARTICULAR

É importante salientar que o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello[29] ao analisar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, afirma que convém, liminarmente, deixar claro o que se quer dizer com isto, vale dizer, o que se entende por "interesse público", na medida em pode ser considerado como um conceito jurídico indeterminado, o qual só terá sua dimensão apreendida, quando analisado frente a um caso concreto. É preciso, então, definir, embora abstrata e indeterminadamente, o seu conteúdo, estabelecer sua natureza, seus limites, se é que isto é abstratamente possível.

Assim, ressalta o Professor que ao se tratar de interesse público, como categoria contraposta ao interesse privado, individual, "*acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo*, propiciando a errônea suposição de que se trata de um interesse *a stante,* autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo".*[30]

Isto porque, não se deve pensar no interesse público como algo *"dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes"*[31]*.* Muito pelo contrário, não se pode promover uma separação absoluta entre ambos, pois seria inconcebível entender o interesse público como algo discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade.

Ao lado do interesse individual de cada um, existe, também, o interesse pessoal, dessas mesmas pessoas, enquanto partícipes de uma coletividade, de tal modo que o público "só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram"[32]. Se assim não for entendido, se admitida a desvinculação absoluta entre eles, se chega ao equívoco de pensar que todo interesse do Estado seria interesse público.

---

[28] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interesse público**. São Paulo: Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, Centro de Estudos, 1995.
[29] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.
[30] Ibid., p. 57.
[31] Ibid., p. 57.
[32] Ibid., p. 59.

Desta forma, não tem lugar a contradição entre o interesse público e o privado, na medida em que são, conceitualmente, inseparáveis e sua relação não pressupõe um conflito.

Neste particular deve-se fazer a distinção entre interesse público primário, *"isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social"* e o interesse público secundário, *"que é o interesse da pessoa jurídica de direito público"*, vale dizer o interesse da União, do erário, da Fazenda Pública.[33]

Ora só se pode pensar em supremacia do interesse público, quando se trata de interesse primário, porque o interesse secundário não tem porque ser dotado, a priori, de supremacia frente ao interesse do particular, o que já poderia acontecer, na hipótese de aplicação frente a um caso concreto.

Ao abordar o problema das políticas públicas, vale dizer da atuação da autoridade pública de modo a conduzir a Administração para a realização do bem comum, entende-se que congregam *"o atendimento dos interesses individuais compartilhados e coincidentes em um grupo majoritário, como sendo o interesse da comunidade, que deve prevalecer sobre os interesses individuais, sem contudo, aniquilá-los"*, pois o interesse público não pode ser àquele em que o individuo não encontre ou não identifique a sua porção concreta de interesse individual.[34]

Assim, quando a Administração determina a vacinação, em massa, contra a póliomelite, por exemplo, está atendendo aos interesses individuais coincidentes e compartilhados, na medida em que livrando uma criança da doença, evita a possibilidade de um surto que pode levar a uma epidemia.

Dentro deste pensar é que Celso Antônio considera que o princípio da supremacia do interesses público é um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público, já que proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até, mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

Quando se reconhece que a aplicação ou concretização dos princípios constitucionais pode acarretar um conflito entre eles, o qual não se resolve pelos mesmos critérios utilizados para solução da colisão entre regras, ou seja, pela subsunção, quando, em um confronto, uma deve ceder lugar para outra, mas pela ponderação, embasada em uma hierarquia axiológica que se dá a partir de uma valoração não em abstrato, mas em vista de um caso concreto, de tal modo que, neste universo, a atividade jurisdicional ganha especial relevo, na medida em que, ao decidir diante casos levados ao seu conhecimento, participa da construção do direito.

Ora, ao falar em princípio da supremacia do interesse público, o primeiro raciocínio a ser desenvolvido é o que nos leva a necessidade de saber se ele

[33] BARROSO, op. cit., p. 161-162.
[34] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 463.

possui o status de principio constitucional, o que só pode decorrer do texto da própria Lei Fundamental brasileira de 1988, quando, por exemplo, depois de garantir, no inciso XXIV do art. 5º, o direito de propriedade, prevê sua função social como princípio orientador da ordem econômica.[35]

Ao admitir, no inciso XXIV, do art. 5º, que *"a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição"*[36], vale dizer, ´nos casos em que determina a desapropriação como sanção ao proprietário que não der, à sua propriedade, a necessária função social.

A nossa Constituição Federal, depois de disciplinar, no caput do art. 37, que *"A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"*[37], diz, no inciso II do mesmo artigo, que a investidura em cargo ou emprego público, depende de prévia aprovação em concurso público; no inciso XVI, a proibição de acumulação remunerada de cargos públicos; no inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações só serão contratados mediante processo de licitação pública.

Portanto, não é preciso grande esforço para identificar seu status de princípio constitucional implícito, e, deste modo, pensar que, em determinados casos, tais interesses podem entrar em rota de colisão com outros princípios, o que não pode ser resolvido a priori, abstratamente, mas, só a partir de uma necessária ponderação frente ao caso concreto.

Zagrebelsky afirma que os princípios constitucionais proporcionam critérios para se tomar uma decisão frente a situações concretas, decisão esta que, a priori, aparece como indeterminada, sem definição quanto aos que devem ser aplicados, nem a que concreta solução jurídica ordenam.[38]

Antes de continuar qualquer tipo de análise, é preciso, considerando o princípio da juridicidade a que está submetida a Administração Pública, salientar que a Constituição, *"Como um sistema de normas, emanado do povo, na condição de titular da soberania estatal, estrutura o exercício do poder no Estado, estabelece os limites de seu exercício, determina o âmbito das liberdades e direitos fundamentais, configurando as prestações que devem ser cumpridas em benefício da comunidade, vinculando às autoridades públicas e aos cidadãos".* [39]

Dentro deste contexto, a Constituição *"é o estatuto jurídico do Estado, ou doutro prisma, o estatuto jurídico do político"*[40], pois estrutura o Estado e o Direito

[35] BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 170, III; art. 182, § 2º; art. 186.
[36] Ibid., art. 5º, inc. XXIV
[37] Ibid, art. 37, *caput*.
[38] ZAGREBELSKY *apud* PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Biblioteca de Ética, 1999. p. 31.
[39] FERRARI. **Normas**... op. cit., p. 59.
[40] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 10.

do Estado e se resume, como diz Canotilho[41], além do seu caráter organizatório e de instrumento de governo, na determinação de tarefas, programas e fins e na indicação dos pontos fundamentais que devem orientar o raciocínio do seu intérprete e seu aplicador, para que garanta o existente e a direção do futuro

Assim, quando se pensa em interesse público, se trata do interesse do todo, sem que se possa identificar um antagonismo entre ele e o interesse das partes, do interesse de cada um que conforma o todo, e mais, que possa ser definido, além da Constituição ou contra ela.

Certo é que, em virtude da sua amplitude, o Poder Público sempre gozou de ampla margem de liberdade, de tal modo que, a partir do voluntarismo dos governantes, pode adquirir falsa supremacia sobre o os direitos fundamentais. Porém, sua subordinação à Constituição e à lei, faz com que se submeta a filtragem constitucional e venha a ser considerada inválida, pelo Judiciário.

No momento em que nossa Lei Magna elegeu como fundamento do Estado brasileiro constituído como Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, ela passa a ser o centro da legitimidade e do limite do exercício do Poder Estatal, o que significa que a proteção e a promoção dos direitos fundamentais consiste o núcleo do conceito de interesse público, de modo a afastar qualquer submetimento, ataque, ou supressão, frente a qualquer outro interesse particular, mesmo porque o Estado não é o único adversário dos direitos do homem.

Tudo isto, sem esquecer as palavras e ponderações de Daniel Sarmento quando anota que:

> *Este quadro nebuloso sobre a dicotomia público/privado torna-se ainda mais complexo diante da emergência de uma nova concepção de espaço público, não mais associado necessariamente à atividade estatal. De fato, se no Estado Liberal o público correspondia ao Estado e o privado a uma sociedade civil regida pelo mercado, considerada como o lócus em que indivíduos perseguiam egoisticamente seus interesses particulares, rebustece-se agora um terceiro setor, que é público, mas não estatal* [42]

Isto é verdade, o Estado brasileiro evoluiu e se desenvolveu dentro das idéias de cada época, mas tal característica não pode levar a pensar que, em nome da supremacia do interesse público, cabe aos agentes do Poder Público desrespeitar os direitos fundamentais dos administrados.

---

[41] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 152.

[42] SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47.

Marçal Justen Filho[43], depois de dizer que o interesse é público não porque é atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado porque é público, considera, por exemplo, que existe interesse público em tutelar minorias raciais, ainda que os interesses delas possa, eventualmente, conflitar com os da maioria do povo, porém, para o autor, nem sempre o interesse público é sinônimo de interesse da maioria, já que existem interesses que não são gerais e continuam a ser públicos.

Afirma que o interesse público seria o resultado da conjugação de dois elementos: a existência de interesses gerais e comuns e a insuficiência dos esforços individuais para sua satisfação. Desta forma, a ausência de sua satisfação significa infringir os valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico e que o conceito de interesse público se constrói a partir da impossibilidade ética de deixar de atendê-los.[44]

Não procede o argumento dos que negam a supremacia do interesse público a partir do necessário respeito aos direitos fundamentais, pois o exercício do Poder Público só tem sentido, só adquire consistência, quando realiza a dignidade da pessoa humana, já que seu fim se condensa na satisfação, no atendimento das necessidades do ser humano. Não há valor que possa se equiparar ou se sobrepor à dignidade da pessoa humana, o que, por conseqüência, acarreta a equiparação e a igualdade de todos os seres humanos, pois não existe mais dignidade de um ou de outro.

Nenhum interesse pode ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais. A preponderância do interesse público exige que todos os esforços sejam empregados, com a maior eficiência possível, para o atendimento do indivíduo. É aqui que se pode pensar em discricionariedade, em proporcionalidade, em razoabilidade, ou seja, quando não houver técnica que justifique a adoção de certa orientação, incumbirá ao agente público a escolha, dentro de um universo legalmente determinado, das soluções possíveis.

A Administração só se legitima como instrumento de realização dos interesses públicos, e estes só se conceituam à luz da dignidade da pessoa humana, vale dizer, o Estado pode não ser o único titular do interesse público, já que é possível pensar em interesses públicos não estatais, mas existe um vínculo indissociável entre o Estado e a satisfação do interesse público e entre este e o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Portanto, enquanto houver indivíduos, cuja dignidade não puder ser protegida por seus próprios esforços e atendida com seus próprios recursos, haverá, necessariamente, a supremacia do interesse público sobre o privado, cuja realização compete ao Estado.

---

[43] JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista.Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 119-124, 1999.
[44] Ibid, p. 119-124.

Porém, lamentavelmente, em nosso país, é comum a falta de efetividade dos dispositivos da Constituição e, mesmo no Estado Democrático de Direito, pode ocorrer um descompasso entre o que ela determina e o entendimento pelas Instituições que devem aplicá-la.

O Estado Constitucional *"não é somente um ser, mas, também e principalmente um dever ser que incorpora uma série de elementos, fins, valores, imperativos ou exigências que o definem de modo constitutivos."*[45] [46]

A Constituição, como norma jurídica central do sistema, vincula à todos dentro do Estado e, sobretudo, aos Poderes Públicos. A promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem ações e omissões estatais. De tal modo que, quando se fala em liberdade de expressão, esta só será protegida na medida em que o Poder Público não procurar cerceá-la. A omissão neste caso é fundamental. Porém, ao tratar de direitos sociais, tais como a prestação de serviços de saúde e de educação, sua prestação depende de ações do Estado, pois só estas serão capazes de realizar tais direitos fundamentais.

Mas sobre esta questão, ainda, paira um problema a ser resolvido. Qual?

A Constituição determina que é dever do Estado o atendimento da educação e da saúde, porém, se o cumprimento e a efetivação deste dever constitucional compete aos Poderes Públicos, e, principalmente, à Administração, ela deve implementar ações e programas de diferentes tipos para realizá-los, o que envolve, também, gasto de dinheiro público o qual, infelizmente, não é ilimitado.

O conjunto de atividades voltado para a satisfação do interesse público, pode ser identificado como "políticas públicas", e só estas atividades, sistematizadas de forma abrangente, é que podem realizar os fins previstos na Lei Fundamental, principalmente no que tange aos direitos fundamentais.

Mas como priorizar e escolher no que deverá ser empregado o limitado dinheiro público?

Ora, esta escolha não constitui tema reservado à deliberação política, ao contrário, é matéria constitucionalmente disciplinada e seu atendimento, contrariando tendências econômicas, passou a ser determinado pelo Judiciário.

Deste modo se chega "a reserva do possível", o que impõe perguntar: até que ponto as prestações materiais, como educação e saúde, podem ser impostas sem a preocupação com o custo que representam aos cofres públicos? Deveria o Judiciário não determinar o cumprimento das normas constitucionais sociais, sob o argumento da devida observância das circunstâncias da realidade, evitando sentenças de impossível execução?

---

[45] FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantia em el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 38.
[46] DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004. p. 41.

É vaga e imprecisa a expressão, mas em nome da reserva do possível não seria plausível deixar de atender aos direitos fundamentais sociais. Não existe margem de escolha com relação a estes direitos. Se a Administração direcionar recursos para outros fins que não aqueles impostos pela Constituição Federal, representará desvio de poder, sujeito ao controle jurisdicional da constitucionalidade.

Desta forma, a escassez de recursos não pode ser tida como um dogma a propiciar afronta à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Judiciário ponderar e determinar a satisfação dos interesse públicos constitucionalmente protegidos.

O "mínimo existencial" deve ser considerado para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, sempre que o viver com dignidade esteja sob comprometimento.

Como se sabe, a Constituição não só tem como tarefa apontar para o futuro, mas, também, tem a função de proteger os direitos conquistados. Se de um lado existe uma Constituição que garante direitos, de outro temos uma sociedade carente de sua realização.[47]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito público em tempo de crise**: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

[47] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004. p. 55-56.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Eficácia constitucional: uma questão hermenêutica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs). **Hermenêutica plural**: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.

DORIA, Antonio de Sampaio. **Princípios constitucionaes**. São`Paulo: São Paulo Editora, 1926.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

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

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Interesse público**. São Paulo: Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, Centro de Estudos, 1995.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantia em el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FREITAS, Juarez de. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista.Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Biblioteca de Ética, 1999.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da hermenêutica constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 19, setembro, outubro, novembro, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-REGINA NERY.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br

4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.