

OS NOVOS PARADIGMAS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COM BASE NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

THE NEW PARADIGM OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST BASED ON THE RONALD DWORKIN'S THEORY

Karoliny de Cássia Faria

RESUMO

O presente artigo traz reflexões acerca do novo entendimento conferido ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Discutir-se-á se o referido princípio coaduna com os princípios e normas do direito brasileiro em uma interpretação sistemática. Para tal análise, será tomada como base a teoria de Ronald Dworkin. Utilizar-se-á os fragmentos da teoria Dworkiana que corroboram o posicionamento ora defendido sem, no entanto, esgotar toda sua tese. Assim, será verificado o atual entendimento acerca do princípio em comento. Serão feitas observações pertinentes à relação do mesmo com a conjuntura constitucional brasileira contemporânea, de forma a defender uma ponderação baseada na proporcionalidade e razoabilidade em sua aplicação para que se encontre um meio de adequação e pacificação dos interesses.

PALAVRAS CHAVE: Princípios; Supremacia; Interesse público.

ABSTRACT

This article brings reflections about the new knowledge imputed to the principle of the supremacy of public interest over the private interest. It will debate about if this principle agrees with the principles and rules from Brazilian Law in a systematic interpretation. In order to do this analysis, it will be based on Ronald Dworkin theory. It will use some fragments of Dworkin theory that corroborate the positioning advocated, without exhausting all his thesis. Therefore, it will verify the current understanding about the principle. It will make some relevant comments about the connection with the contemporary Brazilian constitutional situation, to claim a reflection based on proportionality and reasonability in its application to find a way to adapt and pacify the interests.

KEY WORDS: Principles; Supremacy; Public interest.

1 INTRODUÇÃO

O mundo jurídico atual tem observado diversas situações em que há o conflito entre interesses públicos e privados. Em grande parte dessas ocasiões há a invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para o afastamento de qualquer medida que consista na garantia da vontade do particular. A coletividade tem sido admitida como a única titular do interesse público. Tem-se aceitado o clamor coletivo como o reflexo do interesse público, sem atentar para direitos individuais insuprimíveis mesmo diante da vontade da maioria.

Para a verificação do melhor entendimento acerca do princípio será realizada uma análise compartimentada com a finalidade de demonstrar que existem outras possibilidades interpretativas que podem solucionar eventuais conflitos de forma mais pacífica e justa.

Na análise da adequada interpretação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é de grande valia a teoria de Ronald Dworkin. Seus ensinamentos acerca das características dos princípios e das regras revelam novas formas de se visualizar a supremacia do interesse público. A “Teoria da Integridade” demonstra a necessidade de uma nova interpretação do princípio para que, enfim, este se demonstre compatível com o nosso ordenamento jurídico.

Concluídos os estudos, ter-se-á a conclusão acerca dos limites do alcance do princípio e da forma de sua aplicação nas situações cotidianas.

2 CONCEITOS

A praxe acadêmica de estabelecer a conceituação e a classificação de institutos e termos jurídicos é de grande importância para a definição do alcance da significação que se pretende dar aos termos utilizados. Por esse motivo, define-se a abrangência dos termos indispensáveis ao desenvolvimento da discussão proposta, quais sejam “supremacia” e “interesse Público”.

A palavra supremacia pode ser definida como a prerrogativa conferida à coisa, permitindo-lhe sua sobreposição às demais, de forma que seja considerada de maior peso e relevância.

Analisada sob o enfoque administrativista, a supremacia foi segregada em supremacia geral e supremacia especial (ZOCKUN, 2004). A supremacia geral se refere àquela administração voltada para os particulares, exterior aos seus domínios, se dá nas relações costumeiras da Administração Pública com os particulares e se efetiva por meio do Poder de Polícia. Neste tipo de relação o princípio da legalidade toma sua forma tradicional

que restringe a atuação da Administração somente no campo da licitude, exigindo que seus atos estejam no estrito campo da legalidade. É também chamada de Administração Extroversa (QUEIROZ, 2009).

Já na supremacia especial há certa proximidade entre administrado e Administração, de forma que, com a entrada do particular na intimidade da Administração, haveria uma permissão da flexibilização do princípio da legalidade sob o fundamento de que o legislador não é capaz de prever todas as possíveis situações cotidianas. Esta relação é conhecida como Administração Introversa (QUEIROZ, 2009).

Yuri Rufino Queiroz ensina que esta distinção entre os dois tipos de supremacia buscam “[...] de uma certa forma, relativizar o princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública” (QUEIROZ, 2009).

Relativamente ao interesse público, salienta-se, inicialmente, que não há um conceito preciso. Não há definição legal ou doutrinária do que seria esse interesse ao qual é atribuída força para se sobrepor ao interesse privado. Não existe um conceito que esclareça qual o ponto exato de segregação entre os interesses público e privado. Celso Antônio Bandeira de Melo (2011, p. 59) ilustra bem a dificuldade na definição do termo: “[...] Sem embargo, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizá-lhe os contornos abstratos”.

Sebastião Imbiriba (2007), escritor paraense, em “O Conceito de Interesse Público”, define interesse público como

[...] a qualidade da coisa essencial ou relevante à realização ou manutenção do bem-estar e desenvolvimento da sociedade ou parte preponderante desta e que, ao mesmo tempo, seja ética, eqüitativa, imparcial, honesta e organizada, aloque eficazmente os recursos e seja eficiente na diminuição dos custos sistêmicos.

A mais famosa definição de interesse Público é a de Celso Antônio Bandeira de Melo (2011, p. 61).

[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

Para a caracterização de um interesse como público, este deve se amoldar a uma série de requisitos, dentre os quais vale citar, inicialmente, a pluralidade de beneficiários. Não há como classificar um interesse como “público” se este não exprimir as vontades daqueles que

integram a sociedade em foco, ainda que esses integrantes não tenham plena consciência a respeito da importância de determinado assunto. Neste sentido é o pensamento de Alice Gonzales Borges (2007) que afirma que

O interesse público, pois, é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.

Diversos fatores contribuem para a formação das vontades e necessidades de um grupo. Uma realidade de vida mais ou menos favorável fará com que os interesses sejam completamente distintos, visto que as concepções de felicidade, sucesso e prosperidade não são uniformes entre todos os grupos de uma sociedade.

Parece razoável exigir que um “interesse público” deva exprimir a vontade de um considerável número de pessoas, desde que estas vivam sob condições semelhantes. Em uma comunidade analisada de forma isolada, onde os fatores externos são comuns aos seus membros é, de certa forma, fácil distinguir o que é um interesse que possa ser considerado público. Entretanto, em uma sociedade complexa, composta por diversos grupos expostos a diferentes modos de vida, não há que se falar em perfeita coincidência de interesses.

O interesse público não é, e nunca será unanimidade. Se para a uniformidade do interesse é necessário que os interessados vivam sob condições similares, infere-se que sobre um mesmo assunto existirão diversos “interesses públicos”, muitas vezes divergentes, que irão variar conforme a região, as classes sociais etc. Assim, torna-se inevitável concluir que jamais existirá um único interesse público.

Embora mereça consideração, o critério de aferição de um interesse público não pode ser restringido exclusivamente ao quesito quantitativo. Em diversas situações o interesse público poderá, a priori, ser encarado como o interesse de um único membro da sociedade. Neste caso, apenas uma análise mais profunda revelará que sua realização é, em verdade, de utilidade e interesse públicos.

Age-se em nome do interesse público quando se realiza ato que garanta a preservação de direitos e liberdades humanas e/ou impeça a abertura de precedentes de desrespeito e limitação a tais direitos e liberdades. Assim, corroborada está a afirmação de Luiz Roberto Barroso (2010, p. viv) que defende que “[...] a realização do interesse público muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados [...]” e completa o argumento no sentido de que “[...] O interesse público se realiza quando o Estado

cumpra satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão” (BARROSO, 2010, p. xiv). Isso porque, tão importante para a sociedade quanto a realização da vontade de uma maioria, é o respeito a uma minoria ou indivíduo isolado. A realização de um interesse privado (considerado não público em razão de a maioria dos membros da sociedade opor-se a tal) pode refletir o real interesse público na medida em que impede a generalização da limitação de direitos individuais. Tome-se a título de ilustração a análise comparativa de Daniel Sarmiento (2010, p. 81-82).

Muitas vezes aponta-se conflito inexistente, em razão de incorreta identificação do interesse público. Tome-se como exemplo um caso em que a Administração quisesse proibir a realização de uma manifestação no centro de uma metrópole, sob o argumento de que ela comprometeria gravemente o trânsito de vias importantes, invocando, para tal fim, a supremacia do interesse público sobre o particular. Talvez, a maioria das pessoas daquela comunidade apoiasse a medida, por não se identificar politicamente com os objetivos da manifestação, e sentir-se prejudicada por ela nos seus interesses mais imediatos. Mas, decerto, a leitura mais adequada do interesse público seria aquela que prestigiasse em primeiro lugar não as conveniências do trânsito de veículos, mas sim a relevância do exercício da liberdade de reunião para o bom funcionamento de uma sociedade democrática. Portanto, aqui, a rigor, não existiria conflito, mas convergência entre os interesses público e privado.

Um¹ interesse público reflete a concordância, o ajuste entre os interesses de um grupo da sociedade (sem ser unanimidade), que se dá através da flexibilização mútua dos posicionamentos, em prol da maior realização possível do interesse de cada um².

É comum a distorção do sentido do termo “interesse público”. Frequentemente o interesse público é visto como obrigatoriamente antagônico ao interesse do particular. Contudo essa visão equivocada é afastada com a introdução do preceito de que não se trata de “[...] algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes” (MELO, 2011, p. 59). Assim, é refutável a idéia de que haja separação absoluta entre os interesses público e privado (MELO, 2011, p. 59).

¹ Fala-se em “um” interesse público devido ao já aludido fato da existência de diversos interesses públicos variáveis conforme regiões, classes sociais etc.

² Em BINEBOJIM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 153, fala-se em “solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo”, entretanto a idéia de realização máxima remete o leitor às idéias de Robert Alexy sob o aspecto da aplicação de princípios como mandatos de otimização, em contraponto a expressão “solução ótima” que guarda íntima relação com as idéias dworkianas referentes à tese da única resposta certa para o caso.

O interesse público, individual ou coletivo, se efetivado, traz benefícios a algum, ou alguns, membros da sociedade sem que haja excessivo prejuízo a outrem. A dimensão de admissibilidade deste eventual prejuízo deve ser aferida utilizando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, os quais serão analisados mais profundamente adiante.

2.1 O governo, o governante e o interesse público

Para uma análise dos aspectos concernentes às relações existentes entre o governo, o governante e o interesse público, indispensável se faz a conceituação de tais termos sob o enfoque adequado ao presente estudo. Como o “interesse público” já fora conceituado supra, passa-se à questão do governo e do governante.

O termo “governo” refere-se ao exercício das atribuições do Estado em todas as suas dimensões. O governo é o órgão ao qual a Constituição atribuiu o poder executivo sobre uma sociedade. Entretanto importa destacar que o governo não é o mesmo que o Estado. Um governo obtêm o poder, exerce as suas funções e retira-se. Já o Estado é perene mesmo com o passar de sucessivos governos. Assim, governo é o “[...] conjunto dos órgãos directores de um Estado, que expressa o poder estatal através da ordem jurídica”. Nas palavras de Hécio de Abreu Dallari Júnior, “[...] governo deve ser entendido como a direção do Estado, modo pelo qual o Estado gerencia suas atribuições.[...]” (DALLARI JÚNIOR, 2007, p. 34). O autor afirma ainda que o termo governo pode se referir às pessoas que, no exercício de seus cargos no Poder Executivo, desenvolvem as funções de caráter público (DALLARI JÚNIOR, 2007, p. 34). Contudo há dois aspectos que apontam incorreção em tal significação: o primeiro é relativo ao fato de que nem todas as pessoas que exercem cargos de caráter público participam da administração e/ou gerenciamento das atividades governamentais; o outro aspecto é no tocante a questão de não ser o Poder Executivo o único responsável pelas decisões administrativas do governo.

Há diversas situações em que há participação de outro poder do Estado na tomada de decisão. Por exemplo, na aprovação do orçamento público pelo Poder Legislativo antes de sua entrada em vigor, cujo projeto é elaborado pelo Poder Executivo.

Destarte, infere-se que há uma diferença bastante peculiar entre “governo” e “governante”, sendo este último o agente público que tem poder decisório para planejar e implementar ações estatais em virtude do cargo de caráter público que ocupa.

Enquanto fruto de uma convergência de vontades, o interesse, para ser público, deve se enquadrar em mais um requisito: o direcionamento da vontade. Um interesse, mesmo que

formado por uma coletividade, não será público se sua efetivação estiver direcionada a outrem que não àqueles que participaram de sua formação.

O interesse público jamais poderá ser avaliado por alguém que não aquele que será influenciado por seus efeitos. Um grupo nunca será capaz de compreender integralmente as necessidades e interesses de outro. O fato de estar sob influências externas diferentes o torna totalmente incompetente para fazê-lo. Somente o próprio grupo consegue avaliar o que é realmente importante para seus integrantes.

Para ilustrar um vício no direcionamento da vontade pode-se citar o ato de um governante que realiza determinada ação sem consultar a população. Não há como afirmar que tal ação é de interesse público, pois aqueles que são efetivamente afetados não se manifestaram. Como o agente público não vive sob as mesmas condições e não está submetido às mesmas condições de vida da parcela determinada da população, não será possível que o mesmo consiga compreender fielmente suas necessidades.³ Nessa esteira, o que hoje é desregradamente chamado de “interesse Público”, poderá ser interesse governamental ou político, travestido de público.

Não se pode confundir o interesse do governante ou o interesse do governo com o interesse público: o primeiro é fruto da vontade do governante. É individual, personalíssimo e muitas vezes motiva ações com abuso de poder. O interesse do governante está voltado para a obtenção de vantagens pessoais, principalmente no que tange a manutenção da carreira política como profissão. O interesse do governo é formado pela convergência de vontades de vários governantes e instituições governamentais. Pode estar voltado para a obtenção de condições favoráveis de governabilidade ou até mesmo para interesses do Estado enquanto pessoa jurídica, o que o caracteriza como uma espécie de interesse privado. É interesse político, quando pretende obter boas condições de governabilidade, ou interesse empresarial, quando busca satisfação dos interesses da máquina estatal.

O interesse público, como já dito, não se direciona a ninguém em especial, mas tenta realizar os objetivos de todos sempre que possível. Essa concepção

[...] impede que se incida no equivoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado, engano, este, que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de

³ É importante ressaltar que não há, no presente estudo, a pretensão de se discutir a aptidão da democracia representativa como meio para a tomada de decisão. Entretanto, há de se convir que a democracia representativa somente alcançará seus objetivos na medida em que os administradores consultarem a população antes da tomada de decisão, mesmo que tal consulta não se dê em trâmites formais. Atualmente, já têm sido implementadas ações com esse objetivo como, por exemplo, as audiências públicas e os programas de “orçamento participativo”.

identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno) (MELO, 2003, p. 56).

Desta forma, é importante atentar para estas diferenças para que não se tenha o “interesse público” como um sinônimo de interesse do Estado ou da Administração. Caso contrário abre-se precedentes para diversas arbitrariedades que podem gerar prejuízos para todo o sistema democrático na medida em que o poder não mais emanará do povo (BRASIL, 1988), mas sim deste ente inanimado, porém cheio de interesses, chamado Estado.

2.2 O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Considerado uma das “pedras de toque” (MELO, 2011, p. 55) do regime jurídico-administrativo estatal brasileiro, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao contrário do que se imagina, teve suas origens muitos séculos antes do Direito Administrativo como ramo autônomo (DI PIETRO, 2010, p. 87).

Sob a perspectiva contratualista Hobbesiana, a reunião dos seres humanos em sociedade se deu em razão da conveniência e necessidade dos mesmos de buscar maior segurança frente às ameaças da vida no “estado de natureza”. Para Hobbes, o desejo humano pelo poder o compeliu a construir o “estado de sociedade” (LEVIATÃ...). Contudo, para garantir a ordem, convencionou-se que cada convivente abdicaria de uma parcela sua liberdade, outorgando parcela de seu poder particular em favor de um terceiro: o Estado. Assim, o Estado, nos limites do “Contrato Social”, teria a incumbência de regular o convívio social (LUTHOUD, 2011).

Nesse contexto surgiu a idéia de superioridade do interesse público, na medida em que se passou a conceber que seria vantajosa a cessão de certa parte da liberdade individual em troca da segurança da vida em sociedade.

A partir da renúncia a interesses próprios, o convívio entre os homens foi se aprimorando. “[...] No direito romano, particularmente á época de Ulpiano, já se podiam encontrar axiomas que se relacionavam ao interesse público, conquanto este ainda não representasse o instrumento de representação popular. [...]” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 69).

Com o passar dos anos o processo de aprimoramento da noção de supremacia do interesse público continuou ocorrendo, culminando na idéia que hoje é amplamente difundida.

Atualmente o princípio em comento é tido por alguns autores como “[...] princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade” (MELO, 2011, p. 96).

Conforme ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 101), o princípio do interesse público ou da finalidade pública está intimamente ligado ao da finalidade, sendo sua observância obrigatória pela Administração.

Assim, levando em consideração os diversos posicionamentos dos juristas brasileiros na atualidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado representa a prerrogativa estatal⁴ de sobrepor-se à vontade do particular com o objetivo de dar efetividade ao seu poder-dever de assegurar a prevalência do interesse público.

Não raro vê-se alusões ao princípio, tanto em processos administrativos quanto em processos judiciais. Apesar da incontestável tendência protecionista aos direitos e garantias individuais determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil, os responsáveis pela defesa dos interesses estatais, nas mais variadas espécies de demandas, insistem em propugnar uma visão estreita de interesse público, difundindo a errônea idéia de superioridade dos interesses de um ou outro ente federativo frente a todo e qualquer interesse que não provenha diretamente de algum órgão ou instituição pública.

Por sua vez, os julgadores também seguem a linha do comodismo jurídico-filosófico, aceitando pacificamente essa ultrapassada argumentação que, com nova roupagem, é invocada todos os dias, travestida com falsa idéia de modernidade sob o argumento de representar valores de união e solidariedade entre os povos dos mais diversos grupos e lugares. Contudo o que se esconde é um aspecto retrógrado na medida em que o indivíduo se torna ainda mais fraco e desprotegido frente a esse Estado-gigante que nos remete ao poderoso Leviatã de Thomas Hobbes.⁵

3 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN

Iniciando a defesa de “[...] uma teoria liberal do direito [...]” (DWORKIN, 2010, p. VII), Ronald Dworkin constrói uma tese baseada numa argumentação contraposta ao que chamou de “[...] teoria dominante do direito [...]” (DWORKIN, 2010, p. VII). O autor explica que esta “teoria dominante” se divide em duas partes. A primeira parte, chamada teoria do

⁴ Considerando-se o Estado como o titular do interesse público. Vale lembrar que a Administração não titulariza o interesse público, mas somente o exercita através da função administrativa. (MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; p. 65).

⁵ Hobbes, faz alusão à necessidade de um Estado forte e autoritário como forma de ordenar a sociedade que antes se encontrava em seu “estado de natureza”.

positivismo jurídico, baseada no questionamento de “o que é o direito?”, trata das condições de veracidade de uma proposição jurídica (DWORKIN, 2010, p. VII) A segunda parte foi chamada de teoria do utilitarismo, e busca compreender “o que deve ser o direito?”, e ensina que a função do direito e de suas instituições é servir ao bem-estar geral (DWORKIN, 2010, p. VII e VIII).

Entre as diversas críticas a respeito da “teoria dominante do direito”, o jurista norte-americano faz uma observação especialmente relevante ao tema do presente estudo ao afirmar que “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita⁶. [...]” (DWORKIN, 2010, p. XIII). Neste sentido, defende a existência de “trunfos políticos” a serem invocados pelos indivíduos quando um direito lhes é negado com base em justificativa de objetivo comum que não seja suficientemente forte. Tais trunfos são os direitos individuais (DWORKIN, 2010, p. XV).

Para melhor compreensão de suas idéias, Dworkin elaborou argumentação explicando a existência de características que diferem os princípios das regras. Tornando clara sua argumentação, o autor utiliza exemplos de casos práticos julgados pelas Cortes Norte-Americanas, nos quais mostra a aplicabilidade e plausibilidade de suas idéias.

A compreensão destas idéias exige o conhecimento prévio de alguns pontos frisados pelo autor. De antemão deve-se conceber que, para Dworkin, princípios são padrões diferenciados, com operatividade jurídica diversa das regras. Assim como os princípios, podem existir outros padrões, cada qual com peculiar operatividade jurídica (DWORKIN, 2010, p. 36).

O ponto crucial da teoria dos princípios sob a perspectiva dworkiniana reside na dimensão de sua diferenciação frente às regras. A distinção entre os chamados “Standards” (DWORKIN apud SIQUEIRA, 2003), do ordenamento jurídico se dá em dimensão lógica (SIQUEIRA, 2003), a qual se passa a explicar.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem (DWORKIN, 2010, p. 39).

⁶ Essa afirmação demonstra clara crítica a teoria positivista - refutada pelo autor no transcórre de suas obras - na medida em que nega que o direito é proveniente exclusivamente de regras, práticas e decisões explícitas.

Dworkin argumenta que a diferença entre regras e princípios jurídicos reside no fato de que as primeiras são aplicáveis em forma de tudo-ou-nada (DWORKIN, 2010, p. 39), enquanto os últimos não o são. A aplicabilidade da regra cinge-se ao quesito da validade na medida em que, sendo válida é aplicável e aponta solução determinada. Sendo inválida, é simplesmente inaplicável. Já os princípios não estão ligados à questão da validade. Eles possuem a característica de não apresentarem conseqüências jurídicas determinadas previamente, apenas dão direção ao argumento, e sempre necessitam da utilização de uma habilidade julgadora (DWORKIN, 2010, p. 39-41).

As regras, por imporem resultados específicos, permitem a enumeração de suas exceções. Os princípios, em razão da ausência de uma hipótese de incidência, não possuem a possibilidade de previsão de exceções. Desta forma, havendo a subsunção do fato à regra válida, esta indicará o resultado preciso. Contudo, sendo necessária a utilização de algum princípio no caso concreto, não haverá a determinação da decisão a ser tomada, mas apenas indicação do rumo para o qual o raciocínio do julgador deve pender (DWORKIN, 2010, p. 41). Neste sentido, em relação aos princípios, Dworkin (2010, p. 40) afirma que “[...] Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]”.

Prosseguindo na argumentação, é feita alusão a outra diferença entre regras e princípios. Para o autor, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância. Assim, haveria princípios de diferentes pesos, ou seja, alguns teriam maior força que outros em cada caso concreto. Veja-se: “[...] É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. [...]” (DWORKIN, 2010, p. 60). O que determinaria qual o princípio a ser aplicado em cada caso seria a ponderação entre aqueles em conflito, de forma a aferir qual possui maior força relativa (DWORKIN, 2010, p. 42-43). Porém, após o sopesamento entre princípios conflitantes para a escolha daquele aplicável ao caso, não haveria a exclusão do princípio afastado, permanecendo este como parte do ordenamento jurídico, podendo ser invocado em outro caso ao qual sua aplicabilidade seja adequada.

Quanto às regras, não haveria outra forma de descobrir qual – dentre as conflitantes - é aplicável, senão a já citada questão da validade, que determina sua aplicação ou não. A análise da validade ou não de determinada regra pode, conforme Dworkin, ser estabelecida através de outras regras constantes do sistema jurídico que venham a determinar as hipóteses

de preponderância e sobreposição de umas sobre as outras, mediante requisitos temporais, de generalidade ou conforme a autoridade que lhes originou, entre outros.

Contudo importa frisar uma questão levantada pelo autor. É que por diversas vezes a própria regra tem sua aplicabilidade condicionada à utilização de princípios. Isto se dá quando da utilização de termos subjetivos que carecem de julgamento quanto a seu significado. Apesar de a utilização desses termos aproximar a regra a um princípio, deve-se ter em mente que tal semelhança não chega ao ponto de transformá-la princípio (DWORKIN, 2010, p. 45). Isso porque a subjetividade que necessita de significação se concentra no termo ou expressão específica. Assim, esclarecido seu sentido por meio de habilidades de interpretação (muitas vezes doutrinária ou realizada por meio de diplomas infralegais), a regra está apta à aplicação, trazendo consequência predeterminada por ocasião da ocorrência de sua hipótese de incidência.

3.1 Princípios e políticas

Há decerto peculiaridades na teoria de Dworkin acerca dos princípios que merecem atenção.

Frequentemente o autor se utiliza do termo “princípio” para se referir a todo um conjunto de padrões que não são regras e, eventualmente utiliza o termo em sentido estrito. Contudo é importante saber o real sentido da utilização do termo para exata compreensão das idéias dworkianas.

O termo “princípio”, em sentido amplo, é dividido em duas espécies: a palavra “princípio” utilizada em seu sentido estrito, e as chamadas “diretrizes políticas”. O termo “princípio”, em sentido estrito, refere-se a um padrão que reflete uma exigência de justiça, equidade ou algo relativo à moralidade (DWORKIN, 2010, p. 36). Neste sentido, “[...] argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante direitos individuais ou de um grupo. [...] (DWORKIN, 2010, p. 129).

O termo “política” refere-se a um tipo de padrão que estabelece objetivos gerais de melhoria para a comunidade (sejam esses objetivos negativos ou positivos) (DWORKIN, 2010, p. 36). Assim, “[...] argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2010, p.129).

[...] Parece natural dizer, por exemplo, que a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo, pois os cidadãos tem direitos a essa liberdade por uma questão de moralidade política, e que o aumento de produção de material bélico é um objetivo e não um direito, pois contribui para o bem-estar coletivo, mas nenhum fabricante específico tem uma prerrogativa a um contrato governamental. [...] (DWORKIN, 2010, p. 142)

Com vista ao trecho transcrito infere-se que, ao falar de liberdade de expressão, estar-se-á fazendo referência a um princípio; enquanto, ao se falar da produção de material bélico passa-se para a seara da política.

Assim, na utilização das duas acepções do termo “princípio”, ter-se-á argumentos de princípio e argumentos de política, guardando cada um as características peculiares às premissas que defendem.

Dworkin acrescenta um importantíssimo aspecto relativo a essa bifurcação do termo “princípio”. O autor ensina que em hipótese alguma poderá o argumento de política se sobrepor ao argumento de princípio. Isso se dá em razão da já aludida questão de que os direitos individuais (que são argumentos de princípio) servirem como “trunfos” dos cidadãos frente a qualquer tentativa de sobrepujança de metas coletivas (argumentos de política) sobre os mesmos.

3.2 A supremacia do interesse público na teoria dos princípios

Após a explanação sobre a abordagem dworkiana dos princípios e regras, faz-se necessário que se repense o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado.

Analisando cada aspecto de diferenciação entre regras e princípios, chegar-se-á a inevitável conclusão de que a supremacia do interesse público não é um princípio em sentido estrito. Veja-se tais aspectos.

Inicialmente tem-se a questão da aplicabilidade das normas e princípios, que se dá, para aquelas, em forma de tudo-ou-nada ou, para estas, de forma gradual, mediante análise de sua conformação ao caso concreto, considerando-se a relevância para o mesmo (RODRIGUES, 2009, p. 57-59).

A supremacia do interesse público, nos parâmetros que a doutrina administrativista geralmente lhe confere, não prevê nenhum tipo de análise do caso para sua invocação; ao contrario, tem sua presença imposta sempre que houver conflito de interesses entre o público e o privado. Não há sequer a análise relativa às hipóteses de ser o conflito real ou apenas

aparente, como mostra a passagem de José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 35), da qual respeitosamente discorda-se: “[...] Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.”

Percebe-se que, apesar de ser chamada de princípio, a supremacia do interesse público, a priori, se amolda melhor à característica das regras (apesar de não o ser, como será demonstrado mais a frente). Há uma hipótese de incidência predeterminada que garante a aplicação quando da sua ocorrência – o conflito entre interesses públicos e privados - e, por meio do tudo-ou-nada, impõe uma solução predeterminada. Assim, se efetivamente se tratasse de um princípio, não haveria a possibilidade de determinar previamente a existência de supremacia de algum dos interesses conflitantes, o que haveria seria apenas uma indicação do caminho a seguir para a busca da melhor decisão.

A questão da possibilidade de enumeração das exceções às regras, e da impossibilidade de fazê-lo com os princípios trás duas possibilidades: manter a proximidade do “princípio” em debate ao conceito de regra (contudo, ao fazê-lo, perceber-se-á mais a frente que lhe faltaria algumas características, sendo errônea a decisão), ou trazê-lo para o conceito de diretriz política, no conceito dworkiano de princípio em sentido amplo.

A tendência em manter o “princípio da supremacia do interesse público” próximo ao conceito de regra se baseia na possibilidade de se citar sua exceção: quando em conflito com direitos fundamentais. Assim, por um lado o “princípio da supremacia do interesse público” seria uma regra por permitir a fixação da exceção em sua aplicabilidade.

Contudo, a regra somente tem sua aplicabilidade impossibilitada sob o aspecto da validade, o que não é o caso. Trata-se de inaplicabilidade de preceito jurídico em razão de ponderação frente a princípios em sentido estrito (um argumento de princípio). Desta forma, observa-se que o “princípio da supremacia do interesse público” nada mais é que uma diretriz política, que reflete anseios coletivos, os quais não tem o condão de se sobrepor aos direitos e garantias individuais.

Neste ponto da análise porém, já não é mais suficiente a simples afirmação de que o “princípio da supremacia do interesse público” é um argumento de política, visto que o mesmo já fora anteriormente atrelado a duas características das regras.

Há de se mostrar que a ligação entre os conceitos de regra e princípio fora feita apenas de forma ilustrativa, com o intuito de distanciar o “princípio” do conceito de princípio em sentido estrito tanto quanto possível, tornando mais didática a argumentação. Portanto,

trazendo correção argumentativa ao pensamento, resgatar-se-á a análise das características das regras que foram precariamente e, de forma voluntária, emprestadas ao “princípio da supremacia do interesse público”.

Analisa-se a questão da hipótese de incidência supostamente existente para a aplicação do “princípio”. Em observação livre de direcionamentos, percebe-se que a hipótese não existe, devido ao fato de ser impossível prever todas as hipóteses de conflito de interesses (público *versus* privado), o que faz com que a aplicabilidade da diretriz política se dê, conforme defendido por Dworkin, mediante a análise da adequação de sua aplicabilidade. Isto posto, vê-se ruir o método de aplicação do tudo-ou-nada, o que o traz para a seara dos princípios em sentido amplo, mais precisamente, um argumento de política.

4 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA – O DIREITO COMO INTEGRIDADE

A análise jurídica de casos concretos frequentemente trás ao julgador certa dificuldade. A situação se agrava quando o caso apresenta peculiaridades que causem dúvida ou discordância em relação a correta postura ou atitude a ser adotada. Esses casos que se destacam devido a fatores incomuns e de alta complexidade são chamados por Ronald Dworkin de “casos difíceis” (DWORKIN, 2010, p. 127-203).

Em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição, não pode o juiz se abster de sua função julgadora, desta forma deve ser encontrado um método que, ainda que não torne fácil a solução do caso, a torne ao menos possível. Nesse intuito Dworkin elaborou sua teoria da interpretação jurídica.

Considerando ser o direito uma “prática social” (SGARBI, 20140, p. 174) argumentativa, a teoria interpretativa de Dworkin pressupõe a existência de uma regularidade factual, uma certa coerência. Nesse sentido, analisa a prática sob dois aspectos fundamentais: a “interpretação construtiva” e a tese do “romance em cadeia”.

A interpretação construtiva é admitida como um misto entre as interpretações conversacional e científica à medida que apresenta certa autonomia em relação ao autor da “obra” analisada (interpretação científica), mas também a observa como um todo, não se atendo ao significado de expressões avulsas (interpretação conversacional) (SGARBI, 2009, p. 178). Assim, essa interpretação construtiva busca uma análise ampla, “[...] que trata ‘de se impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam’ (DWORKIN apud SGARBI, 2009, p. 179).

A tese do “romance em cadeia” é o segundo pilar da compreensão do Direito como uma prática social interpretativa (SGARBI, 2009, p. 183). A tese se refere precipuamente à construção jurisprudencial. Para tornar suas idéias inteligíveis, Dworkin compara as sucessivas decisões dos juízes a um romance. Aqui cada decisão é considerada um novo capítulo. Como em uma obra literária, o capítulo seguinte guarda íntima relação com o anterior, fazendo surgir uma interdependência que exige coerência lógica para que o leitor consiga compreender a narrativa. Não poderá um capítulo modificar o caminhar do romance de forma radical e sem precedentes.

Da mesma forma, a sucessão de decisões judiciais deve manter uma coerência no raciocínio jurídico que ampare as decisões. Essa coerência garante segurança jurídica para as partes visto que se sabe de plano quais os parâmetros e valores considerados pela comunidade jurídica.

Para garantir a necessária coerência, Dworkin propõe uma prova a qual o projeto deve ser submetido. Essa prova consiste em analisar a hipótese decisória sob as dimensões de adequação e de interpretação (SGARBI, 2009, p. 183).

A dimensão de adequação consiste na vedação de o julgador adotar uma interpretação que nenhum outro julgador poderia admitir. Desta forma esta dimensão busca garantir a fluidez da atividade (SGARBI, 2009, p. 183).

A dimensão de interpretação procura garantir que, após analisadas todas as formas de interpretação possivelmente aplicáveis ao caso, o julgador deve selecionar aquela que melhor se ajusta ao mesmo (SGARBI, 2009, p. 183).

Com base nessas duas dimensões, o julgador (romancista) deve decidir (escrever novo capítulo do romance) inspirado nos fragmentos passados construídos anteriormente por seus colegas.

Indispensável observar que a teoria interpretativa proposta por Dworkin não implica o engessamento do pensamento jurídico sobre temas determinados. A atividade interpretativa nos moldes citados permite mudanças no entendimento, desde que tais inovações se dêem com base em precedentes de justificação e de forma coerentemente gradual. Nesse diapasão, não há que se falar em defasagem interpretativa.

[...] queremos que os juízes atuais partam de onde os juízes decidiram há cem anos. Deve haver continuidade. Portanto, a arte consiste em criar um sutil equilíbrio entre acrescentar algo que é novo e propiciar a continuidade. Estamos contando a história do desenvolvimento de nossa sociedade – uma

narrativa do avanço de nossa sociedade na modernidade. (MORRISSON, 2006, p. 518)

Como produto da teoria interpretativa calcada na coerência da atividade jurisdicional, surge então a concepção do “direito como integridade”.

A tese do “Direito como integridade” de Dworkin foi concebida como uma alternativa às concepções convencionalista e pragmática⁷ do direito (SGARBI, 2009, p. 188) e reflete uma busca por uma coerência principiológica nos mais diversos aspectos da sociedade. Adrian Sgarbi resume brilhantemente a idéia de integridade ao afirmar que “o ‘direito como integridade’ implica ser congruente com um todo assumido como coerente” (SGARBI, 2009, p. 189). Nessa esteira, Dworkin defende o entendimento desse “todo” como uma comunidade personificada, ou seja, uma idéia de comunidade como uma “pessoa moral” (SGARBI, 2009, p. 190).

Como assinala Adrian Sgarbi, o próprio termo “integridade” já traz à tona a noção a que Dworkin faz referência (SGARBI, 2009, p. 189). Assim o direito deve ser íntegro, honesto e reto, além de sempre buscar dar efetividade aos padrões e condutas moralmente consagradas por determinada sociedade.

Faz-se mister ressaltar que o “direito como integridade” é trazido no mais amplo sentido possível. Assim, não basta sua busca exclusivamente no plano da atividade jurisdicional. Antes disso, a integridade é uma meta a ser construída quando da elaboração das normas. Por isso Dworkin fala em duas formas de integridade: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial.

O legislador deve sempre e incansavelmente procurar elaborar normas que coadunem com o todo já existente, tal como o juiz na metáfora do romance em cadeia. Um ordenamento jurídico íntegro e coerente contribui para que a elaboração dos “próximos capítulos” se dê da mesma forma.

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (SGARBI, 2009, p. 190)

⁷ A concepção convencionalista do direito tem como principal característica a aceitação geral das convenções elaboradas pela vontade majoritária dos componentes do legislativo, devendo os juízes aplicarem o que fosse previamente estabelecido por aqueles. A concepção pragmática se caracteriza por não haver determinação legislativa prévia, sendo a decisão tomada nas análises caso a caso, inexistindo, portanto, a proteção de direitos das pessoas (o que denota arbitrariedade).

Para a existência da integridade nos moldes defendidos, Dworkin faz exigência da presença de três “virtudes”, são elas a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. Adrian Sgarbi explica compreensão de seu alcance: “[...] a ‘equidade’ expressa princípio de organização e participação na vida política, a ‘justiça’ à conformidade com um modelo ideal de justo, e o ‘devido processo legal adjetivo’ à retidão legal na atividade jurisdicional” (SGARBI, 2009, p. 191). Segundo o Dworkin, as proposições jurídicas são verdadeiras quando calcadas nessas virtudes.

As virtudes integram o que Dworkin chama de cânones interpretativos principais. Esses padrões são relativos a “adequação” (ou “harmonia”) e a “justificação” da interpretação. No campo da adequação, a interpretação judicial deve ser realizada de forma harmoniosa com a jurisprudência, o ordenamento jurídico e os precedentes. Já na seara da justificação, a interpretação deve se relacionar a aquelas virtudes de equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. Esses cânones são balizas para a atividade interpretativa, dentro das quais a interpretação se ajusta ao modelo de integridade.

Importa ressaltar que a integridade não se confunde com a mera existência de justiça e equidade. Estes cânones interpretativos de justificação são integrantes da concepção de integridade, mas não bastam isoladamente. É necessária uma visão muito mais ampla quando se está a falar de integridade.

Percebe-se, portanto, que a integridade defendida por Dworkin nada mais é que uma teoria que busca trazer para o direito um estado de segurança. Essa segurança derivaria, por exemplo, da garantia de direitos a cada membro da sociedade, do ato de se decidir questões similares conforme padrões e princípios similares e da manutenção de certa regularidade e coerência nas decisões, entre outros atos que trariam à pessoa a sensação de viver em uma sociedade justa e igualitária.

A integridade exige que se elabore, para cada lei que lhe pedem que aplique, alguma justificativa que se ajuste a essa lei e a penetre, e que seja, se possível, coerente com o conjunto da legislação em vigor. Isso significa que ele deve perguntar-se sobre qual combinação, de quais princípios e políticas, com quais imputações de importância relativa quando estes competem entre si, pode proporcionar o melhor exemplo para aquilo que os termos claros da lei claramente requerem. [...](DWORKIN apud MORRISSON, 2006, p. 516)

Percebe-se que a integridade no direito traz a clara exigência de uma interpretação sistemática do direito que abranja, além de leis, princípios e valores morais prestigiados pela

sociedade. Essa interpretação deve considerar os princípios justificadores das decisões passadas para que seja possível o alcance uma coerência. Contudo isto não implica em trazer para o direito um conservadorismo. A justificação do passado não deve jamais implicar na repetição cega de decisões anteriores.

[...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. [...] (DWORKIN, 2007, p. 271)

Sendo assim, a consideração da integridade como importante ferramenta do direito contemporâneo é de grande valia para o alcance da eficiência no direito, na medida em que se reduz a necessidade de elaboração de normas expressas, cujas lacunas serão supridas pelos princípios (DMITRUK, 2007, p. 144-155).

Em se falando de integridade no direito, imprescindível que tal concepção influencie todas as áreas da ciência jurídica. Notadamente na seara do direito público, é indispensável a exigência de uma postura coerente por parte do intérprete, no propósito de resguardar a sociedade de sobressaltos.

A Constituição da República Federativa do Brasil é conhecida como uma “Constituição cidadã”. Esta alcunha atribuída ao texto normativo supremo do nosso Estado se justifica pela característica de o mesmo refletir ideais do Estado Social. O Estado Social tem inspiração alemã e idiosincrasia democrática, cujo valor supremo é cada membro da sociedade. Seus anseios de liberdade política e igualdade real entre os cidadãos, entre tantos outros, trazem a tona “[...] valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” (BONAVIDES, 2009, p. 371).

Nessa esteira tem sido construído o direito brasileiro. Fortemente ligado a ideais garantistas de direitos fundamentais e de amparo ao indivíduo, percebe-se a onipresença de normas e princípios basilares de cunho protetivo por todo o ordenamento jurídico pátrio.

Para se referir a essa tendência assecuratória de direitos trazida pela Constituição da República e semeada nas normas e valores infraconstitucionais será utilizada a expressão “atmosfera de proteção constitucional”. A “atmosfera de proteção constitucional” consiste no caráter tutelador das normas fundamentais da Constituição pátria, consubstanciado na estrutura da busca pelo respeito e efetividade das normas que garantem direitos básicos do homem.

As normas constitucionais brasileiras estão voluntariamente organizadas em um arranjo específico que traz inicialmente direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Esta disposição revela a intenção do legislador de assegurar tais direitos antes de quaisquer outros. Observa-se que as determinações sobre o assunto se infiltram por grande parcela dos ramos do direito. Percebe-se essa presença quando o intérprete se depara com direitos e garantias fundamentais atuando como limitações ao alcance de disposições legais. Isto revela que tais direitos devem ser admitidos como normas gerais balizadoras de todo o direito, inclusive relativamente às normas seguintes da própria constituição.

Outra característica da estrutura constitucional brasileira é relativa ao seu preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988)

Observa-se que há a determinação dos valores norteadores do Estado Democrático e da atividade constituinte. Estes valores expressam o objetivo primordial da promulgação do texto constitucional e, conseqüentemente, de todas as leis, visto que a ele se submetem.

Uma das principais funções da Constituição, bem como de todas as demais leis, é a proteção do indivíduo em relação à sociedade como um todo. Em se tratando de direito público, essa importância é redobrada para que o Estado, por sua força, não venha impor domínio à esfera individual do particular. Por conseguinte, a proteção constitucional visa também a proteção do indivíduo frente ao Estado, visto que existem certos direitos que nem mesmo a força estatal pode afastar.

Em todas as constituições modernas encontramos catálogos de direitos fundamentais, nos quais os direitos das pessoas, dos indivíduos, são protegidos frente às pretensões que se justificam por razões de Estado. O Estado não deve poder fazer tudo o que em um momento determinado lhe é mais cômodo e lhe aceite um legislador complacente. A pessoa deve possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor. [...] (SCHNEIDER apud SCHIER, 2010, p. 225)

Sendo Constituição da República Federativa do Brasil a corporificação dos valores e objetivos prestigiados no seio da sociedade, todo o direito deve permanecer na mesma linha

de busca da sua concretização. Assim, todas as normas e princípios que forem eventualmente invocados a integrarem o ordenamento brasileiro devem respeitar as premissas citadas pelo documento. Essa necessidade de manutenção do respeito à “atmosfera de proteção constitucional” revela de forma clara a presença do ideal de integridade no direito brasileiro. Nesse sentido percebe-se que a teoria de Ronald Dworkin subsume-se perfeitamente ao ideal trazido pela nossa Lei Maior.

Fala-se em supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Como sustentáculo a sua aplicabilidade são invocados princípios de solidariedade, no sentido de privilegiar a vontade da maioria em detrimento do interesse individual. Ocorre que o Estado tem uma função a cumprir. É senso comum na ciência sociológica o fato de que o homem se reuniu em grupos em busca de proteção. Desta forma, não há que se questionar o fato de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas é um meio de promoção humana, devendo utilizar de sua força e abrangência para trazer tal proteção aos seus cidadãos. Este é o interesse público (em uma visão ampla).

Não há como negar que a coletividade tem força. Tem-se prova disso em diversas passagens da história mundial. Já o indivíduo não possui esse poder. Não é comum que uma pessoa consiga conquistar algum direito individualmente, há sempre de haver um amparo por parte de uma instituição que tenha robustez suficiente para promover a necessária mudança.

Sendo o Estado um meio, suas atividades devem sempre se pautar no objetivo de trazer para o indivíduo a maior garantia possível de seus direitos. Qualquer outra ação do Estado que venha a afastar sua função primordial estará flagrantemente ferindo o interesse público. A garantia de valores básicos é dever do Estado através do Poder Judiciário, do legislador e da Administração Pública em observância ao dever de integridade.

No âmbito da Administração Pública o Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular se apresenta com força total. Não raro a sociedade se depara com situações notoriamente imorais e injustas sendo amparadas por uma espécie de “justificativa universal” de supremacia do interesse público.

Há de se adotar um posicionamento baseado na integridade para assegurar justiça e equidade nas relações entre Administração Pública e administrados (já que justiça e equidade estão contidos no ideal de integridade). Não deve ser admitido em um Estado guiado por uma lei fundamental nos moldes da Constituição brasileira – cujo ideal de integridade é patente - a sobreposição liminar de quaisquer interesses sobre direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais.

É importante que, por um momento, se deixe a compartimentalização do direito em segundo plano em nome da unidade do ordenamento jurídico. Desta forma há uma visão ampla do direito, que não se fecha nas especificidades de determinada área e se esquece da influência de outras; tal como ocorre entre direito público e privado no tocante à supremacia do interesse público.

[...] Não há, por outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, quem tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara. (SARMENTO, 2010, p. 50)

Por diversas vezes trechos da legislação pátria tem sido utilizados como um “quebra-cabeças”, no qual as peças não se encaixam. Essa impressão fica clara quando se analisa diversos atos da Administração que são motivados por simples cumulação de artigos de leis distintas (com diferentes objetivos e de diferentes épocas). Forma-se verdadeiro “*Frankenstein*” jurídico, sem a observância de uma interpretação sistemática do ordenamento. Isto porque trata-se de artigos de leis que são amontoados e interpretados sem observância à “atmosfera de proteção constitucional”.

Não que as leis brasileiras sejam perfeitas. Há sim problemas graves, tanto em relação ao texto, quanto em relação à intenção legislativa. Por negligência em relação ao dever de integridade, representantes da sociedade editam normas de cunho populista. Essas normas não refletem o empenho necessário para o progresso da construção legislativa tal como no “romance em cadeia” de Dworkin.

É importante que se tenha em mente que o desejo do povo (assim entendido como o protesto da maioria, no calor das discussões, ou seja, opiniões e anseios efêmeros e imediatistas) nem sempre refletirá os ideais de justiça e equidade tão importantes para essa mesma sociedade.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não coaduna de forma alguma com os ideais da “atmosfera de proteção constitucional”. Percebe-se clara disparidade entre o objetivo de proteção ao indivíduo priorizado pela Constituição da República e essa antiquada noção de relegar para segundo plano os interesses do indivíduo.

[...] verifica-se não ser possível extrair “o princípio da supremacia do interesse público” da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade

sistêmica que representa e afronta a constante busca pela unidade constitucional. (BINENBOJM, 2010, p. 143)

Se é defendido o respeito aos direitos individuais, que sejam respeitados em todos os âmbitos do direito e da sociedade. A coerência é requisito indispensável para a manutenção da segurança jurídica e, como se sabe, a segurança (também jurídica) é um dos maiores interesses daqueles que abdicaram de parte de sua liberdade para viver em sociedade.

É indispensável que conflitos provocados pelo embate entre interesses públicos e privados sejam vistos com maior cautela. Para isso deve-se - em conformidade com os métodos de Dworkin para a promoção da integridade – reunir um conjunto de princípios que seja coerente para a solução desses casos. Esses princípios devem garantir o respeito à justiça, à equidade e ao devido processo legal adjetivo. Desta forma ter-se-á embasamento principiológico que justificará as decisões proferidas em cada caso (sejam estas decisões oriundas da esfera administrativa ou judicial), para que se tenha sempre a eleição de uma interpretação aceitável perante os valores, a história e os anseios da sociedade.

Definidos estes princípios, a busca da melhor interpretação deve ser realizada por meio de análise ampla. Considerando cada princípio (ou qualquer outro valor pertinente) como um círculo, percebe-se que a melhor decisão é aquela que se encontra no ponto em que esses círculos são concêntricos (DWORKIN, 2007, p. 300), pois a parte comum reflete a comunhão coerente entre os mesmos. Em havendo mais de uma interpretação com mesma área comum (adequação), deve-se buscar mais círculos (aspectos mais amplos do direito) para que se tenha a maior consonância possível com o ordenamento jurídico e o direito como um todo. Quanto maior o número de círculos analisados maior será a coerência da interpretação em relação ao direito e aos valores da sociedade, visto que mais aspectos foram considerados.

4.1 A proporcionalidade e a razoabilidade

A proporcionalidade e a razoabilidade são importantes postulados de aplicação do direito. Em razão de não possuírem conceitos simples, de fácil memorização e de alcance fixo, sua aplicação torna-se uma atividade eminentemente subjetiva e diversos estudiosos defendem sua inadequação ao direito.

A melhor doutrina entende que proporcionalidade se subdivide em subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SARMENTO, 2010, p. 99-100). Relativamente à adequação, as medidas a serem analisadas no âmbito da

proporcionalidade devem ser capazes de produzir os efeitos esperados. Quanto a necessidade, as medidas devem consistir no meio menos gravoso possível para a concretização do feito. Assim, em havendo outro meio que não traga tantos prejuízos, este deverá ser adotado.

A proporcionalidade em sentido estrito se refere à realização de uma ponderação entre o ônus trazido pela medida e o efetivo benefício, de forma a verificar se o sacrifício imposto pela decisão a qualquer pessoa é válido se comparado com a vantagem que trará para outra (BONAVIDES, 2009, p. 397).

No Brasil o princípio da proporcionalidade é uma condicionante do ordenamento jurídico. Como exemplo cita-se a estrutura eleitoral para a Câmara Federal, criada como o órgão de representação do povo brasileiro, cuja composição é definida por meio de eleições proporcionais. Este mecanismo garante que as minorias também tenham representação naquela casa. Desta forma, não são apenas os partidos e os candidatos mais votados que assumem o poder.

Essa postura voltada para a representação proporcional das minorias nos faz inferir que a lei objetiva garantir que todos os cidadãos brasileiros tenham voz e vez nas decisões a serem tomadas, independentemente do percentual que representem em relação ao todo. Da mesma forma, devem as relações entre Administração Pública e administrados ser pautada na proporcionalidade. Isto porque, em função do princípio da legalidade, deve a conduta estatal sempre obedecer aos comandos legais. Não há determinação expressa a respeito da aplicação da proporcionalidade, porém não pode o administrador curvar-se a uma interpretação literal das leis, ignorando a observância dos outros aspectos que as influenciam. Nesse sentido as palavras de Hélio Apoliano Cardoso: “[...] Merece censura o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar” (CARDOSO, 2007).

Sendo o ato da Administração proporcional, há também que ser examinada sua razoabilidade. Nem sempre um ato proporcional será automaticamente razoável. No campo da proporcionalidade há a comparação de uma decisão com outra para verificar se foi seguido um padrão coerente (que remete ao ideal de integridade), ao passo que na razoabilidade verifica-se a aceitabilidade da medida com vistas a critérios de admissibilidade conforme padrões médios.

A razoabilidade é tida como um juízo mínimo de aceitabilidade de determinado preceito com base na tradição ideológica do intérprete e guarda íntima relação com o bom

senso. Assim, determinado entendimento será considerado razoável se, após a análise das condicionantes, puder ser inferido pelo homem médio.⁸

O princípio da razoabilidade é uma diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse bom-senso jurídico se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida (BUCCI, 2013, p. 173).

Na análise do ato administrativo dotado de Poder de Império e justificado pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado deve ser observada tanto a aplicação da proporcionalidade quando da razoabilidade.

Inicialmente deverá ser verificado se o ato é congruente com os subprincípios de adequação (ser adequado para o atingimento do objetivo traçado), necessidade (não existir outro modo menos gravoso para a consecução da meta) e proporcionalidade em sentido estrito (a vantagem trazida compensar o sacrifício, ou seja, a análise do custo benefício).

Verificada a proporcionalidade, observar-se-á então a razoabilidade, com fundamento nos valores considerados pela sociedade como admissíveis, justos e moderados.

Ao seu turno, o postulado normativo aplicativo da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites em que a regra de competência habilitadora autorizar, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão (OLIVEIRA, 2009).

Com a análise desses dois aspectos será maquinamente garantido o respeito à finalidade pública dos atos da Administração. Essa finalidade será atingida a partir do momento em que a lei for cumprida, dando efetividade aos direitos por ela determinados. Tendo em vista que a interpretação legal impescinde o uso de critérios de proporcionalidade e razoabilidade, terá sido respeitada a finalidade pública se houver o respeito aos limites de coerência, sensatez e moderação.

⁸ Daí abre-se a discussão acerca do conceito de “homem médio”. Para o presente trabalho é irrelevante que se encontre ou não um conceito fechado para o termo. Desta forma, será adotado como “homem médio” aquele que já tenha vivido em ambientes diversificados (regiões pobres, ricas, violentas e pacíficas) e pautar sua conduta e seu pensamento com base em princípios constitucionais.

4.2 Uma nova visão de supremacia do interesse público - a compatibilização entre os interesses em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado carece passar por uma reconstrução (BORGES, 2007). A atual concepção, calcada na sobreposição injustificada da vontade estatal, não mais coaduna com o panorama político e social brasileiro após a instituição do Estado Democrático de Direito. A superioridade estatal outrora presumida já não encontra apoio no arcabouço normativo e principiológico brasileiro. Daí vislumbra-se a necessidade de evolução jurídica no enfrentamento de situações de conflito, de modo a encontrar a solução mais correta.

Para que se encontre essa solução não será útil um mandamento pronto e acabado de sobreposição liminar de determinado interesse. Para se encontrar a melhor decisão deve ser realizada uma ponderação concreta, caso a caso, de cada interesse, valor e princípio envolvido. Essa análise deve se dar sempre com vistas a proporcionalidade e razoabilidade (agindo como limites) para que seja garantida a adequação e plausibilidade da deliberação. Assim, com base nesses limites intransponíveis de harmonização, analisar-se-á de forma diversa cada tipo de conflito entre interesse público e privado.

No caso de conflito entre interesse público (aqui entendido como o interesse da coletividade) e interesse particular que não seja direito fundamental, deverá ser procedida ponderação dos princípios, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade, para que se encontre a melhor solução. Assim será determinada uma ação que alcance a máxima efetividade possível para os anseios coletivos e, ao mesmo tempo, traga o menor prejuízo possível para o particular.

Há contudo situações em que o interesse coletivo entrará em conflito com um direito fundamental. Mesmo nessa circunstância não deve haver a preponderância liminar de nenhum interesse. O impasse deve ser solucionado pela utilização da ponderação descrita supra, somada a uma argumentação mais elaborada. Em regra, deve o direito fundamental prevalecer em face de interesses coletivos. Contudo, havendo justificativa suficientemente forte para que se tome decisão contrária, esta não será considerada inválida. Há portanto que se falar em um maior ônus argumentativo em desfavor do interesse coletivo (SARMENTO, 2010, p.104).

Nesse sentido, é o caso de substituição do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por outro que parece melhor se ajustar ao contexto, o qual pode ser denominado como “princípio da justa ponderação dos interesses”.

Realizadas as análises dos conflitos nos moldes defendidos ter-se-á uma estrita observação da “atmosfera de proteção constitucional” na medida em que será dado o devido valor aos mais importantes postulados constitucionais. Essa postura garante o mais fiel respeito ao ideal de integridade e guarda profundo senso de justiça e segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise de todos os argumentos apresentados, foi possível compreender as diversas condicionantes que tem sido levantadas acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Mais complexo que o entendimento do princípio sob estudo, é a compreensão individualizada do que é o interesse público. Observou-se que, em razão da diversidade de concepções existentes em nossa sociedade, não há como se estabelecer um conceito definitivo do termo.

O desenvolvimento do tema permitiu a descoberta de que, ressalvadas as peculiaridades dos sistemas jurídicos de cada país, as teorias do direito, mesmo quando elaboradas por autores estrangeiros, são aplicáveis às mais diversas sociedades, pois os questionamentos jurídicos são razoavelmente uniformes.

O estudo da teoria de Ronald Dworkin propiciou um esclarecimento acerca da estrutura das normas que integram o direito, bem como suas modalidades e características, sendo possível conhecer a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, bem como a relação existente entre eles.

Observou-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular guarda relação com a teoria dos princípios de Ronald Dworkin, que explica sua natureza.

Como caminho para a solução do conflito entre interesses públicos e privados é proposta a teoria do direito como integridade elaborada por Ronald Dworkin. Com base nessa tese, inevitavelmente se conclui que o princípio em debate não coaduna com a estrutura jurídico-constitucional brasileira.

Como decorrência da integridade propõe-se a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade como parâmetros de ponderação dos interesses em virtude de propiciarem a existência de equidade e justiça nas decisões.

Concluiu-se que a concepção atual de supremacia do interesse público está distante daquela que resolveria os impasses de forma justa. Merece revisão a egoísta mentalidade publicista atual que tem se proliferado tanto no seio da Administração Pública quando nos bancos das escolas jurídicas.

Deve-se buscar a análise adequada para cada tipo de conflito de interesses de forma a considerar, com a devida importância, cada argumento e cada princípio envolvido.

Em suma, foi possível concluir que a mudança na atual concepção de supremacia do interesse público consiste em um importante passo para a construção de um Estado promotor da dignidade humana ao invés de um poderoso e temido “Leviatã”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Melheiros, 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 15, janeiro/fevereiro/março 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade**. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, Revista dos Tribunais, ano 4, nº 16, p. 173, jul/set.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Os Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e Legalidade na Atuação Administrativa**. Disponível em: <http://www.ripj.com/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-5.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal: Contribuições a uma Reconstrução da Dogmática Penal 100 anos depois**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CICCO. Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COELHO, André. **Dworkin e princípios jurídicos**. Disponível em: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2008/04/dworkin-e-principios-juridicos.html>>. Acesso em: 04 out. 2011.

DALLARI JÚNOR, Hélcio de Abreu. **Teoria Geral do Estado Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coord.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DMITRUK, Erika Juliana. **O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da Unifil, ano IV, n. 4, Londrina, PR.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

IMBIRIBA, Sebastião. **O Conceito de Interesse público**. Disponível em: <http://imbiriba.blogspot.com/2007/02/o-conceito-de-interesse-pblico_01.html>. Acesso em: 26 set. 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã – Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Leviatã: do homem ao Estado. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/docs/inpsocpoli/JRego/TextosCPolitica/Hobfreud/hbcap2.htm>>. Acesso em: 14 set. 2011.

Latim Word List. Disponível em: <<http://www.latinwordlist.com/latin-words/superus-superior-supremus-or-summus-30971178.htm>>. Acesso em: 12 set. 2011.

LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. **O Modelo de Regras de Ronald Dworkin**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/347/367>>. Acesso em: 01 set. 2011.

LUTHOUD, Pedro. **Supremacia do Interesse Público**. Disponível em: <<http://pedroluthold.blogspot.com/2011/04/supremacia-do-interesse-publico.html>>. Acesso em: 14 set. 2011.

MAYER, Giovanna. **Para uma nova interpretação do princípio da superioridade do interesse público sobre o privado**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edição021/Giovanna_Mayer.htm>. Acesso em: 10 mai. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORRISSON, Wayne. **Filosofia do Direito: Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

O conceito de governo. Disponível em: <<http://conceito.de/governo>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **O Regime Jurídico-Administrativo e os Princípios da Finalidade e da Razoabilidade**. Revista Internacional de Direito e Cidadania/Instituto Estudos Direito e Cidadania. Erechim-RS, v. 2, n. 3, p. 159-174, fevereiro, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Esclarecimentos Sobre a Tese da Única Resposta Certa de Ronald Dworkin**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

QUEIROZ, Yuri Rufino. **Teoria da Sujeição ou Supremacia Geral e Especial**. Disponível em: <http://www.oestadoce.com.br/?acao=noticias&subacao=ler_noticia&cadernoID=16¬iciaID=15342>. Acesso em: 12 Set. 2011.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. **Resenha da Obra: Uma Questão de Princípio (Ronald Dworkin)**. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345-resenha-da-obra-uma-questao-de-principio-ronald-dworkin.html>>. Acesso em: 04 out. 2011.

RODRIGUES, Fernando. **Regras e Princípios no Direito Brasileiro**. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 57-79, out. 2009/mar. 2010.

SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIQUEIRA, Bruno Calmon de. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=Bruno%2BCalmon%2Bde%2BSiqueira%2Ba%2Bdignidade%2Bda%2Bpessoa%2Bhumana&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.revistas.unifacs.br%2Findex.php%2Ffredu%2Farticle%2Fview%2F935%2F689&ei=htK3Ts7XC6a00QHfrtmdBw&usg=AFQjCNFPPmJ2EUY6fYmepa5W08hXwf4BTg>>. Acesso em: 20 out. 2011.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Impenhorabilidade do bem do fiador em decorrência do direito à moradia**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16288-16289-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.

ZOCKUN, Maurício. **O “Poder de Polícia” e Natureza Jurídica das “Taxas” Destinadas ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (FISTEL)**. Disponível em: <<http://www.zockun.com.br/downloads/Poder%20de%20Policia%20e%20a%20Taxa%20FISTEL.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2011.