

Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos

Virgílio Afonso da Silva

Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

735 ↓

Nos últimos anos, as restrições a direitos fundamentais têm sido um objeto de estudo cada vez mais frequente no direito constitucional. São inúmeros os artigos e monografias a respeito.¹ A ideia que está sempre por trás dessas análises é a colisão entre direitos fundamentais. Em outras palavras, o que se estuda é a situação paradigmática na qual um direito fundamental é restringido para que outro possa ser realizado. E, em geral, a definição sobre como essa colisão deve ser solucionada é feita por meio da aplicação da proporcionalidade, acerca da qual existem atualmente incontáveis estudos no âmbito do direito constitucional.

Há aproximadamente vinte anos, contudo, o cenário era bem distinto. As monografias e artigos de direito constitucional pouco ou nada se ocupavam dos direitos fundamentais em geral e, ainda menos, claro, do problema da restrição a esses direitos. O mesmo pode ser dito acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Se hoje as ideias de colisão entre direitos e de restrições recíprocas fazem parte do dia-a-dia do tribunal,² uma pesquisa

¹ Apenas dentre as monografias em língua portuguesa dedicadas exclusivamente à questão, cf., por exemplo, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo: Malheiros, 2009; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003; Felipe de Paula, *A (de)limitação dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

² Apenas como exemplo, é possível mencionar decisões sobre restrições à vida ou à liberdade (ADPF 54, aborto de feto anencéfalo), à igualdade formal (ADPF 186, RE 597.285 e ADI 3330, ações afirmativas), à liberdade de imprensa (ADPF 130, lei de imprensa), à liberdade profissional (RE 511.961, diploma de jornalista).

jurisprudencial envolvendo apenas decisões mais antigas, dos primeiros anos de vigência da constituição de 1988, mostrará um cenário diverso.

Por fim, se analisarmos manuais de direito constitucional que tiveram suas primeiras edições publicadas há mais de vinte anos, pouco ou nada se encontrará sobre

↑ 735|736 ↓

restrições a direitos fundamentais, associadas ou não aos conceitos de sopesamento e proporcionalidade.³

Mesmo hoje, com a volumosa produção acadêmica dos constitucionalistas e a farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca das restrições a direitos fundamentais, o objeto de análise continua a ser a situação paradigmática que mencionei no início do texto, na qual um direito fundamental é restringido para que outro possa ser realizado. Contudo, se levarmos a sério as definições mais recorrentes de proporcionalidade, perceberemos rapidamente que os constitucionalistas, apesar da crescente produção, ainda continuam presos a apenas uma face da questão. Uma citação um pouco mais longa poderá esclarecer esse ponto:

“A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito [...], empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental *ou de um interesse coletivo*, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.⁴

Como se percebe pela parte grifada, a proporcionalidade, como forma de controlar as restrições a direitos fundamentais, é aplicável não somente à situação paradigmática descrita anteriormente – um direito fundamental é restringido para que outro direito fundamental seja realizado – mas também a outra situação, na qual o embate não é exclusivamente entre direitos fundamentais, mas entre um direito fundamental, de um lado, e um interesse coletivo, de outro. Ainda que possa haver algumas exceções esparsas, esta última situação

³ A principal exceção, neste ponto, talvez seja Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997 (1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980).

⁴ Virgílio Afonso da Silva, "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais* 798 (2002), p. 24 (grifei).

tem sido solenemente ignorada pelos constitucionalistas. De certa forma, ainda parece ser um tabu falar em restrição a um direito fundamental que não seja para realizar outro direito fundamental. Se direitos fundamentais forem compreendidos como trunfos individuais que sempre derrotam interesses coletivos,⁵ faria pouco sentido, então, aceitar que algum desses direitos seja restringido sem que a realização de outro direito de igual hierarquia esteja no outro polo da relação para justificar a restrição.

É claro que, no caso brasileiro, o trabalho dos constitucionalistas é facilitado por uma constituição extremamente detalhista. Em geral não é preciso muito esforço para encontrar algum dispositivo constitucional que fundamente uma restrição de um direito a qual, à primeira vista, baseava-se apenas na realização de um interesse coletivo. Mas (i) isso nem sempre foi assim e (ii) ainda hoje nem sempre é possível associar um interesse coletivo legítimo a um direito fundamental e (iii) tentar forçar uma associação como essa muitas vezes exige uma ginástica interpretativa que pode minar por completo a solidez da argumentação.

No direito administrativo, contudo, a possível tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos é estudada desde há muito. Não deixa de ser surpreendente que um tema tão claramente constitucional tenha sido solenemente ignorado por constitucionalistas por tanto tempo, enquanto os administrativistas, de forma pioneira, sobre ele debatiam, propondo soluções para diversos problemas concretos. Embora todo o direito

↑ 736|737 ↓

administrativo lide com a questão, uma expressão-chave, nesse ponto, é o *poder de polícia*. Sobre o poder de polícia, Odete Medauar afirma:

“Trata-se de tema que diretamente se insere na encruzilhada liberdade-autoridade, Estado-indivíduo, que permeia o direito administrativo e o direito público, revelando-se muito sensível à índole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países”.⁶

⁵ Sobre um possível conceito de direitos como trunfo, cf. Ronald Dworkin, "Rights as Trumps", in Jeremy Waldron (org.), *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1984: 153-167.

⁶ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 391.

Outro âmbito importante no qual a tensão entre direito fundamental e interesse público ocupa papel central é o das chamadas “limitações ao direito de propriedade”. Nesses casos, um direito fundamental específico – o direito de propriedade – também sofre restrições, por meio de ato administrativo, com o intuito de realizar um interesse público.

O objetivo deste texto é, seguindo as trilhas dos administrativistas, dar mais atenção à encruzilhada liberdade-autoridade a partir dessa situação: a proteção de um direito fundamental individual diante do dever estatal de também proteger e realizar interesses públicos ou coletivos que possam eventualmente estar em situação de tensão, e não de harmonia, com aquele direito.

Para tanto, este texto está organizado da seguinte forma: no tópico 1, faço alguns breves esclarecimentos terminológicos; no tópico 2, por meio de uma exposição dos conceitos de poder de polícia e de limitação ao direito de propriedade, identifico como a situação de tensão que será analisada ao longo do texto – direitos fundamentais x interesses coletivos – costumava ser tratada no âmbito do direito administrativo; essa identificação levará, no tópico 3, ao debate sobre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado; os principais argumentos contra essa supremacia serão brevemente analisados no tópico 4; no tópico 5, analiso um tipo de colisão específico, que é aquele que envolve um direito fundamental e um interesse coletivo sem previsão constitucional; tendo sido rejeitada uma relação estanque entre direitos fundamentais e interesses coletivos, analiso, no tópico 6, possíveis relações não-absolutas entre eles; o tópico 7, por fim, é a conclusão do texto.

1. Esclarecimentos terminológicos: interesse público, interesse coletivo e bem comum

Não pretendo, neste texto, fazer uma distinção analítica envolvendo os conceitos de interesse público, interesse coletivo e bem comum. Não há dúvidas de que pode haver usos distintos para esses conceitos. Não é exagero afirmar, como o faz Alexy, que “é mais fácil citar exemplos de interesses coletivos do que dizer o que é um interesse coletivo”.⁷

⁷ Robert Alexy, "Individuelle Rechte und kollektive Güter", in *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 239. Ao contrário da opção feita aqui, Alexy desenvolve um detalhado conceito de interesse coletivo na obra acima citada.

Nesse mesmo sentido, Odete Medauar aponta para a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de distinguir termos como interesse público, interesse coletivo, bem comum, interesse social, dentre outros, porque esses mesmos termos são utilizados de formas diversas, às vezes como sinônimos, às vezes como apenas parcialmente coincidentes, às vezes como conceitualmente independentes uns dos outros, não apenas por diversos autores, mas também pela própria constituição.⁸

↑ 737|738 ↓

É claro que esse fato, em si, não seria uma razão definitiva para não se fazer um exercício analítico com o objetivo de fornecer distinções mais precisas entre esses termos. Isto, no entanto, só seria necessário se essa distinção também fosse imprescindível para o argumento a ser desenvolvido neste texto. Como não é esse o caso, e até mesmo por uma questão de espaço, parece-me possível aceitar um conceito de trabalho que não esteja preocupado com possíveis usos distintos desses termos. Eles – especialmente os termos interesse coletivo e interesse público – serão usados aqui como sinônimos.

O que é necessário afastar aqui desde logo é aquilo que Odete Medauar chama de princípio nominalista, que levaria a uma definição empobrecedora do conceito de interesse público, segundo a qual esse interesse seria tudo aquilo que a lei ou administração diz que é interesse público.⁹

Para os fins deste texto, interesse coletivo ou interesse público são compreendidos, de forma ampla, como interesses contrapostos a direitos individuais. Toda a análise que se segue está apoiada nesse embate. De certa forma, portanto, para os fins desse texto seria possível partir de uma distinção que guarda semelhanças com a distinção entre princípios e políticas, proposta por Dworkin,¹⁰ sem, contudo, haver uma necessidade de segui-la por completo, especialmente no que diz respeito às consequências que Dworkin tira dessa distinção. Assim, interesses coletivos seriam interesses de uma determinada comunidade (os habitantes de um

⁸ Cf. Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 175 ss. Cf. também Floriano de Azevedo Marques Neto, *Regulação estatal e interesses públicos*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 144 ss.

⁹ Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 180.

¹⁰ Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977, p. 82.

país ou de uma cidade, por exemplo), *não protegidos por direitos fundamentais*. Este último requisito é o que mais importa aqui. Em um dos exemplos que usarei abaixo, faço menção a um interesse coletivo ao bom funcionamento cotidiano de uma cidade. Não importa discutir, neste ponto, se esse interesse de fato existe. O que importa é simplesmente que, caso exista, ele não é protegido, pelo menos não em sua inteireza, por um direito fundamental. Os indivíduos não têm um direito a esse bom funcionamento, ainda que haja um interesse de todos que uma cidade funcione bem.¹¹

2. O poder de polícia e outras formas de restrições a direitos fundamentais

Ainda que, como ocorre em praticamente todos os conceitos, haja diferenças na definição do conceito de poder de polícia de autor para autor, o cerne do conceito permanece constante entre as diversas definições. A ideia de restrição a direitos fundamentais com vistas à realização de um interesse coletivo está sempre presente. Desde definições feitas nos anos 1950 e 1960 como a de Caio Tácito¹² e especialmente a de Hely Lopes Meirelles¹³, até definições de autores contemporâneos, como Odete Medauar¹⁴, em todos os casos a mesma ideia se repete. Mesmo dentre aqueles que procuram superar o próprio conceito de poder de polícia, a ideia de restrição ou limitação a direitos com o fim de realizar interesses coletivos permanece subjacente, ainda que não se utilize o termo poder de polícia.¹⁵

↑ 738 | 739 ↓

Um aspecto problemático na abordagem do direito administrativo sobre as restrições a direitos fundamentais baseadas na realização do interesse coletivo foi, durante muito tempo,

¹¹ Estou ciente de que a própria ideia do que seja “funcionar”, neste caso, é bastante abstrata. No exemplo que será usado mais abaixo ela ficará um pouco mais concreta.

¹² Cf. Caio Tácito, “O poder de polícia e seus limites”, *Revista de Direito Administrativo* 27 (1952), p. 8: “conjunto de atividades concedidas à administração para disciplinar e restringir, em nome de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”.

¹³ Cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 95: “faculdade discricionária de restringir e condicionar o uso e gozo dos direitos individuais, especialmente os de propriedade, em benefício do bem-estar geral”.

¹⁴ Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 393-394: “poder da Administração de limitar, de modo direto, com base legal, liberdades fundamentais, em prol do bem comum”.

¹⁵ Para um incisiva crítica à noção de poder de polícia, cf., por todos, Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo ordenador*, São Paulo: Malheiros, 1993.

uma certa predisposição a absolutizar o coletivo em detrimento do individual, seja no exercício do poder de polícia, seja nas limitações ao direito de propriedade. Assim, o direito administrativo brasileiro até muito recentemente, aceitava com certa naturalidade a ideia de que o interesse coletivo sempre deveria prevalecer sobre interesses individuais. O problema desse enfoque reside no fato de que interesses individuais podem ser, e muitas vezes são, garantidos por direitos fundamentais. Se isso é assim, então é menos plausível argumentar apenas com base em um certo maniqueísmo simplista, segundo o qual o indivíduo deve sempre ceder em favor da coletividade, já que uma das funções precípua dos direitos fundamentais é justamente proteger os direitos dos indivíduos contra interesses de uma determinada coletividade.

Apesar disso, o direito administrativo insistiu, durante muito tempo, na tese de que há uma supremacia do interesse coletivo ou público em face do interesse individual ou privado. Segundo Hely Lopes Meirelles, “[s]empre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objeto primacial da Administração é o *bem comum*”.¹⁶ No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “[o] princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”.¹⁷

Essa relação de primazia, ou pelo menos uma determinada visão dela, que a considera absoluta, começou a ser colocada em questão no fim da década de 1990 e, sobretudo, na primeira década do século XXI.

3. A supremacia do interesse público abalada

As ideias de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, sucintamente resumidas acima, passaram a ser intensamente questionadas. Um marco importante desse questionamento foi uma coletânea organizada em 2005 por Daniel Sarmento, intitulada *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, com textos de Alexander Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbujm,

¹⁶ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 23 (grifos no original).

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 67.

Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier.¹⁸ Contudo, um importante passo inicial desse questionamento foi dado anos antes, por Odete Medauar. Sem se conformar com uma das ideias mais consolidadas do direito administrativo de sua geração, ela preparou terreno para que os autores mencionados acima pudessem, de forma mais enfática, “questionar o conhecimento convencional e propor o novo, testando a consistência das ideias dominantes”.¹⁹

Já em 1992, Odete Medauar afirmava que a relação do interesse público com o interesse privado tendia a modificar-se, que a ideia de primazia do primeiro sobre o segundo não poderia mais ser vista como absoluta, cabendo à Administração a função de

↑ 739|740 ↓

“ponderação dos interesses em confronto”.²⁰ Pouco depois, em outra obra, confirma que o chamado princípio da primazia do interesse público sobre o interesse privado vinha sendo

“matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício 'a priori' de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado”.²¹

Em um momento em que poucos, especialmente administrativistas, recorriam à ideia de ponderação e de proporcionalidade, ambas as figuras já começavam a ser utilizadas, por Odete Medauar, como ferramenta de desconstrução da primazia absoluta do público sobre o privado. Na encruzilhada liberdade-autoridade, o sinal de “dê a preferência” para a segunda começava a ser removido.

¹⁸ Cf. Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Embora a coletânea tenha sido publicada em 2005, o texto de Humberto Ávila já havia sido publicado originalmente em 1998 (cf. Humberto Ávila, "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", *Revista Trimestral de Direito Público* 24 (1998): 159-180).

¹⁹ Luís Roberto Barroso, "Prefácio", in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. viii-ix.

²⁰ Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 183 (grifos no original).

²¹ Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 152 (grifos no original). Na primeira edição, de 1996, p. 145.

Após essa preparação de terreno, os autores mencionados acima passaram a fornecer diversos argumentos para desconstruir uma primazia eterna e absoluta do público sobre o privado. Analisarei alguns desses argumentos a seguir.

4. Argumentos contra a supremacia do interesse público

São diversos os argumentos utilizados pelos autores mencionados para colocar em xeque a supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse particular. Nos próximos subtópicos, pretendo analisar os principais deles.

4.1. Princípios, ponderação e proporcionalidade

Um primeiro argumento diz respeito à ideia de princípio. Pelo menos em uma das suas acepções, princípio é necessariamente uma norma que pode ser sopesada, que pode colidir com outra norma de mesma estrutura, prevalecendo em algumas vezes e tendo que ceder em outras.²² Diante disso, Sarmiento²³, Binenbojm²⁴ Ávila²⁵ e Schier²⁶ argumentam que um princípio da supremacia do interesse público seria uma contradição em termos, já que se há supremacia absoluta, não há como se falar em princípio, porque supremacia é algo que não é passível de ser sopesado.

↑ 740 | 741 ↓

Essa crítica pode ser interpretada de duas formas. A primeira delas depende de uma escolha teórica. De forma sucinta, ela apenas diz que não é possível haver supremacia

²² Cf., por exemplo, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 78-79; Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 50.

²³ Cf. Daniel Sarmiento, "Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional", in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 100.

²⁴ Cf. Gustavo Binenbojm, "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo", in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 143.

²⁵ Cf. Humberto Ávila, "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 184 ss.

²⁶ Cf. Paulo Ricardo Schier, "Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais", in Daniel Sarmiento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 239.

absoluta do interesse público sobre o privado porque isso não seria compatível com a própria ideia de princípio. Mas esse enfoque tem um ponto vulnerável: Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello não sustentam suas ideias com base no mesmo conceito de princípio que Sarmiento, Binenbojm e Ávila Schier. Diante disso, a crítica pode ser convertida em um simples debate terminológico sem grande relevância.²⁷ A segunda forma de entender a crítica é mais promissora. Ela não está preocupada com essa ou aquela teoria sobre normas jurídicas em geral ou sobre princípios jurídicos em particular. Ela simplesmente sustenta que não faz sentido defender uma supremacia absoluta do interesse público sobre o privado porque essa solução apriorística para a tensão entre ambos os interesses ignora as variáveis de cada caso concreto e, por isso, pode em muitos casos levar a soluções incompatíveis com a ordem constitucional brasileira. Entendida nesse sentido, essa crítica parece ser fundamental. De certa forma, essa era já a posição de Odete Medauar, mencionada acima, segundo a qual cabe à Administração não a defesa incondicional e em todos casos de uma primazia do interesse público, mas sim a função de ponderação dos interesses em confronto.²⁸

4.2. Indissociabilidade entre interesses públicos e privados

Uma segunda crítica está baseada em uma suposta indissociabilidade entre interesses públicos e interesses privados. Segundo Ávila, o “interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins”.²⁹ E vai além: o interesse público e o interesse privado “são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos”.³⁰ Em sentido semelhante sustentam todos os autores já mencionados anteriormente. Sarmiento afirma que “a correta intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a

²⁷ Para uma tentativa de sustentar a supremacia do interesse público tendo como pano de fundo, entre outros, um conceito de princípio semelhante àquele usado por Ávila, Sarmiento, Binenbojm e Schier, cf. Fábio Medina Osório, "Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?", *Revista de Direito Administrativo* 220 (2000): 69-107. Contudo, a análise de Fábio Medina Osório baseia-se em uma não justificada divisão do “princípio” da supremacia em duas faces, uma de regra, outra de princípio, sem que fique claro, ao final, o quão definitivo é esse dever-ser.

²⁸ Cf. Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 183.

²⁹ Humberto Ávila, "Repensando", p. 190.

³⁰ *Ibidem*, p. 191.

convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificam como direitos fundamentais”.³¹ Binenbojm também afirma que público e privado “colocam-se [...] em posição de irresistível vinculação”³² e Schier, por fim, também afirma que interesses públicos e privados “não se contradizem, não se negam, não se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa na realização do outro”.³³

↑ 741 | 742 ↓

Esse argumento, contudo, é mais problemático do que pode parecer à primeira vista. Duas claras fragilidades podem ser identificadas. Em primeiro lugar, é necessário questionar se o interesse público e o interesse privado são assim de fato tão indissociáveis. Parece-me que há inúmeros exemplos concretos nos quais há um verdadeiro choque entre ambos, e não uma relação harmônica. Quando um imóvel é objeto de tombamento, pode haver um claro interesse privado, do proprietário do imóvel, de que isso não ocorra, mas o interesse público vai na direção exatamente oposta. O mesmo ocorre, de forma ainda mais clara, nos casos de desapropriação, quando o interesse privado é exatamente oposto ao interesse público. A única chance de fugir desse cenário é ignorar casos concretos e analisar essas questões sempre em abstrato. Isso é o que faz Celso Antônio Bandeira de Mello, que, para o caso da desapropriação, afirma que “um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação”.³⁴ Mas esse argumento é irrelevante, já que o confronto entre o interesse público e o interesse privado não se dá nesse nível de abstração, mas no nível da decisão concreta. Mas seria no mínimo estranho que Sarmiento, Binenbojm, Ávila e Schier quisessem pautar sua análise no mesmo nível de abstração de Bandeira de Mello.

Em segundo lugar, e talvez mais importante, se de fato existe uma indissociabilidade e uma conseqüente harmonia entre público e privado – seja para afirmar que o público tem primazia, porque engloba o privado (Bandeira de Mello), seja para desconstruir qualquer

³¹ Daniel Sarmiento, "Interesses públicos vs. interesses privados", p. 81.

³² Gustavo Binenbojm, "Da supremacia do interesse público", p. 145.

³³ Paulo Ricardo Schier, "Ensaio sobre a supremacia do interesse público", p. 234.

³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 58 (grifos no original suprimidos).

primazia (Sarmiento, Binenbojm, Ávila e Schier) – então deixa de fazer sentido o recurso à ponderação e à proporcionalidade nesse âmbito. Isso, em si, não seria um problema. No caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, essa seria até mesmo a consequência mais do que natural, já que sua posição não comporta ponderações. Mas, no caso dos outros autores, a contradição fica clara: como defender, ao mesmo tempo, uma convergência e uma não-contradição entre interesses públicos e privados e, ao mesmo tempo, defender a aplicação da proporcionalidade nesse âmbito? Ora, se há convergência, se não há tensão, se o conflito é meramente aparente, se a realização de um implica a realização do outro, então não há por que nem o que ponderar, não há por que aplicar a proporcionalidade. Ponderação e proporcionalidade são técnicas de solução de conflitos e, portanto, só se pode recorrer a elas se o conflito existir.

Em outras palavras: se não se assume uma (ao menos potencial) relação de tensão entre interesses públicos e privados, não se pode recorrer à ponderação e à proporcionalidade ou, no sentido inverso, se a ponderação ou a proporcionalidade têm algum papel a cumprir, é preciso abandonar a ideia de indissociabilidade, de harmonia e de convergência entre interesses públicos e privados.

Parece-me ser esse o caminho a seguir. Como afirmado desde o início deste texto, da mesma forma que direitos individuais podem colidir entre si, pode existir – e com frequência existe – uma relação de tensão entre a garantia de um direito individual e a realização de um interesse coletivo. Essa relação de tensão pode ser menos clara no plano abstrato – razão pela qual diversos autores, de matizes teóricos e metodológicos distintos, acabaram por defender uma certa harmonia entre público e privado – mas, no plano da realização concreta desses interesses e direitos, a chance de colisão não é desprezível. Os exemplos mencionados acima – desapropriação e tombamento – não são os únicos, talvez nem os mais interessantes, já que ambos os institutos, no caso brasileiro, estão previstos

pela constituição. Mais polêmicos são os casos de restrição a direitos fundamentais com o objetivo de realizar interesses coletivos não previstos constitucionalmente. Essa situação será analisada a seguir.

5. Interesses públicos sem previsão constitucional

Com a breve análise feita nos tópicos anteriores, parece-me que ficou claro que a relação entre interesse coletivo, de um lado, e interesse individual garantido por direito fundamental, de outro, não é nem uma relação de prevalência absoluta de um sobre outro, nem necessariamente uma relação de harmonia. E é justamente a exclusão dessas duas possíveis relações entre eles que conduz o argumento a favor da aplicação da ponderação e da proporcionalidade. Essa aplicação seria impossível tanto no caso de uma relação de primazia absoluta quanto no caso de harmonia, porque ambas excluem a tensão e a abertura para resultados diversos que são características da ponderação e da proporcionalidade. Onde há trunfos ou dogmas, a ponderação é impossível, onde há harmonia, ela é desnecessária.

Daí a minha insistência em retomar a sugestão feita por Odete Medauar, ainda em 1992 – portanto bem antes desse tema atrair o interesse que hoje atrai – e que, neste ponto, transcrevo por completo:

“Tende a modificar-se também o entendimento de sacrifício de um interesse em benefício de outro, ou de primazia de um sobre outro interesse. Cogita-se hoje da função atribuída à Administração de *ponderação dos interesses* em confronto; 'o princípio é o da não sacrificabilidade a priori de nenhum interesse’”.³⁵

Aqui, fica clara não somente a ausência de primazia, mas também que a harmonia é um objetivo e não um dado preexistente. E a busca pela harmonia passa, como fica também claro, pela ideia de ponderação e, é possível complementar, também pela ideia de proporcionalidade.

³⁵ Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 183. (a parte final é citação de Giorgio Piva, “L'amministratore pubblico nella società pluralista”, in VVAA., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, v. 2, Milano: Giuffrè, 1988, p. 501).

Neste ponto, a sugestão de Odete Medauar é seguida, implícita ou explicitamente,³⁶ pelos autores mencionados acima, a despeito da contradição apontada no tópico anterior. Todos eles, como já foi salientado, recorrem à proporcionalidade como forma de superar a tensão entre interesse público e interesse privado. Uma dúvida que, contudo, persiste, é aquela relacionada ao nível hierárquico dos interesses envolvidos. Quando se fala, neste texto, em interesse privado ou individual, o que se tem em mente é sempre um interesse protegido por um direito fundamental. Trata-se, portanto, de um interesse garantido constitucionalmente. Como mencionado acima, diversos interesses coletivos também são garantidos constitucionalmente. Mas nem sempre isso é assim. Não são poucas as colisões entre direitos fundamentais, de um lado, e interesses coletivos sem assento constitucional, de outro.

Sarmento argumenta que, nesses casos, o interesse público não pode prevalecer sobre o interesse privado, nos seguintes termos: “a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura

↑ 743|744 ↓

constitucional [...]. Do contrário, admitir-se-ia que interesses de nível legal ou infralegal comprometessem a tutela de direitos constitucionais, o que não só afrontaria o princípio da supremacia da Constituição, como também causaria significativa debilitação ao regime de proteção dos direitos fundamentais”.³⁷

A ideia de que apenas interesses de mesma hierarquia formal podem colidir ou, em outras palavras, a ideia de que, no caso da colisão de princípios, também vale o critério “norma superior derroga norma inferior”, apesar de intuitiva, não parece ser capaz de resolver vários casos cotidianos. Um exemplo pode ser aqui ilustrativo: vamos supor que uma medida estatal prescreva que o exercício do direito de reunião na Avenida Paulista, a principal via da cidade de São Paulo, deve ser harmonizado com a fluidez do trânsito e que, por isso, manifestações nessa avenida podem, como regra geral, ocupar apenas metade das

³⁶ Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm são dois dos autores que fazem referência explícita à obra de Odete Medauar (cf. Daniel Sarmento, "Interesses públicos vs. interesses privados", p. 26, nota 9; Gustavo Binenbojm, "Da supremacia do interesse público", p. 150, nota 56).

³⁷ Daniel Sarmento, "Interesses públicos vs. interesses privados", p. 95.

faixas de trânsito. Temos aqui uma relação de tensão entre o exercício do direito individual (ainda que manifestado coletivamente) a se reunir em local aberto ao público (constituição, art. 5º, XVI) e um interesse coletivo na fluidez do trânsito e no funcionamento cotidiano da cidade.

A primeira pergunta a ser respondida é se esse interesse é garantido constitucionalmente. Seria possível argumentar que o que colide com o exercício do direito de reunião (art. 5º, XVI) não é um interesse coletivo, mas outro direito fundamental, a liberdade de locomoção (art. 5º, XV). Não há dúvidas de que, se se parte de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, a liberdade de locomoção é um direito que está envolvido nessa questão.³⁸ Mas esse direito fundamental não é suficiente para descrever por completo o interesse que exerce pressão no sentido contrário ao de um direito de reunião ilimitado. Se a colisão fosse exclusivamente entre esses dois direitos, teríamos um resultado claro: o direito de reunião deveria prevalecer sempre, de forma absoluta, já que o que se restringe da liberdade de locomoção nesse caso concreto (estar impedido de trafegar, por algumas horas, por uma única via da cidade) é tão pouco que dificilmente seria capaz de justificar alguma restrição ao direito de reunião. Assim, caso seja possível alguma restrição nesse sentido, é porque, ao lado do direito individual à liberdade de locomoção, há um interesse coletivo, difuso e sem assento constitucional, ao funcionamento cotidiano de uma cidade. Caso contrário seria necessário aceitar a possibilidade de que essa avenida pudesse ser interditada 365 dias por ano em razão da realização de manifestações. A impossibilidade de manifestações diárias na mesma rua faz com que fique claro que o que está em jogo, ainda que ao lado de um direito individual à livre circulação, é um interesse coletivo – sem assento constitucional – ao funcionamento cotidiano da cidade.³⁹

Há exemplos ainda mais claros. A definição de “áreas de segurança”, muito comum no entorno de órgãos dos três poderes, é um deles. No caso do estado de São Paulo, a definição dessas áreas de segurança, que implicam restrições a direitos fundamentais como a liberdade

³⁸ Sobre o conceito de suporte fático amplo, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, pp. 94 ss.

³⁹ Uma alternativa para justificar essa impossibilidade sem admitir a presença de um interesse coletivo sem assento constitucional seria por meio do recurso ao conceito de abuso de direito. Nesse caso, contudo, sairíamos do âmbito de uma teoria externa e, conseqüentemente, o próprio recurso à proporcionalidade

de locomoção e o direito de reunião, em nome de um interesse sem clara garantia constitucional, é feita por meras resoluções da secretaria de segurança pública.

↑ 744|745 ↓

6. Uma precedência do individual sobre o coletivo?

Os exemplos acima mostram situações nas quais um interesse coletivo restringe um direito fundamental. Como já ficou claro até aqui, as colisões entre direitos fundamentais e interesses coletivos não têm uma solução *a priori*,⁴⁰ estando abertas para diversos resultados, conforme as variáveis de cada caso concreto. Diante disso, ou seja, diante do afastamento da ideia de que algum dos lados da tensão tem prevalência absoluta, é possível imaginar três constelações possíveis: ou há uma precedência relativa (ou *prima facie*) dos interesses coletivos sobre os individuais; ou há uma precedência relativa (ou *prima facie*) dos interesses individuais sobre os coletivos; ou não há precedência de nenhuma ordem.

A partir da contraposição feita no início deste texto, segundo a qual interesses coletivos seriam interesses de uma determinada comunidade *não protegidos por direitos fundamentais*, parece plausível sustentar que uma precedência, ainda que *prima facie*, de interesses coletivos em detrimento de direitos individuais seria difícil de ser sustentada em face do texto constitucional e da ideia de que uma das funções dos direitos fundamentais é justamente a de servir de proteção contra interesses conjunturais de uma determinada coletividade.

Já a inexistência de qualquer precedência é a situação padrão quando estão envolvidos apenas direitos fundamentais, em ambos os lados da colisão. É justamente a inexistência de precedências que garante uma liberdade aos poderes políticos, especialmente ao legislador, para tomar decisões em casos nos quais não há certeza sobre as variáveis em jogo ou sobre que lado da colisão reúne os melhores argumentos a seu favor. Embora nem sempre explicitamente, parece ser essa a opção de Binbenojm, Ávila e Schier.

deixaria de fazer sentido. Para mais detalhes a esse respeito, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais*, p. 128.

⁴⁰ Cf. Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, p. 152; Odete Medauar, *O direito administrativo em evolução*, p. 183.

Alguns autores defendem uma precedência *prima facie* dos direitos individuais em face de interesses coletivos. Como salienta Alexy, o indivíduo deve ser levado a sério enquanto indivíduo.⁴¹ Segundo ele, “o conceito de levar a sério não implica uma impossibilidade de que posições individuais sejam eliminadas ou restringidas em favor de interesses coletivos, mas implica que, para que isso ocorra, deve haver uma fundamentação suficiente”.⁴² De forma mais explícita: “Não se está diante de uma fundamentação suficiente para uma eliminação ou uma restrição quando, em um caso de colisão, é incerto se as melhores razões militam a favor do direito individual ou do interesse coletivo, ou quando em um caso de colisão é certo que para ambos podem ser aduzidas razões igualmente boas”.⁴³

Há autores, contudo, que sustentam que negar a supremacia absoluta do interesse coletivo, ou defender que a tensão entre coletivo e individual deve ser solucionada por meio de ponderação e proporcionalidade, ou, até mesmo, inverter as variáveis e defender uma precedência – nesse caso não absoluta, mas apenas *prima facie* – dos direitos individuais em face de interesses coletivos implicaria uma defesa de “ideais do neoliberalismo”⁴⁴ e

↑ 745|746 ↓

que haveria uma substituição do interesse público pela razoabilidade, que levaria à “sutil, mas relevante e deletéria, consequência de retirar do Estado a legitimidade para atuar em prol da coletividade e do bem comum”.⁴⁵

Não pretendo aqui discutir o que significa exatamente “ideais do neoliberalismo”. Minha análise vai se concentrar na tese mencionada acima, segundo a qual a simples não-

⁴¹ Cf. Robert Alexy, "Individuelle Rechte und kollektive Güter", p. 260.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem. No mesmo sentido, cf. Daniel Sarmento, "Interesses públicos vs. interesses privados", p. 103 e 115. Cf. também Humberto Ávila, "Repensando", p. 187. Ávila, contudo, embora mencione a proposta de Alexy, não adere explicitamente a ela, razão pela qual mencionei seu nome acima como um autor que tenderia a defender a não existência de precedências – nem absolutas, nem *prima facie* – no embate entre direitos fundamentais e interesses coletivos.

⁴⁴ Nesse sentido, cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo", in Maria Sylvia Zanella Di Pietro & Carlos Vinícius Alves Ribeiro (orgs.), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2010, pp. 99 ss.; Gustavo Assed Ferreira, "A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular", in Thiago Marrara (org.), *Princípios de direito administrativo*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 447.

⁴⁵ Gustavo Assed Ferreira, "A legitimidade do Estado", p. 447.

aceitação de uma supremacia absoluta do interesse coletivo teria como consequência necessária um absentismo estatal, por retirar do Estado a legitimidade para atuar em prol da coletividade e do bem comum. Essa hipótese simplesmente não faz sentido, especialmente (1) porque, como se viu até aqui, não se substitui o interesse coletivo pela razoabilidade ou pela proporcionalidade: esta última substitui, na verdade, a precedência absoluta do lado autoridade em face da liberdade; e (2) porque o Estado continua a ter não apenas legitimidade, mas também *o dever* de atuar em prol da coletividade e do bem comum; o que o Estado não pode é supor que o interesse da coletividade é sempre, em todo e qualquer caso, mais importante do que a realização de direitos fundamentais individuais. Como já foi dito acima, uma das principais funções dos direitos fundamentais é justamente a de proteger o indivíduo contra a imposição irresistível e absoluta de uma determinada noção de bem comum.

Como também já foi visto acima, se há uma precedência dos direitos fundamentais em face do interesse coletivo, ela é apenas *prima facie*, ou seja, vale apenas nos casos de dúvida ou nos casos de razões igualmente boas para cada lado em disputa. Se há razões suficientes para a realização de um interesse coletivo, mesmo que isso implique a restrição de um direito individual, então o interesse coletivo deve prevalecer. O que há, portanto, é um claro ônus argumentativo que precisa ser levado a sério caso se pretenda restringir direitos fundamentais para a realização de interesses coletivos, um ônus argumentativo que, então, é maior do que aquele presente nos casos de restrição que envolvem apenas direitos fundamentais, em ambos os lados da colisão.⁴⁶

Portanto, a relativização da supremacia do interesse público e até mesmo a definição de uma precedência *prima facie* dos direitos individuais não impede a ação estatal na realização de interesses públicos e coletivos. Além disso, dar preferência a direitos fundamentais não

⁴⁶ Especialmente porque, nesses casos, quando há razões igualmente boas para ambos os lados, o poder público tem a liberdade de definir que lado prefere realizar naquele dado caso, naquele dado momento. Nesse sentido, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision", *Oxford Journal of Legal Studies* 31: 2 (2011), pp. 297 ss.

parece guardar qualquer relação com os “ideais do neoliberalismo”. Pelo contrário, parece-me que essa preferência é uma exigência constitucional.⁴⁷

↑ 746|747 ↓

7. Conclusão

É possível, aqui, sedimentar algumas conclusões da análise feita neste texto. Em primeiro lugar, não há uma supremacia do interesse público sobre o interesse individual, ao menos não quando este último é protegido por direito fundamental. Em segundo lugar, tampouco há uma relação necessária de harmonia entre esses interesses, havendo inúmeras situações concretas nas quais a relação é claramente de tensão. Em terceiro lugar, na luta por primazia em cada caso concreto, não apenas interesses coletivos com claro assento constitucional podem entrar em choque com direitos fundamentais, mas também interesses coletivos não previstos pela constituição. Por fim, tendo como base uma constituição que tem como cerne a garantia de direitos, é possível afirmar que há, na verdade, uma precedência *prima facie* dos direitos fundamentais em face de interesses coletivos contrapostos.

Nessas conclusões, como se percebe, os termos liberdade e autoridade não aparecem. A expressão “encruzilhada liberdade-autoridade” foi aqui usada como um mote para a análise. Como se mencionou no início, trata-se de expressão usada por Odete Medauar.⁴⁸ Ela serviu de mote aqui sobretudo porque, no âmbito do direito administrativo, a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos frequentemente ocorre quando a ação da administração pública (*autoridade*) com vistas à realização de um interesse coletivo restringe um direito fundamental, que é, quase sempre,⁴⁹ um direito de *liberdade*. Mas é certo que o embate que

⁴⁷ Embora os exemplos que utilizo aqui digam respeito quase sempre a direitos de liberdade, a expressão direitos fundamentais, utilizada no texto, inclui também os direitos sociais. O mesmo vale quando se fala em direitos individuais. Para uma breve discussão sobre a caracterização dos direitos sociais como direitos individuais, cf. Virgílio Afonso da Silva, "Soziale Grundrechte als Optimierungsgebote, ihre Subjektivierung und Justitiabilität: eine Untersuchung anhand von empirischen Prämissen", in Laura Clérico & Jan-Reinard Sieckmann (orgs.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2009: 165-182. (há tradução espanhola: Virgílio Afonso da Silva, "Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivización y justiciabilidad un análisis empírico", in Laura Clérico, Jan-R. Sieckmann, & Daniel Oliver-Lalana (orgs.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada: Comares, 2011: 199-218).

⁴⁸ Cf. nota de rodapé 6, acima.

⁴⁹ Mas sempre tendo em mente a explicação da nota 47, acima.

foi o cerne da análise deste texto – direitos fundamentais x interesses coletivos – pode se manifestar de diversas formas, seja no âmbito legislativo, seja no âmbito administrativo, seja com direitos de liberdade, seja com direitos sociais, seja com interesses coletivos previstos constitucionalmente, seja com interesses coletivos sem assento constitucional.

Como afirmei no início do texto, esse embate entre direitos fundamentais e interesses coletivos foi, durante muito tempo, objeto mais da análise dos administrativistas do que dos constitucionalistas, que se preocupavam mais com o embate de direitos entre si. E, como foi dito no início deste texto, o crescimento vertiginoso da produção dos constitucionalistas sobre ponderação e proporcionalidade não mudou muito esse cenário: nós continuamos a nos ocupar sobretudo com o embate entre direitos, deixando em segundo plano a discussão sobre a inclusão, no processo de ponderação e de aplicação da proporcionalidade, de interesses coletivos não protegidos diretamente por direitos. Foi apenas com uma nova geração de publicistas – que inclui tanto constitucionalistas quanto administrativistas – que esse cenário passou a se modificar.⁵⁰ Parafraçando o título do livro de Odete Medauar, o direito público está em clara evolução.

⁵⁰ Cf. nota de rodapé 17, acima.