

estatal como atividade que pode viciar'. Tal caracterização, contudo, é anômala quando aplicada a produtos como bebidas alcoólicas, loterias, jogos de cartas, etc., que podem ser desenvolvidas no mercado livremente. Por essas razões, o rótulo de 'capaz de viciar' não acompanhado pela correspondente proibição da atividade comercial é incapaz de justificar a regulação dos discursos comercial sobre a atividade".³⁹

Com a análise dessa exemplar decisão da Suprema Corte Norte-Americana à luz da metodologia de aplicação do Direito acima exposta, acreditamos ter demonstrado a enorme fragilidade dos argumentos não-institucionais (saúde pública, moral pública, produtos que podem viciar, necessidade de redução do consumo, as políticas públicas governamentais, etc.) diante dos argumentos institucionais, ligados diretamente ao texto das regras jurídicas, como imperativo de uma sociedade democrática e onde prevaleça a segurança jurídica dos cidadãos e investidores, que não podem ficar sujeitos à permanente ameaça da invocação de uma "supremacia do interesse público", que remete a paradigmas publicistas otocentristas já felizmente superados.

Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional

Daniel Sarmento

"Contra a Pátria não há direitos."
(placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge dos "anos de chumbo"¹)

1. Introdução

O presente estudo volta-se para análise dos conflitos entre interesses públicos e privados no ordenamento brasileiro. Buscar-se-á, em primeiro lugar, mostrar, com aportes da filosofia constitucional e da teoria dos direitos fundamentais, que o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não constitui critério adequado para resolução destas colisões. Em seguida, sugeriremos alguns caminhos alternativos, que nos parecem mais adequados à ordem constitucional brasileira e mais consonantes com os princípios humanistas a ela subjacentes.

Como se sabe, a doutrina nacional alude freqüentemente ao referido princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o particular, ao qual atribui importância capital na definição do regime jurídico-administrativo. Tal princípio é empregado para justificar uma série de

39 Suprema Corte Norte-Americana, *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, apud O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics: civil rights and civil liberties*, Volume Two, 4ª edição, Norton & Company, New York, p. 552.

* Procurador Regional da República, Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado). Professor de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ.
1 Cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 17.

prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade, como a imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a auto-tutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, para citar apenas alguns exemplos. Deste princípio decorreria a veracidade das relações travadas entre Administração Pública e administrados, caracterizada pelo desequilíbrio, sempre em favor do Estado.

De acordo com o grande publicista Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão,

*"Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados."*²

O ilustre jurista da PUC/SP definiu o interesse público como "o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade".³ Neste ponto, valeu-se da lição de Renato Alessi para distinguir o interesse público primário do interesse público secundário: o primeiro identificar-se-ia com os interesses gerais da coletividade, ao passo que o segundo corresponderia aos interes-

ses particulares que o Estado possui, como pessoa jurídica, e não como encarnação da vontade coletiva, e que não se revestiriam de supremacia em relação aos interesses dos particulares.⁴

Hely Lopes Meirelles percorreu trajetória similar, embora de forma mais sintética, ao destacar a supremacia dos interesses públicos em face dos privados e apresentá-la como fundamento de privilégios e prerrogativas desfrutadas pela Administração. Para o falecido mestre, "sempre que *entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primordial da Administração é o bem comum*".⁵

Fábio Medina Osório apresentou também uma densa defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre os particulares na ordem constitucional brasileira.⁶ Para ele, tratar-se-ia de princípio implícito, que poderia ser inferido seja da "direção teleológica da atuação administrativa", constitucionalmente orientada para a promoção do bem comum e não para a proteção de interesses privados, seja da tutela conferida pela Lei Maior a bens e valores coletivos, que não só reclamam proteção estatal, como também justificam restrições a direitos individuais. Sem embargo, é importante destacar que o autor gaúcho não emprestou à supremacia do interesse público dimensão absoluta, reconhecendo, ao contrário, a inviabilidade do reconhecimento de "um tal princípio (...) que, de antemão, nas relações do Estado com os particulares, determinasse a invariável preponderância dos interesses públicos em detri-

⁴ *Op. cit.*, p. 57.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. "Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?". In: RDA 220: 69-107, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*.

São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

³ *Op. cit.*, p. 53

mento dos interesses privados, em todas as hipóteses de conflitos e colisões e de forma radical e absoluta".⁷

Contudo, de um tempo para cá, vozes autorizadas vêm se levantando na doutrina para contestar a existência do princípio em pauta,⁸ ou para dar a ele uma nova formulação,⁹ mais compatível com os direitos fundamentais do

7 Op. cit., p. 81

8 Vide, em especial, ÁVILA, Humberto Bergmann. "Repensando o Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 99-127. NEGREIROS, Teresa. "Dicotomia Público/Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 337-375; BINENBOM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo Brasileiro*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos v. Interesses Privados*. Rio de Janeiro: Lumen Jurs, 2005; ARA-GÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 136-139; BAPTISTA, Patricia. *Transformações no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 181-219; SCHIET, Paulo Ricardo. "Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais". In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais nº 02: 55-72*. Curitiba: Unibrasil, 2003; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 39-47.

9 Nessa linha, destaca-se o magistério de Odete Medauar que, apesar de reconhecer a vigência do princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular, afirmou que ele "vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação de interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra o sacrifício a priori de nenhum interesse" (*O Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 5ª ed., 2001, p. 153).

Vale registrar também o posicionamento de Juarez de Freitas que, ao invés de referir-se ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, prefere falar apenas em "princípio do interesse público". O mestre gaúcho, embora ressaltando que o princípio em questão prescreve que "em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada", não deixou de consignar que o "princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais" (*O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 34-36).

administrado e o estatuto axiológico do Estado Democrático de Direito. E, como já afirmamos antes, nosso propósito no presente ensaio é o de juntarmos-nos ao coro destes autores, não só porque divisamos uma absoluta inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, como também pelos riscos que sua assunção representa para a tutela dos direitos fundamentais. Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos. Tentaremos, enfim, demonstrar que a cosmovisão subjacente ao princípio em debate apresenta indistigáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana.

Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise¹⁰ no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. Neste quadro, a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações. O interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das "razões de Estado", postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momen-

10 Sobre a crise do conceito de interesse público, veja-se, em especial, MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

to como o que o mundo hoje vivencia desde o 11 de Setembro, em que a exacerbção do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade.

Porém, no trato do tema é recomendada redobrada cautela. Se, de um lado, a subordinação dos direitos individuais ao interesse coletivo pode ser a ante-sala para totalitarismos de variados matizes, do outro, a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum. Ademais, a tese da superioridade incondicional dos direitos individuais diante dos interesses da coletividade parece assentar-se sobre premissa antropológica distorcida, própria a um superado individualismo liberal-burguês, que via nas pessoas humanas seres isolados e desenraizados, verdadeiras "mônadas ensimesmadas" de acordo com a conhecida crítica de Karl Marx.

Até porque, é importante não perder contato com a realidade de um Brasil com costumes políticos e administrativos ainda anacrônicos, que tem dentre as suas mais perniciosas disfunções a confusão perene entre o público e privado, caracterizada pela gestão da *res publica* por agentes estatutais como se privada fosse. Neste quadro, torna-se recomendável adotar postura de precaução na abordagem da nossa questão, para que a destronção de um princípio que, mal ou bem, valoriza o interesse público, não possa converter-se num novo adubo para o nosso crônico patrimonialismo.¹¹

Por tudo isso, buscaremos não só questionar a existência de um princípio da supremacia do interesse público no direito brasileiro, contribuindo, quem sabe, com algumas

11 Sobre o "patrimonialismo" veja-se a lição clássica de HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 141-151, e ainda o capítulo final de FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*, v. 2, 8ª ed., Rio de Janeiro: Globo, 1989, intitulado "Viagem redonda: do patrimonialismo ao estamento", pp. 729-750.

notas para o esperado réquiem deste malfadado princípio, como também – tarefa muita mais árdua – traçar, ainda que em pinceladas rápidas e um tanto "impressionistas", uma proposta alternativa para solução das colisões entre interesses públicos e privados. Mãos à obra...

2. Público e Privado no Passado e no Presente

Uma das grandes dicotomias¹² sobre as quais se erigiu o pensamento político e social foi exatamente a distinção entre público e privado. Esta clivagem deu origem, por sua vez, a clássica *summa divisio*, que desdobra o Direito em Direito Público e Direito Privado, cujas origens remontam ao *Corpus Iuris Civilis* romano.¹³

É certo que os conceitos de público e privado estão mergulhados na cultura, tendo variado substancialmente no tempo e no espaço, e não é o propósito deste estudo aprofundar o exame da trajetória destas idéias, nem elaborar, a propósito delas, nenhuma teoria inovadora.¹⁴ O que se almeja demonstrar neste item é que as fronteiras entre o

12 A expressão é de BOBBIO, Norberto, em conhecido artigo intitulado "A grande dicotomia: público/privado". In: *Estado Governo, Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1992, pp. 13-31.

13 No Digesto, que integra o *Corpus Iuris Civilis*, D. 1.1.1.2, encontra-se a seguinte definição lapidária: "*Direito Público é o que se volta ao estado da res Romana, Direito Privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, enguanto tais*", apud FACCHINI NETO, Eugênio. "Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 11-60, p. 14.

Veja-se uma análise do emprego desta dicotomia em Roma em COUJO E SILVA, Almir. "Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas". In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 74-110, especialmente pp. 75-85.

14 Confira-se, a propósito, a densa digressão de ARENDT Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Matoso. 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, especialmente pp. 31-88.

público e o privado são extremamente móveis e instáveis, e que a prioridade atribuída a cada um dos elementos do par também oscila ao sabor das mutações políticas e cosmóvivas.¹⁵ Ao fim, tentaremos comprovar que esta dicotomia não traduz critério legítimo para solução dos conflitos de interesses surgidos na sociedade contemporânea.

Costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política. Já o privado corresponde ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da *polis*, que não concernem à sociedade em geral, mas a cada um, como indivíduo. De acordo com a bela metáfora de Nelson Saldanha, público e privado seriam "o jardim e a praça",¹⁶ cada um com princípios e lógicas próprias.

Ao longo do tempo, três principais critérios foram propostos para demarcar os campos pertinentes ao Direito Público e Privado: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo.¹⁷

- 15 Em sentido parcialmente contrário, Gustav Radbruch afirmou sua crença no caráter apriorístico dos conceitos de Direito Público e Privado, que, segundo ele, poderiam ser derivados do próprio conceito, também a priori, de Direito. De acordo com o jurista alemão, "Os conceitos de direito público e direito privado não são conceitos de direito positivo que possam ser ou deixar de ser utilizados por qualquer ordem jurídica ou sistema de direito positivo. Antecedem, por força de uma necessidade lógica, toda e qualquer experiência das coisas do direito e condicionam-na (...). Somente a relação entre os dois, numa escala hierárquica de valores e que se acha sujeita às flutuações da história e às diversas valorações características das diferentes concepções do mundo e da vida" (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979, pp. 251-253).
- 16 A metáfora constitui o título de um livro de sua lavra: SALDANHA, Nelson. *O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. Cf. ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 140-162.

Para o primeiro, o Direito Público corresponderia às matérias em que se manifestasse uma preponderância dos interesses públicos, ao passo que ao Direito Privado caberia a disciplina das questões que tocariam mais diretamente aos indivíduos, restando num segundo plano os interesses da coletividade. Porém, este critério de separação entre Direito Público e Privado pode ser contestado por várias razões. Em primeiro lugar, porque no Estado de Direito, que se baseia em perspectiva *ex parte populi* das relações políticas, o Direito Público deve pautar-se pelo respeito aos interesses privados do cidadão, sobretudo dos que se qualificam como direitos fundamentais. Daí porque, como será explorado mais adiante, parece incorreto definir o Direito Público como espaço de prevalência do interesse público em face do individual. E, por outro lado, nos ramos que costumam ser localizados no interior do Direito Privado, como o Direito Civil e o Direito Empresarial, abundam hoje as normas de ordem pública, que limitam e condicionam interesses individuais em proveito de valores e interesses coletivos.

Como ressaltado acima, outro critério relevante empregado para distinguir o Direito Público do Privado diz respeito à natureza das relações estabelecidas pelos sujeitos em cada um destes campos: no Direito Público, relações de autoridade e subordinação entre o Estado e o cidadão; no Direito Privado, relações de paridade e de coordenação, travadas por agentes em situação de igualdade. Não obstante, este critério pode igualmente ser objetado, diante da constatação de que as relações travadas por particulares são freqüentemente caracterizadas por profundas desigualdades fáticas, encontrando-se o poder e a dominação capilarizados por múltiplas instâncias em que personagens estatais não se fazem presentes. Ademais, tal critério peca também por basear-se numa visão que guarda resquícios do Estado Absoluto, ao qualificar a relação entre cidadão e

Estado como uma relação de subordinação. Não bastasse, ele abstrai da tendência contemporânea à consensualidade nas relações travadas entre a Administração Pública e os administrados.¹⁸

Já o critério subjetivo afirma que o Direito Público é aquele em cujas relações jurídicas figura sempre o Estado, enquanto o Direito Privado é o ramo do ordenamento em que os poderes públicos não se fazem presentes. Mas tal critério pode ser objetado por várias razões. Primeiramente, porque se constata que são tradicionalmente inseridas no âmbito do Direito Privado relações em que o Estado necessariamente comparece (e.g., registros públicos). Ademais, ele ignora o fenômeno da "fuga para o Direito Privado" da Administração contemporânea, bem como o fato de que o Direito Constitucional – desde sempre qualificado como ramo do Direito Público – disciplina hoje também relações privadas.¹⁹

Mas, independentemente da fragilidade das justificativas da *summa divisio*, e da incerteza e da mobilidade dos confins de cada elemento da idade, o certo é que ela continua bem arraigada no pensamento jurídico contemporâneo.

¹⁸ Sobre a consensualidade na Administração Pública, veja-se MOURIRA NETO, Diogo de Figueiredo, "Administração Pública Consensual". In: *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 37-48.

¹⁹ Há várias outras propostas de critérios que não lograram tão ampla aceitação. Muito peculiar, por exemplo, é a distinção elaborada por Emanuel Kant. Para o filósofo de Königsberg, a diferenciação não poderia basear-se em critérios empíricos, mas sim na respectiva fonte do direito. Assim, para ele, todo o direito proveniente de fonte estatal é público (inclui-se ramos jurídicos sempre situados nos confins do Direito Privado, como o Direito Civil). Para Kant, Direito Privado é aquele que independe do Direito Civil). Para Kant, Direito Privado é aquele que independe do Estado, ou seja, o Direito Natural, vigente no Estado da Natureza. Vide, a propósito, BOBBIO, Norberto, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fayt. 4ª ed., Brasília: Ed. UNB, 1997, pp. 83-87.

neo, como se pode perceber até pelo currículo das faculdades de Direito.

De todo modo, o importante é que, ao longo da história, o pêndulo tem oscilado no sentido da priorização ora da dimensão pública da vida humana, ora da privada. Na Grécia Antiga, por exemplo, o que se considerava importante era a vida pública do cidadão, através da sua participação política na definição dos destinos da sua comunidade. A liberdade para os gregos era a possibilidade de tomar parte nos negócios públicos da *polis* e de exercer influência sobre as decisões coletivas tomadas na *agora*, inexistindo liberdades privadas, que protegessem os indivíduos das intrusões das autoridades políticas.²⁰ Sob esta perspectiva, o Homem era concebido, essencialmente, como o animal político (*zoon politikon*), como afirmou Aristóteles,²¹ e que, como tal, só poderia realizar-se como ser humano na vida pública. Naturalmente, isto privava de humanidade todos aqueles excluídos da esfera pública, como as mulheres, os escravos e os metecos. A comunidade política era considerada anterior e superior ao indivíduo, que não representava mais do que uma parte dela; um órgão componente de uma estrutura mais elevada que o sobrepunjava e absorvia.

Já na Idade Média opera-se uma completa inversão. Trata-se de um período em que o público é praticamente

²⁰ Veja-se, à propósito, GOULANGES, Fustel de A *Cidade Antiga*. Trad. Fernando de Aguiar. 3ª ed., Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1954, pp. 345-352, bem como JAEGER, Werner. *Paideia: A Formação do Homem Grego*. Trad. Arthur M. Parreira. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, pp. 16-18.

²¹ Como bem destacou Marcelo Campos Galuppo, a célebre frase de Aristóteles não visava expressar a realidade, de resto óbvia, de que o ser humano é essencialmente gregário. Muito mais do que isso, o que o Esagrita queria de fato afirmar é que "somente aquele que participa da vida política, ou seja, somente o cidadão, merece ser chamado de homem, e, consequentemente, somente ele assume integralmente a dignidade de homem (*anthropos*)" (GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 43).

engolfado pelo privado, sobretudo pelo fato de que as relações de dominação feudal que então se desenvolviam tinham sua origem e fundamento na propriedade territorial, instituição de caráter eminentemente privado.²² A prevalência do privado sobre o público não se explicava aqui pelo individualismo, cujo florescimento dar-se-ia apenas séculos depois, com o advento do Renascimento e da Ilustração. Ela devia-se antes ao sistema econômico feudal, como mencionado, e também ao exacerbado pluralismo político, caracterizado pela ausência de poderes soberanos e pela completa dispersão da autoridade por múltiplas instâncias como a Igreja, o Império, os senhores feudais, as corporações de ofício, as cidades, etc.

Com o advento do Estado Moderno, na sua feição inicial absolutista, a relação entre público e privado torna-se mais complexa. Por um lado, a identificação física entre o Estado e a figura do monarca (recorde-se a frase famosa de Luís XIV), impunha uma lógica privada sobre o domínio das relações políticas. As próprias instituições de que se valia o Estado para estruturar-se eram hauridas do Direito Privado. Tome-se como exemplo as funções públicas no *Ancien Régime* francês, que eram compradas do Estado pelos seus titulares, para incluírem-se doravante nos res-

pectivos patrimônios pessoais, podendo ser alienadas ou transmitidas hereditariamente.²³ Mas, por outro lado, a incontrastabilidade do poder estatal, encarnada na idéia de soberania, já implicava no predomínio da autoridade pública sobre a vontade dos particulares. A concentração de poder, e a subsequente monopolização do uso legítimo da força física são combustíveis de uma guinada para o lado "público" da nossa grande dicotomia. Na mesma senda, a cristalização, a partir de Maquiavel, da idéia que "razões de Estado" poderiam justificar, em nome da manutenção da ordem e da segurança, até o recurso à extrema violência e ao engodo contra os governados, é representativa de uma cosmovisão que privilegia o público em detrimento do privado.

De qualquer forma, pode-se dizer que uma separação mais nítida entre as esferas pública e privada só se delineia após o advento do Estado Liberal, que foi erigido na Europa Ocidental e nos Estados Unidos após as Revoluções Burguesas do século XVII (inglesa) e XVIII (norte-americana e francesa).²⁴

Com efeito, o Estado Liberal baseou-se numa rígida separação entre Estado e sociedade. O Estado deveria cuidar da segurança interna e externa, protegendo a propriedade privada, mas não lhe cabia intervir nas relações tratadas no âmbito da sociedade. Nesta, indivíduos, formalmente igualizados após a abolição dos privilégios estamentais, perseguiriam livremente os seus próprios interesses privados, ao abrigo das interferências do poder público.

22 Jürgen Habermas chega a afirmar que, na Idade Média, não fazia sentido a distinção entre esfera privada e pública. Segundo ele, "uma esfera pública no sentido de um campo separado distinto da esfera privada não existiu na sociedade feudal" (*a public sphere in the sense of a separate realm distinguished from the private sphere cannot be shown to have existed*) (HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Trans. Thomas Burger. Cambridge: MIT Press, 1991, p. 07). Citando Otto Bruner, Habermas afirma que na Idade Média "os poderes privados e públicos estão tão fundidos numa unidade indivisível que ambos eram (...) inseparáveis da terra e podem ser tratados como legítimos direitos privados" ("private and public powers are so fused together into an indivisible unity that both are [...] inseparable from the land and can be treated like legitimate private rights") (Op. cit., p. 06).

23 Cf. COUTO E SILVA, Almir. Op. cit., p. 86.

24 Sobre o Estado Liberal, pedimos vênia para remeter ao nosso artigo "Os Direitos Fundamentais nos Paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-Modernidade Constitucional?)". In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Crises e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey 2004, pp. 375-414, pp. 377-386.

Itava-se, em suma, de limitar juridicamente o poder do Estado em prol da liberdade dos governados, seja através de mecanismos institucionais de contenção, como a separação dos poderes, seja pela garantia de uma esfera individual intangível, identificada pelos filósofos iluministas como representativa de direitos naturais e pré-políticos. Na síntese de Carl Schmitt, o Estado Burguês de Direito, que expressava os valores do liberalismo, foi construído a partir de dois princípios básicos: um princípio de distribuição e um princípio de organização. Como destacou o constitucionalista, "o princípio de divisão – liberdade do indivíduo em princípio limitada, poder do Estado em princípio limitado – encontra a sua expressão em uma série de direitos de liberdade ou direitos fundamentais", enquanto "o princípio de organização está contido na teoria da separação dos poderes (...) que atua no interesse do controle recíproco e da limitação destes poderes."²⁵

Esta separação entre público e privado tornava a economia um campo infenso à intervenção estatal. À "não invisível" do mercado caberia equacionar todos os problemas sociais, competindo ao Estado tão-somente proteger a acumulação e circulação de riquezas, operada espontaneamente pelas forças econômicas na sociedade. Pensava-se no mercado como se ele fosse uma instituição natural, pré-política, independente de qualquer ação governamental – visão distorcida, tendo em vista que o mercado só viceja onde existam determinadas instituições que o amparem, tais como leis tutelando direito de propriedade e contrato, e órgãos estatais, como Polícia e Poder Judiciário, prontos para protegê-los de fato.²⁶

25 SCHMITT, Carl. *Dotrina della Costituzione*. Trad. Antonio Carracciolo. Milano: Giuffrè, 1984, p. 173.

26 Cf. SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights*. New York: Basic Books, 2004, pp. 17-34.

Durante o Estado Liberal, o Código Civil desempenhou, nos países de tradição jurídica romano-germânica, o papel de uma espécie de constituição da sociedade.²⁷ Naturalmente, os códigos exprimiam os valores mais caros à burguesia, tendo como pilares fundamentais a proteção da propriedade e a liberdade de contratar. Tarefa muito mais modesta cabia às constituições da época, seja pela limitação do seu objeto – não tratavam de relações privadas²⁸ – seja pela sua reduzida eficácia jurídica, decorrente da visão legicentrista²⁹ então prevalente e da carência de instrumentos de jurisdição constitucional que permitissem sua efetivação.³⁰

Portanto, era inegável, neste período, a prioridade axiológica conferida ao privado em detrimento do público. Esta superioridade se evidenciava diante da própria idéia de liberdade então cultivada, muito mais identificada com o gozo desimpedido de faculdades privadas do que com a participação na tomada de decisões em nome da coletividade, como bem destacou Benjamin Constant, em célebre escrito publicado em 1819,³¹ no qual diferenciou a liberdade dos

27 Neste sentido, a lição de Michele Giordani: "esse significado 'constitucional' dos códigos civis (...) é imaneente neles, se se fixar a idéia de que propriedade privada e contrato, que constituam, como se disse, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer 'constitucionalizar' uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, a idéia liberal" (GIORGIANI, Michele. "O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras". In: RT nº 747, 1988, pp. 35-56, p. 41).

28 Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Trad. Ignacio Gutierrez-Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995, pp. 33-45.

29 Sobre o legicentrismo – teoria que fazia com que o Direito gravitasse em torno das lei parlamentares – seus fundamentos justosófos e sua crise contemporânea há vasta bibliografia. Veja-se, em especial, ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mito*. Torino: Einaudi, 1992, especialmente pp. 57-96.

30 Abordamos com maior profundidade o papel da Constituição e do Código Civil no modelo do Estado Liberal no nosso *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 69-107.

31 CONSTANT, Benjamin. "The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns". In: *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University

antigos – associada à democracia – da liberdade dos modernos, correspondente aos direitos individuais. Até porque, o Estado Liberal conviveu, na maioria dos países, com um profundo paradoxo: a pomposa proclamação da igualdade de todos perante a lei convivía lado a lado com a denegação do direito de voto aos setores empobrecidos das populações.

Sem embargo, é importante destacar que esta idéia de separação rígida entre público e privado, sobre a qual se assentava o ideário do Estado Liberal, embora seja útil para compreensão de uma série de conceitos e institutos jurídicos e políticos surgidos no cenário norte-atlântico e depois importados para o país, nunca correspondeu à realidade na experiência nacional. Muito pelo contrário, os grandes estudiosos da história e da alma brasileiras costumam apontar, como uma das características essenciais da nossa formação, a existência de uma arraigada confusão entre o público e o privado, caracterizada pela penetração na esfera estatal da lógica do patrimonialismo, na qual as relações de confiança, amizade e compadrio, mantidas sob a égide do tradicional “jeitinho”,³² quase sempre prevaleceram sobre a ordenação impessoal dos interesses que deveria pautar a ação do governo e dos seus agentes.³³ Neste ponto, parece-nos incensurável o magistério de José Guilherme Merquior, ao salientar que “em nosso Estado patrimonial-protetcionista, digno senhor de uma sociedade

senhorial e patriarcal, o liberalismo foi, com frequência, mais fachada que substância.”³⁴

De qualquer forma, com o advento do *Welfare State* no século XX assistiu-se a uma crescente intervenção do Estado nos mais diversos domínios.³⁵ Premido pelas mais variadas pressões sociais, e condicionado agora também pelas demandas das classes subalternas – tendo em vista a progressiva universalização do direito de voto³⁶ –, o Poder Público, de mero espectador, vai convertendo-se em protagonista das relações econômicas, passando a discipliná-las de forma cogente, através da multiplicação de normas de ordem pública, que se impõem diante da autonomia da vontade das partes. Vivencia-se o fenômeno da “inflação legislativa”, e os códigos civis vão paulatinamente despidendo-se da absoluta hegemonia de que antes gozavam na regulamentação das atividades privadas, caracterizando o que já foi chamado, em obra importante, de “Era da Descodificação”.³⁷

34 MERQUIOR, José Guilherme. “Liberalismo e Constituição”. In: MERCADANTE, Paulo (Coord.). *Constituição de 1988: Avanço do Retrocesso*. Rio de Janeiro: Rio Fundo Ed., 1990, p. 15.

35 Sobre a passagem do Estado Liberal para o Social, veja-se BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996. A associação entre a extensão dos direitos políticos aos trabalhadores e o advento do Estado Social é freqüente dentre os autores que tratam da matéria. Veja-se, no particular, o clássico estudo de T. H. Marshall, voltado para Inglaterra, intitulado “Class, Citizenship and Social Class”. In: GOODIN, Robert and PETT, Philip. *Contemporary Political Philosophy: An Anthology*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997, pp. 291-317.

Sem embargo, a pertinência desta associação, no caso brasileiro, é fortemente criticada no importante livro de CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. O autor defende que o Estado Social chegou no Brasil na Era Vargas, não como o resultado de mobilização política popular, mas “de cima para baixo”, a partir de uma ótica paternalista e clientelista, num contexto em que os direitos políticos eram mera fachada.

37 IRITI, Natalino. *L'età della Decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. Sobre a questão, veja-se também PERLINGER, Pietro. *Il Diritto Civile nella Lega-*

Press, 1988, pp. 314-321. Tratamos deidamente do tema da relação entre autonomia privada (liberdade dos modernos) e autonomia pública (liberdade dos antigos), em “Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada”. In: LETTE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 294-341.

32 Sobre a papel e a ubiquidade do “jeitinho” na cultura jurídica brasileira, consulte-se ROSENN, Keith S. *O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

33 Cf., por todos, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. Op. cit., pp. 141-151.

Neste contexto, a proteção das liberdades privadas é relativizada e novos direitos ganham reconhecimento nas leis, e, mais tarde, até nas constituições, exigindo do Estado não mais meras abstenções, mas prestações positivas, cuja implementação dependia da estruturação de novos serviços públicos, que demandavam um exponencial crescimento do tamanho do Estado. Diante da constatação da desigualdade existente no campo das relações privadas, o Poder Público abandona a sua posição de abstenção, e passa a nelas intervir, no afã de proteger as partes mais débeis. É nesse cenário que surge o Direito Social, de que é exemplo o Direito do Trabalho, visto por alguns como uma espécie de *tercius* em relação à clássica *summa divisio*.

A crise geral do liberalismo degenerou-se, em alguns momentos, em experiências autoritárias de maior ou menor ferocidade, como o nazismo, o fascismo e as ditaduras populistas ou militares latino-americanas, que deixaram traumas profundos. Mas, mesmo fora destas situações em que o ideário do Estado Social foi objeto de dramáticas deturpações, é possível vislumbrar, na composição do pano de fundo da época, um *Zeitgeist* em que ao público reconhecia-se prioridade em relação ao privado. Neste sentido, é pertinente a observação de Norberto Bobbio:

"Praticamente, o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação que fora uma das consequências históricas do nasci-

litá Costituzionale. Nápole: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, pp. 74-75, bem como TEPEDINO, Gustavo. "O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa". In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 1-16.

*mento, crescimento e hegemonia da classe burguesa (...). Com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na consequente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-la completamente na experiência extrema do Estado total".*³⁸

Contudo, a partir da crise do Estado Social, que se aprofundou na fase final do século passado, já se percebe um movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado. O Estado, antes visto como agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia, passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício. No mundo todo são promovidos extensos programas de privatização de empresas estatais, buscando o enxugamento da máquina pública e a devolução de amplos setores da economia à iniciativa privada.

Após o ocaso dos regimes socialistas, simbolizado pela queda do Muro de Berlim, instaura-se um generalizado ceticismo "pós-moderno"³⁹ a propósito da capacidade

³⁸ *Estado Governado*, Sociedade. *Op. cit.*, p. 25.

³⁹ É vastíssima a bibliografia correlacionando Direito e pós-modernidade. Veja-se, a propósito, KAUFMANN, Arthur. *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. Trad. Luis Villar Borda, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 1998; SOUZA SANTOS, Boaventura. "El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho". In: COURTIS, Christin (Comp.). *Desde outra Mirada*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2001; DENNINGER, Erhard. "Racionalidad Tecnológica, Responsabilidad Ética y Derecho Posmoderno". In: PÉREZ LUÑO. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 53-70; DOUZINAS, Costa, WARRINGTON, Ronnie & MCVEIGH, Shaun. *Postmodern Jurisprudence*. London: Routledge, 1991; ARNAUD, André-Jean. *Entre Modernité et*

do Estado de transformar positivamente a sociedade. Tanto que, buscando modernizar-se e tornar-se mais eficiente, o Poder Público, sob os aplausos de alguns e críticas severas de outros tantos, vai socorrer-se, mais e mais, de métodos e lógicas quase sempre associadas às empresas privadas, ou então transferir a elas a execução de tarefas tradicionalmente encaradas como públicas.⁴⁰ Tal processo, que já foi rotulado de "fuga do Direito Administrativo para o Direito Privado",⁴¹ desperta verdadeiros passionaisismos, tanto entre seus defensores como detratores. De qualquer forma, passa-se a falar numa Administração Pública "consensual", que substitui o uso de ordens cogentes pela *soft law*, preferindo, em regra, induzir o administrado à adoção dos comportamentos desejados através de negociações, incentivos, etc., do que obrigá-lo verticalmente a agir desta ou daquela maneira.

No mesmo diapasão, o processo de globalização econômica, impulsionado pelos exponenciais avanços tecnológicos no campo das comunicações e informática, não só encurtou distâncias e diluiu fronteiras como também fragilizou o Estado, que tem cada vez menor capacidade para condicionar soberanamente a atuação das forças presentes no seu território.⁴² Neste contexto, os poderes privados se fortalece-

ram, sobretudo as grandes empresas transnacionais, que operam em todo o mundo muitas vezes fora do alcance das soberanias dos Estados nacionais, principalmente dos periféricos. Aliás, torna-se cada vez mais irreal a idéia de soberania, neste quadro em que os agentes econômicos se emancipam das amarras impostas pelos Estados.⁴³

Embora o fenômeno da inflação legislativa persista, o monopólio estatal na produção de normas torna-se uma miragem, na medida em que os atores econômicos passam a reger suas atividades por uma *lex mercatoria*, criada difusamente pelo próprio mercado, em detrimento do Direito produzido pelas fontes tradicionais dos Estados. Assim, até uma função que desde o advento do Estado Moderno sempre fora essencialmente pública – como a elaboração de normas – privatiza-se, com o surgimento de inúmeros outros pólos reguladores, à montante e à jusante do Estado. E o mesmo pode-se dizer em relação a outras tarefas eminentemente estatais, como a jurisdição – veja-se o crescimento da arbitragem e de outros meios alternativos de solução de litígios – e o exercício do poder de polícia.

Mas certamente o lado mais sombrio desta crise é o que se relaciona ao retrocesso nos níveis de proteção às populações carentes proporcionados pelos direitos sociais.⁴⁴ Por um lado, o aumento das expectativas de vida e a redução das taxas de natalidade em todo o mundo agravaram os déficits fiscais, na medida em que causaram sensível redução no percentual da população economicamente ativa, que financia os benefícios do *Welfare State*. Por outro,

40 *Modalization*. Paris: L.G.D.J., 1998; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, e BARROSO, Luis Roberto. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro". In BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

41 Veja-se, a propósito, ARAÇÃO, Alexandre. *Op. cit.*, pp. 19-115; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. *Op. cit.*, pp. 07-142.

42 Sobre o fenômeno em questão, veja-se a obra monográfica de ESTORNI-NHO, Maria João. *Op. cit.*

43 Cf. FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

43 Sobre a crise da soberania no mundo contemporâneo, veja-se FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. Trad. Carlo Cocchioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

44 Sobre os impactos da globalização sobre os direitos humanos, consulte-se a excelente coletânea de artigos organizada por PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

a partir da onda conservadora que teve à proa a Inglaterra de Margaret Thatcher e os EUA de Ronald Reagan, tornou-se hegemônico no processo de globalização o discurso, encampado pelo "Consenso de Washington", de que os direitos sociais sobrecarregam a economia com o peso de tributos exagerados, levam à ineficiência do Estado e dos agentes econômicos e geram uma estrutura paternalista, que premia a indolência individual. A "privatização", no caso, traduz-se na idéia de que as prestações estatais voltadas para o atendimento das carências dos excluídos deveriam deixar de ser encaradas como deveres do Estado, voltando à esfera da caridade privada à qual pertenciam até o advento do Estado do Bem-Estar.

Este processo de desmonte do Estado Social assume um colorido ainda mais cruel em países subdesenvolvidos, como o Brasil, em que são muito maiores os níveis de exclusão, mais aviltantes os graus de desigualdade e nos quais amplas parcelas da população ainda vivem numa espécie de Estado da Natureza, alijadas dos benefícios do contrato social. Se nunca fomos um Estado Liberal, também jamais conseguimos ser um verdadeiro Estado Social, e, assim, "chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa".⁴⁵

Neste contexto, as fronteiras entre as categorias público/privado estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o Direito Público se privatiza, como acima destacado, este processo não anula a publicização do Direito Privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. Trata-se de processo, já identificado com verdadeira "revolução copernicana" no Direito

45 A expressão é de BARROSO, Luis Roberto. "Fundamentos Teóricos e Filosóficos...". *Op. cit.*, p. 05.

Privado,⁴⁶ consistente na sua progressiva constitucionalização.⁴⁷

Este fenômeno, que tem se verificado no Brasil a partir do advento da Constituição de 88, significa muito mais do que o mero tratamento em sede constitucional de matérias anteriormente afetadas ao Direito Civil. Trata-se, antes, da imposição de uma releitura das normas e institutos do Direito Privado filtrados a partir da axiologia constitucional, diante do reconhecimento de que a Constituição não representa apenas a norma básica do Estado, tendo se convertido, nas palavras de Konrad Hesse, na "*ordem jurídico-fundamental da comunidade*".⁴⁸ Daí, passa-se a afirmar a necessidade imposterável de revisitação de vastas categorias civilísticas, como propriedade, posse, contrato, família, etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista, que continua protegendo a liberdade e a autonomia privadas – esteio das codificações do passado –, mas que incorpora também, com peso superlativo, os valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva.

46 Cf. FACHIN, Luiz Edson. "Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo". In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 317-324.

47 Sobre a constitucionalização do Direito Privado, veja-se TEPEDINO, Gustavo. "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 01-22; MORAES, Maria Celina Bodin de. "O Direito Civil Constitucional". In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1998-1998: Uma Década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 115-128; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. *Op. cit.*; e SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. *Op. cit.*, pp. 69-131.

48 HESSE, Konrad. "Concepto y calidad de la Constitución". In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992, p. 16.

Neste mesmo diapasão, em processo correlato, consagrada-se o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais no campo das relações privadas,⁴⁹ alterando-se o paradigma clássico, que via nestes direitos apenas limites oponíveis em face do Estado. A questão da eficácia "horizontal" dos direitos fundamentais, vale dizer, da vinculação dos particulares a estes direitos, originária da doutrina e jurisprudência alemãs da década de 50, ganha foros universais,⁵⁰ e o tema passa a ser debatido nos tribunais do mundo todo e, nos últimos tempos, também nos brasileiros. De fato, se, no passado, considerava-se que tais direitos dirigiam-se apenas contra os poderes públicos, a doutrina e a jurisprudência hoje proclamam que, para bem desempenharem o seu papel de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, devem eles vincular também os particulares, muito embora esta vinculação revista-se de uma

49 O tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é extremamente complexo, e abordá-lo refugia aos limites deste estudo. Veja-se, a propósito, o nosso *Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Op. cit.*, bem como, na doutrina brasileira, STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais". In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, pp. 107-163; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares". In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 119-192. Na doutrina estrangeira há vastíssima bibliografia, mas a obra mais completa parece-nos a de BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. De acordo com conhecida citação de Ingo von Münch, o tema da eficácia entre particulares de direitos fundamentais tornou-se "um artigo de exportação jurídica made in Germany" ("Drittwirkung de Derechos Fundamentales en Alemania". In: SALVADOR CORDECH, Pablo [Org.] *Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomía Privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 30).

série de especificidades. Isto porque, se o poder e a opressão são onipresentes, os direitos fundamentais também devem espraiar-se pelas múltiplas esferas da existência humana, sob pena de não cumprirem integralmente a sua missão emancipatória. Todavia, há que se precaver, neste mister, contra o risco de amputação excessiva da autonomia privada existencial e asfixia da espontaneidade das relações humanas, que poderiam ser efeitos colaterais de um bem intencionado "fundamentalismo" de direitos fundamentais no campo das relações privadas. Afinal, a autonomia privada também é uma dimensão relevante da dignidade humana, e os direitos fundamentais não podem converter-se num instrumento para imposição arbitrária do "politicamente correto" contra eventuais recalitrantes.

Este quadro nebuloso sobre a dicotomia público/privado torna-se ainda mais complexo diante da emergência de uma nova concepção de espaço público, não mais associada necessariamente à atividade estatal. De fato, se no Estado Liberal o público correspondia ao Estado e o privado a uma sociedade civil regida pelo mercado, considerada como o *locus* em que indivíduos perseguiriam egoisticamente seus interesses particulares, robustece-se agora um terceiro setor, que é público, mas não estatal. Ele é composto por ONG's, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade, e agem aglutinando e canalizando para o sistema político demandas importantes, muitas vezes negligenciadas pelas instâncias representativas tradicionais.⁵¹ Tais entidades, que assumem um papel de proa

51 Sobre a mudança do conceito de sociedade civil há extensa bibliografia. Veja-se, a propósito, a profunda obra de COHEN, Jean L. e ARATO, Andrew. *Sociedad Civil y Teoría Política*. Trad. Roberto Rey Mazzoni. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, e ainda BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade. Op. cit.*, pp. 33-52.

nas democracias contemporâneas, embora compoñham a sociedade civil, regem-se por uma lógica que se diferencia radicalmente da busca de maximização dos interesses privados, própria das forças económicas do mercado.⁵²

Portanto, a clivagem público/privado torna-se por demais singela para explicar o cenário atual, em que há múltiplos espaços da vida humana, pautados por lógicas diversas.⁵³ Tais espaços, na verdade, não são separados de modo tão rígido e esquemático, penetrando-se e entrecruzando-se frequentemente. E, muito embora eles possuam características e peculiaridades próprias, devem ser cortados transversalmente pelos princípios emancipatórios atrelados aos direitos humanos e à democracia, que não podem mais permanecer cingidos com exclusividade à esfera das relações em que o Estado se faça presente.

De qualquer forma, se, por um lado, parece-nos necessária a manutenção e até mesmo a solidificação de deter-

minadas fronteiras entre público e privado, visando a proteção de zonas de autodeterminação pessoal, que resguardem certos aspectos da vida humana das intervenções por parte não só dos poderes públicos, mas também de outros agentes privados detentores de poder social – daí a importância da consagração constitucional do direito de privacidade e de direitos fundamentais de liberdade –, por outro, há que se reconhecer que tais barreiras podem por vezes funcionar como fachadas para legitimação de relações de dominação e arbítrio que se estabelecem no interior de esferas ditas privadas, como a família, as entidades intermediárias e as empresas.

Neste último sentido, é relevante trazer à tona a crítica feminista contra a dicotomia público/privado, que teria se prestado para manter a "falocracia" – dominação do homem sobre a mulher – em espaços como o lar, mesmo depois do advento do voto feminino na esfera pública.⁵⁴ No mesmo diapasão, vale também recordar a objeção oriunda de diversas linhas de pensamento situadas à esquerda do espectro político, num arco que vai do movimento *Critical Legal Studies*,⁵⁵ nos Estados Unidos, até o socialismo pós-moderno de Boaventura de Souza Santos,⁵⁶ que, retomando um velho tema marxista,⁵⁷ condenam a separação entre público e privado, nela identificando uma fórmula para inunização das relações económicas "privadas" diante das possibilidades transformadoras contidas nos direitos fun-

52 Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Structural Transformation of the Public Sphere*. Op. cit., pp. 141 e ss.

53 É de grande interesse recordar o magistério de Boaventura de Souza Santos, que criticou a clivagem Estado/sociedade civil sobre a qual se erigiu todo o pensamento político moderno, apontando suas contradições e desvelando seus objetivos latentes, dentre os quais a "naturalização da exploração económica capitalista e (...) a neutralização do potencial revolucionário da política liberal, dois processos que convergiram para a consolidação do modelo capitalista das relações sociais" (*Pela Mão de Alice*. São Paulo: Editora Cortez, 1995). Como alternativa conceitual, o sociólogo português propôs, inicialmente, um novo "mapa estrutural das sociedades capitalistas", composto não mais por apenas dois espaços – público e privado, mas por quatro: espaço doméstico, espaço da produção, espaço da cidadania e espaço mundial, cada um deles dotado de uma unidade de prática social, uma forma institucional, um mecanismo de poder, uma forma de Direito e um modo de racionalidade próprios (Op. cit., pp. 124-127).

Em obra posterior Boaventura explicou e detalhou melhor sua teoria e acrescentou outros dois espaços à sua complexa cartografia: o espaço do mercado e o espaço da comunidade (*A Crítica da Razão Indolente*. Vol. I. São Paulo: Editora Cortez, 2000, pp. 272-308).

54 Cf. EL-SHTAIN, Jean Bethke. "Moral Woman and Immoral Man. A Consideration of the Public/Private Split and its Political Ramifications". In: GOODIN, Robert & PETTIT, Philip. *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*. Op. cit., pp. 605-617.

55 Cf. KENNEDY, Duncan. "The Status of the Decline of the Public/Private Distinction". 130 *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, pp. 1349 e ss.

56 Cf. *Pela Mão de Alice*. Op. cit., p. 124.

57 Cf. MARX, Karl. "A questão judaica". In: *Manuscritos Económico-Filosóficos*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret Editora, 2001, pp. 13-44.

damentais e na teoria democrática, usualmente confinados ao âmbito das relações "públicas".

Por tudo isto, parece-nos que o critério público/privado não é útil para resolução de conflitos de interesse que se estabeleçam numa sociedade aberta e democrática, seja pela imprecisão e indeterminação intrínsecas aos respectivos conceitos, seja pelo reconhecimento de que ambas as dimensões da vida humana, pública e privada, – se é que de apenas duas dimensões se pode falar – são igualmente importantes para realização existencial da pessoa,⁵⁸ e é a pessoa, e não o Estado, o "valor-fonte" do ordenamento jurídico, na feliz expressão de Miguel Reale.⁵⁹ Não há, por outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara.⁶⁰

- 58 Nesta linha, são inspiradoras as palavras da Prof.^a Judith Martins Costa, fortemente baseadas nas lições Hannah Arendt: "se é bem verdade que 'para o indivíduo, viver uma vida privada significa, antes de tudo, ser des-tituído de coisas essenciais à vida verdadeiramente humana', pois só na esfera pública, enquanto 'mundo comum' podemos reunir-nos uns aos outros, também é verdade que a humana condição reclama a proteção daquilo que é íntimo, vale dizer, de um espaço onde não somos atingidos pelas 'exigências niveladoras do social' e do 'conformismo inerente a toda a sociedade.'" ("Introdução". In: COSTA, Judith Martins (Org.) *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, pp. 11-17, p. 12).
- 59 REALE, Miguel. "A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito". In: *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 59-69.
- 60 Como didaticamente explicou Luis Roberto Barroso, "para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico." (*Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181)

3. Pessoa, Sociedade e Constituição

As ordens jurídicas baseiam-se, de forma mais ou menos explícita, em alguma idéia sobre o ser humano. Por vezes, tal idéia subjaz ao ordenamento, integrando o senso comum das pessoas a ele submetidas, mas não é normalmente fixada. Já em outras hipóteses, esta "premissa antropológica" da ordem jurídica pode ser diretamente extraída de normas vigentes e aplicáveis. E esse é, em nossa perspectiva, o caso do Brasil, em que, a partir de princípios e valores fundamentais inscritos na Constituição, é possível delinear, pelos menos nas suas linhas mais gerais, um conceito sobre a pessoa e a sua relação com a sociedade política envolvente.

O que se examinará neste item é a compatibilidade da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado com o conceito de pessoa que parece ter sido acolhido pela Constituição de 88. Portanto, embora, ao longo de nossa exposição, tenhamos de visitar algumas categorias fundamentais da teoria moral, o caminho que nos propomos a percorrer pode ser trilhado, sem maiores problemas, por um adepto do positivismo jurídico moderado,⁶¹ que negue

61 Existe uma freqüente associação entre o positivismo e o formalismo jurídico, e este último, de fato, não trabalhava com princípios e valores, mas apenas com regras. Contudo, parece procedente a crítica de Alfonso García Figuerola, de que os não positivistas tendem a satanizar a visão positivista do Direito, "mediante la imputación al positivismo de una concepción muy estrecha del derecho, que no deja lugar a estándares abiertos como los principios" (*Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1998, p. 81). Na verdade, os autores positivistas mais importantes da atualidade, como Herbert Hart, Genaro Carró, Joseph Raz, e, no Brasil, Celso Antonio Bandeira de Mello, não abraçam as teses do formalismo jurídico. Se considerarmos, na linha de Robert Alexy, que a distinção capital entre teorias positivistas e não positivistas do Direito está na relação entre direito e moral – separação para os positivistas e vinculação para os não positivistas ("E] problema del

a subordinação do Direito a valores morais que lhe sejam externos, mas reconheça a vinculariedade jurídica daqueles valores já incorporados à ordem jurídica, extraídos do próprio tecido normativo – muito embora não seja essa a nossa posição pessoal.

Parece-nos que a afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre aqueles pertencentes a cada um dos seus componentes pode, do ponto de vista de uma teoria moral, ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes, que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo. Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização. Já a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade assenta-se sobre o individualismo. E a posição que defenderemos neste trabalho, de que a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseia-se numa concepção personalista. Tentaremos, a seguir, explicar e discu-

tir tais visões, desvelando suas implicações para o nosso tema. Advertimos, porém, que as categorias analisadas são complexas e revestem-se de uma infundidade de nuances, que não teríamos como explorar detidamente nos estreitos limites do presente estudo.

O organicismo é uma teoria que concebe as comunidades políticas como uma espécie de “todo vivo”, composto por indivíduos que nela desempenhariam papel semelhante a um órgão dentro do corpo humano. Para o organicismo, as comunidades políticas possuem fins, valores e objetivos próprios, que transcendem aqueles dos seus integrantes.⁶² Trata-se de concepção que prima pela rejeição à ética liberal, valorizando sempre o público em detrimento do privado. Se, para o individualismo, a primazia axiológica é do indivíduo, sendo ele o fim que justifica a existência das sociedades políticas e do Estado, para o organicismo dá-se justamente o inverso: prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade do organismo superior encarnado pelo Estado, deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade. Portanto, a perspectiva organicista traz em seu bojo uma justificativa para a idéia da supremacia do interesse público sobre o privado.

Como destacou Norberto Bobbio, “*toda a história do pensamento político está dominada por uma grande dicotomia: organicismo (holismo) e individualismo (atomismo)*”.⁶³ Mas, se o organicismo é antigo, deitando as suas raízes no pensamento de Aristóteles,⁶⁴ o individualismo é doutrina

positivismo jurídico”. In: *El Concepto y la Validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: GEDISA, 1994, pp. 13-19, pp. 13-14) – fica claro que o positivismo não formalista pode, sim, recorrer a princípios e valores, desde que estes não sejam externos a um dado ordenamento, mas possam ser dele extraídos. Sobre as diferentes “versões” do positivismo jurídico, veja-se BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 131-238; e STFUCHINER, Noel. “Algumas Proposições Fulcrais acerca do Direito: O Debate Jusenaturalismo vs. Juspositivismo”. In: MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITADINO, Gisele; PROGREBINSCH, Thamy (Orgs.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 399-415.

62 Cf ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 35.

63 BOBBIO, Norberto. “Individualismo e Organicismo”. In: *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 5ª ed., pp. 45-48, p. 45.

64 Há uma passagem clássica de Aristóteles, na sua obra *Política*, que exprime com perfeição a idéia organicista. Apesar de um pouco longa,

mais recente, produto do Iluminismo, com forte eco nas teorias contratualistas sobre o Estado, que justificavam a formação da sociedade civil a partir dos interesses dos indivíduos.

O organicismo antigo tinha como um dos seus traços característicos o reconhecimento da desigualdade intrínseca entre as pessoas. Da mesma forma que órgãos diferentes desempenham funções diversas no corpo humano – algumas mais, outras menos nobres, mas todas necessárias – também aos indivíduos caberiam funções e tarefas distintas na vida social, visando o bom funcionamento do corpo coletivo. E era desempenhando as funções para as quais existiam – que não resultavam de escolhas, mas já estavam prefiguradas, de forma inmutável, no seio da comunidade política – que cada um poderia alcançar sua realização pessoal. O bem comum fornecia a justificativa para tratamentos desiguais, dispensados a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade.

compensa o esforço de transcrevê-la: "Hence, it is evident that the state is a creation of nature, and that man is by nature a political animal. And he who by nature is without a state, is either a bad man or above humanity (...). And it is a characteristic of man that alone has any sense of good and evil, of just and unjust, and the like, and the association of living beings who have this sense makes a family and a state."

Further, the state is by nature clearly prior to the family or individual, since the whole is of necessity prior to the part, for example, if the whole body be destroyed, there will be no foot or hand, except in a equivocal sense (...). The proof that the state is a creation of nature and prior to the individual is that the individual, when isolated, is not self-sufficient; and therefore he is like a part in relation to the hole. But he who is unable to live in society, or has no need because he is sufficient for himself, must be either a beast or a god: he is no part of the state. A social instinct is implanted in all men by nature, and yet he who first founded the state was the greatest of benefactors". (Aristotle. "Politics". In: *The Works of Aristotle*, vol II. Trad. Benjamin Jowett. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 21st print., 1978, pp. 445-548, p. 446).

Contudo, o organicismo moderno, presente em pensadores da grandeza de Hegel, pôde prescindir deste traço desigualitário, mas sem despojar-se da visão do indivíduo como parte no todo, que só se realiza no interior do Estado, que passa a ser cultuado como um verdadeiro "Deus na Terra". A passagem seguinte de Hegel é ilustrativa desta concepção:

"O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado ser."

Quando se confunde o Estado com a sociedade civil, destinando-o à segurança e proteção da propriedade e das liberdades pessoais, o interesse dos indivíduos, enquanto tais, é o fim supremo para que se reúnem, do que resulta ser facultativo ser membro do Estado. Ora, é muito diferente a sua relação com o indivíduo. Se o Estado é o espírito objetivo, então só como membro é que o indivíduo tem objetividade, verdade e moralidade. A associação como tal é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim, e o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento têm seu ponto de partida e o seu resultado neste ato substancial e universal".⁶⁵

65 HEGEL, Georg Wilhelm. *Princípios de Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 217.

Sob a nossa ótica, o organicismo, mesmo na sua versão moderna, pode e deve ser reafirmado em vários planos. Ele pode ser objetado a partir da constatação de que o ser humano, apesar do seu natural impulso gregário, é muito mais que um órgão dentro de um todo maior. Na verdade, o organicismo não "leva a sério" a pessoa humana, desconsiderando que cada indivíduo é um valor em si, independentemente do papel que desempenhe na sociedade; que em cada pessoa existe todo um universo de interesses, objetivos e valores próprios, irredutíveis ao "todo" de qualquer entidade coletiva; que a vida humana tem uma importante dimensão pública, mas que ela não faz sentido sem a sua dimensão privada, que deve ser cultivada através da persecução de projetos e objetivos próprios de cada indivíduo, autônomos em relação aos interesses da comunidade política.

Ademais, diante da evidência de que nem a sociedade política, nem muito menos o Estado configuram autênticos organismos, a analogia com o corpo só poderia basear-se numa idealização de comunhão plena entre indivíduos no seio social, através da partilha de valores, fins e identidades comuns. Porém, esta imagem não corresponde à realidade da sociedade moderna, que tem no pluralismo cosmovisivo uma das suas características mais marcantes. O "desencantamento" do mundo – de acordo com a conhecida expressão weberiana – causado por múltiplos fatores, como a quebra da unidade religiosa após a reforma, e o avanço das ciências, ocasionou a "dissolução das mundividades integradoras".⁶⁶ As antigas "comunidades", em que os vínculos associativos eram fortes e profundos, correlacionados ao comparilhamento de horizontes de sentido calcados na tradição, foram substituídas pelas modernas sociedades, onde os laços sociais são mais tênues e artificiais.⁶⁷

66 ZIPPÉLIUS, Reinhold. *Op. cit.*, p. 51.

67 A distinção entre comunidade e sociedade é um dos temas centrais da sociologia, tendo sido elaborada originariamente por Ferdinand Tönnies.

Por outro lado, o organicismo deve ser combatido pelo perigo que representa para a liberdade. Como bem lembrou Paulo Bonavides – sobre o qual não paira qualquer suspeita de alinhamento com a ideologia liberal-burguesa – "os organicistas, na teoria da Sociedade e do Estado, se vêem arrasados quase sempre, por consequência lógica, às posições *dirretistas e antidemocráticas; ao autoritarismo, às justificações reacionárias do poder, à autocracia, até mesmo quando se dissimulam em concepções de democracia orgânica (concepção que é sempre a dos governos e ideólogos predispostos já à ditadura)*".⁶⁸ No organicismo, a prioridade absoluta do coletivo sobre o individual acaba asfixiando a individualidade, que passa a ser instrumentalizada em proveito de um suposto "organismo superior". A grande vítima é sempre a liberdade humana, imolada em nome de ideais coletivos, tantas vezes vagos e incorpóreos, quando não meras fachadas para o arbítrio dos governantes.

Trata-se, em suma, de filosofia autoritária e liberticida, que não reflete a relação mantida no mundo moderno pelos indivíduos com as sociedades políticas em que se inserem. Sob o prisma jurídico, o organicismo se revela absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe sejam as pessoas sempre tratadas como fim, e nunca como meios – consoante o célebre imperativo categórico kantiano –, confrontando-se também com todo o ideário do Estado Democrático de Direito, que se baseia no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão. Portanto, independentemente das preferências filosóficas e ideológicas nutridas

Vêja-se, a propósito, o verbete "comunidade", elaborado por O'HIGGINS, Tim. In: ARNAUD, André Jean (Org.). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Trad. Vicente de Paula Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 121-126.

68 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 56.

pelo intérprete, não há como sustentar a compatibilidade entre o organicismo e uma Constituição como a de 88, que, já no seu art. 1º, define o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, e tem, no seu epicentro axiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É visivelmente organicista a idéia de que existiria um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles. Só que, no Estado Democrático de Direito, ela não se sustenta. Sua assunção, como salientou, com palavras fortes, Margal Justen Filho, "é o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supra-individuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo".⁶⁹

Mas, diante da inviabilidade do organicismo, talvez seja possível encontrar um fundamento ético alternativo para o princípio da supremacia do interesse público. E um bom candidato seria o utilitarismo⁷⁰ – uma das mais importantes teorias morais da Modernidade⁷¹ – doutrina segundo a qual a melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses⁷² dos

69 *Op. cit.*, p. 41.

70 Para uma discussão profunda sobre o utilitarismo, veja-se SEN, Amartya & WILLIAMS, Bernard (Ed.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

71 Costuma-se dizer que as primeiras manifestações do utilitarismo no pensamento político remontam ao século XVIII, com Hutcheson, David Hume, Adam Smith e Jeremy Bentham. De acordo com Ernst Tugendhat, o princípio básico do utilitarismo foi expresso pela primeira vez por Hutcheson, em obra publicada em 1725, em que afirmou que "a melhor conduta é aquela que proporciona a maior felicidade para o maior número" ("TUGENDHAT, Ernst. *Ligões sobre Ética*. Trad. Róbson Ramos dos Reis et alii. Petrópolis: Editora Vozes, 2000, p. 349).

72 Usou-se aqui a palavra "interesses" em sentido neutro, para evitar a conotação existente dentro do próprio utilitarismo sobre que "utilidade" buscaria o utilitarismo maximizar. Há, neste sentido, quem defenda que é o prazer (Bentham), a felicidade (Stuart Mill), a satisfação de preferên-

membrs da sociedade.⁷³ Dentro desta perspectiva, o interesse público seria encarado não como algo diverso e superior ao somatório da totalidade dos interesses dos componentes da comunidade política, mas como a fórmula que, em cada caso, maximizasse os interesses dos integrantes da sociedade, individualmente considerados.

O utilitarismo – é bom que se diga – não constitui uma nova roupagem para o organicismo. Pelo contrário, trata-se de teoria política professada por importantes pensadores liberais, como Jeremy Bentham, Adam Smith e Stuart Mill, que não supõe a existência de qualquer organismo coletivo axiologicamente superior aos indivíduos. Na verdade, a doutrina utilitarista baseia-se nos interesses dos indivíduos que integram a sociedade política, buscando promovê-los de forma racional. Assim, exatamente por reconhecer a igualdade intrínseca entre todas as pessoas, e rejeitar qualquer suporte religioso ou metafísico como fundamento para escolhas públicas,⁷⁴ o utilitarismo advoga a tese de

cias individuais, quaisquer que sejam elas, ou ainda a satisfação de preferências racionais. Sobre a questão, veja-se KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy*. 2nd. ed., Oxford: Oxford University Press, 2002, pp. 13-20.

73 Confronte-se, neste sentido, a definição sintética de KYMLICKA, Will, no sentido de que "utilitarianism, in its simplest formulation, claims that the morally right act or policy is that which produces the greatest happiness for the members of society". (*Op. cit.*, p. 10). Veja-se também a definição de Rawls do utilitarismo, segundo ele baseada em Sigwick, segundo a qual sua principal idéia seria a de que "society is rightly ordered, and the reforme just, when its major institutions are arranged so as to achieve the greatest net of balance of satisfaction summed over all the individuals belonging to it". (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. 20th. print., Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 22).

74 Como destacaram Amartya Sen e Bernard Williams, o utilitarismo pode ser pensado como uma teoria de moralidade pessoal, que sirva para orientar a conduta de cada indivíduo, e como uma teoria de escolha pública, que indique, numa sociedade, quais as medidas e soluções mais justas e adequadas. ("Introduction". In: SEN, Amartya & WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism and Beyond*. *Op. cit.*, pp. 01-21, p. 01). No presente contexto, interessa apenas discutir o utilitarismo como teoria de escolha pública.

que o melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas.⁷⁵ Diz-se, neste sentido, que o utilitarismo é uma concepção ética consequencialista, porque o juízo sobre um determinado ato depende não da sua conformidade com princípios morais anteriores, mas das consequências que ele produzirá sobre interesses dos membros da sociedade.⁷⁶

⁷⁵ A questão aqui não é apenas quantitativa e relativa ao número de pessoas cujos interesses serão sacrificados ou promovidos em cada escolha. Na verdade, a maioria das concepções utilitaristas leva em consideração também a intensidade dos interesses para cada indivíduo, além dos dados quantitativos. Portanto, na moldura da teoria utilitarista, é possível sacrificar interesses "fracos", digamos, com "peso 2", de 4 pessoas, em proveito de um interesse "forte" de uma única pessoa, ao qual se atribua, por exemplo, um peso 10. Isto não decorre de qualquer viés designatório no utilitarismo, mas do reconhecimento que nem todos os interesses que as pessoas têm possuem para elas as mesmas importâncias.

⁷⁶ Neste ponto, é importante destacar que existem duas versões diferentes para o utilitarismo: o utilitarismo dos atos e o utilitarismo das normas. Para o utilitarismo dos atos, determinado comportamento é considerado justo se dele resulta a maximização dos interesses dos membros de uma sociedade. Então, por exemplo, não seria errado para esta forma de utilitarismo o assassinato pela polícia de um conhecido homicida e traficante que, mesmo dentro da prisão, continuasse a comandar atos ilícitos, desde que se constatasse que, com este ato, os interesses sacrificados seriam menores que os interesses promovidos, considerando o ponto de vista de todos os indivíduos integrantes da coletividade, inclusive do próprio criminoso. Já para o utilitarismo das normas, o foco deixa de ser cada ato humano, passando a concentrar-se nas regras gerais de conduta. Assim, no utilitarismo das normas, provavelmente não se aceitaria o assassinato deste mesmo bandido, em razão da consideração de que uma regra que permitisse este tipo de conduta geraria grande insegurança para a população em geral, que poderia tornar-se vítima de atos arbitrários por parte da polícia. A aplicação da norma permissiva traria mais prejuízos do que vantagens para os interesses da maioria dos membros da coletividade, o que levaria à sua rejeição. Mas, cumpre notar, rejeita-se a possibilidade de assassinato do criminoso não em razão de uma preocupação especial relativa aos seus direitos fundamentais à vida e ao devido processo legal, mas pela consideração de que a admissão desta prática seria prejudicial aos interesses majoritários na sociedade.

Os utilitaristas partem da premissa de que os indivíduos têm às vezes interesses conflitantes, e que, nestes casos, deve-se atribuir um peso igual aos interesses de cada um, na busca da solução mais justa. Assim, justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos.

Mas porque seria uma tal concepção incompatível com a Constituição brasileira, se esta, tal como a teoria utilitarista, baseia-se no reconhecimento da igualdade entre as pessoas e recusa fundamentações religiosas ou metafísicas para as decisões públicas? Simplesmente porque, na nossa opinião, o utilitarismo não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos

Portanto, é verdade que o utilitarismo de regras é menos perigoso para os direitos fundamentais do que o utilitarismo dos atos. Contudo, ainda assim, ele não se afasta da perniciosa idéia de que os direitos fundamentais estão condicionados aos interesses da maioria. Veja-se o seguinte exemplo: uma sociedade dividida, em que as pessoas de uma ampla maioria étnica ou religiosa experimentem grande desconforto com o convívio com os integrantes da minoria, poderia estabelecer uma regra criando um tipo de *apartheid*. Esta regra, ainda que representasse uma profunda humilhação para os membros da minoria, poderia ser aceita pelo utilitarismo de normas, desde que se verificasse que da sua aplicação resultaria a promoção, em mais larga escala, dos interesses de um maior número de pessoas – os integrantes da maioria.

A partir deste exemplo, torna-se possível visualizar um dos mais graves defeitos do utilitarismo: o fato de que interesses individuais profundamente ilegítimos – como aqueles da maioria que não quer se misturar com a minoria – entram, em igualdade de condições com outros interesses, no cálculo realizado para aferir-se a justiça de uma regra ou de um ato. Isto porque, o utilitarismo recusa-se a valorar a moralidade das preferências individuais, tanto na versão do utilitarismo dos atos, como na mais sofisticada teoria do utilitarismo das normas. Veja-se, no particular, KIMILICKA, Will. *Op. cit.*, pp. 26-32. Em sentido contrário, defendendo o utilitarismo de normas, confronte-se HARSANYI, John C. "Morality and the theory of rational behavior". In: SEN, Amartya & WILLIAMS, Bernard (Ed.). *Op. cit.*, pp. 39-62.

situados acima dos interesses das maiorias. Para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral – identificando-se este com os interesses individuais prevalentes em cada sociedade. Só que a idéia de estabelecer constitucionalmente direitos fundamentais – e, mais do que isso, de protegê-los, como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), diante do próprio poder constituinte derivado – desvela, ao nosso ver, o firme propósito do constituinte de colocá-los fora do comércio político, acima dos designios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos, portanto, mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade.

É certo que, em inúmeros contextos, torna-se possível defender direitos fundamentais a partir de argumentos utilitaristas. Recorde-se, por exemplo, a famosa sustentação da liberdade de expressão feita por Stuart Mill.⁷⁷ Para ele, ferrenho adepto do utilitarismo, não seria legítimo ao governo calar um indivíduo que defendesse pontos de vista contrários à maioria, não porque com isto se prejudicasse injustamente a este indivíduo – o que ele considerava algo de menor importância, a “*simply private injury*”, nas suas palavras⁷⁸ – mas sobretudo porque um ato como este comprometeria a possibilidade das pessoas em geral de buscarem e encontrarem a verdade, através do livre confronto de idéias. Em suma, para os utilitaristas, o que justifica a garantia de direitos fundamentais é a sua potencial contribuição à maximização da felicidade e do bem-estar geral, e não o reconhecimento da intrínseca dignidade de que são portadores todos os indivíduos.

77 MILL, Stuart. “On Liberty”. In: Britannica Great Books 43. *American State Papers, The Federalist*, J. S. Mill. 22th. print., Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1978, pp. 267-323, pp. 274-275.

78 *Idem, ibidem*, p. 275.

Ocorre que nem sempre a proteção e promoção dos direitos fundamentais leva à maximização dos interesses da maioria. Pelo contrário, muitas vezes os direitos fundamentais representam obstáculos impostos contra as preferências manifestadas pela maior parte dos integrantes de uma sociedade política. E este é, aliás, um dos papéis mais importantes dos direitos fundamentais, que acaba sendo completamente esvaziado pela teoria utilitarista.

Na verdade, o utilitarismo parece equiparar as sociedades a indivíduos – aproximando-se neste ponto do organicismo. Isto porque, a justiça, para as teorias utilitaristas, equivalerá à procura da medida mais favorável ao bem-estar geral, que será definido através do cômputo dos interesses de todos os membros da sociedade. Só que, com isso, estas teorias justificam a perda de direitos sofridos por uns, desde que em benefício de um bem-estar maior usufruído por outros. Não há uma preocupação com a distribuição deste bem-estar dentre os diferentes componentes da sociedade, mas apenas com a maximização geral do bem-estar. Tal como no organicismo, os indivíduos acabam sendo tratados como partes no todo, e não como fins em si, porque não se atribui relevância moral à separabilidade e independência das pessoas. É este o ponto fundamental da crítica de Rawls ao utilitarismo, que o levou a afirmar, contrapondo-se às teses daquela doutrina:

“Each person possess an inviolability founded on justice that even the welfare of the society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifice imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantage enjoyed by many. Therefore in a just society the liberties of equal citizenship are taken as settled;

the rights secured by justice are not subjected to political bargaining or to the calculus of social interests."⁷⁹

Embora a teoria da justiça de Rawls possa ser criticada em vários dos seus aspectos, esta sua contestação ao utilitarismo parece inobjektável. Ademais, além de filosoficamente bem fundada, ela apresenta-se em consonância com a concepção, subjacente ao reconhecimento constitucional da dignidade da pessoa humana, de que nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para o atingimento de fins sociais, por mais relevantes que sejam estes.⁸⁰

Portanto, independentemente das preferências de cada um, parece-nos que numa ordem constitucional como a brasileira, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, o utilitarismo não configura a filosofia moral adequada para lidar com os conflitos entre interesses privados e coletivos.⁸¹ Assim, este também não pode ser o fundamento para a afirmação da supremacia dos interesses públicos sobre os individuais no ordenamento brasileiro.

Para concluir este ponto, vale a pena trazer à colação um exemplo que demonstra bem o absurdo a que pode conduzir a doutrina utilitarista, o que faremos recorrendo criticamente ao magistério daquele que talvez seja o mais conhecido – e polêmico – dos pensadores utilitaristas em atividade, o australiano Peter Singer, que se notabilizou pela defesa dos direitos dos animais. Singer, no seu livro

⁷⁹ A *Theory of Justice*. Op. cit., pp. 03-04.

⁸⁰ Cf. NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 242.

⁸¹ Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. "A Gramática dos Direitos Humanos". In: *Revista do ILANUD* nº 17. São Paulo: Ilanud, 2001, pp. 23-46, p. 26, que destacou: "... se quisermos 'levar os direitos a sério', na expressão de Dworkin, pouco podemos esperar do utilitarismo, uma vez que a agregação de utilidade, e não o reconhecimento da dignidade, é que constitui sua razão última".

sobre a Ética Prática,⁸² partindo de argumentos utilitaristas, defende a legitimidade do infanticídio, bem como do assassinato, de forma não dolorosa, de pessoas acometidas por gravíssimas deficiências mentais – o que eufemisticamente chamou de "eutanasia não voluntária".⁸³ Para ele, nem os recém-nascidos, nem as pessoas que padecem de seríssimo comprometimento de suas faculdades mentais possuem racionalidade, auto-consciência ou autonomia moral, razão pela qual suas vidas, consideradas a partir de uma perspectiva "objetiva", valeriam menos. Portanto, se a manutenção destas vidas causasse grande sofrimento para seus pais ou parentes, e não gerasse felicidade para mais ninguém, isto justificaria, dentro de um estrito cálculo utilitarista, de custo/benefício, a admissão dos atos homicidas. Acreditamos que muitos utilitaristas não subscreveriam esta tese hedionda, mas, ainda assim, parece-nos que o exemplo revela com eloquência como a relativização de certos valores morais, que caracteriza o utilitarismo, pode conduzir a soluções eticamente inaceitáveis.

Percorridas estas teorias morais que poderiam justificar a supremacia dos interesses da coletividade sobre os de cada particular, cabe agora voltar os nossos olhos para a direção oposta. Cumprir, neste momento, analisar o individualismo, que tende a afirmar a primazia dos interesses particulares de cada um sobre aqueles pertencentes à coletividade.

O individualismo foi a filosofia subjacente ao Estado Liberal-Burguês, que floresceu na Europa e nos Estados Unidos no século XIX e na fase inicial do século XX, e que no presente, dentro da crise do Estado Social, está experimentando um certo *revival*, pelas mãos do pensamento neoliberal. Baseia-se ele numa concepção atomizada da sociedade, que relega a um papel secundário os laços de

⁸² Consultamos a versão em francês, SINGER, Peter. *Questions d'Éthique Pratique*. Trad. Max Marcuzzi. Paris: Bayard Éditions, 1997.

⁸³ *Ibidem*, pp. 176-185.

solidariedade e os interesses comuns compartilhados pelas pessoas no meio social.⁸⁴ Esta era a idéia que se deixava entrever nas constituições, e, sobretudo, nos códigos civis do passado, que, como já se disse no item precedente, desempenhavam papel verdadeiramente constitucional no Estado Liberal.

Os indivíduos eram vistos como abstrações incorpóreas; como verdadeiras "vontades ambulantes", que não tinham carências materiais, não sentiam fome nem frio. Iguais perante a lei, eles eram sujeitos de direito que, através da sua vontade livre, celebravam contratos e faziam circular a riqueza na sociedade. A ordem jurídica liberal-burguesa cerrava seus olhos para os constrangimentos de fato à autonomia individual, decorrentes da hipossuficiência econômica e da desigualdade de poder presentes na sociedade. Embora, com a abolição dos privilégios do Antigo Regime e o fim da escravidão, fossem todos os indivíduos dotados de personalidade jurídica, o evidente protagonista do sistema era o burguês, porque só ele possuía propriedades; só ele tinha bens para proteger e comprometer através do contrato. Naquele contexto, o papel essencial do Direito Público era o de limitar o Estado, impedindo que perturbasse a fruição das liberdades individuais e interferisse no funcionamento do mercado, e o do Direito Privado era garantir as regras do jogo, o que ele fazia assentando toda a sua estrutura sobre dois grandes pilares: propriedade e contrato – ambos vistos como expressões necessárias da autonomia individual.

Neste modelo, como destacou Habermas, "... uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e de liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do

Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea dos mecanismos de mercado".⁸⁵ A sociedade política, dentro desta perspectiva, é equiparada ao mercado: nela, estariam presentes atores individuais perseguindo egoisticamente os seus interesses privados, de forma concorrencial.⁸⁶

De forma um tanto caricatural, pode-se afirmar que, para a cosmovisão individualista, a sociedade é o *locus* da competição, e não da cooperação, e é bom que assim seja, pois a competição faz com que prosperem os mais aptos, de forma a aperfeiçoar a Humanidade. Trata-se do darwinismo social, em sua versão mais crua.

Para o individualismo, o ser humano era antes o *homo economicus* que o cidadão. A esfera privada, dentro da qual inseriam-se as relações econômicas, era considerada prioritária em relação à pública, e esta última limitava-se às relações travadas com o Estado. Este deveria ser o menor possível, porque sua existência constituía em si um perigo para a liberdade. Assim, a doutrina do *laissez faire, laissez passer* não se alicerceava apenas sobre argumentos econômicos. Ela baseava-se também em fundamento ético, exprimindo o reconhecimento da superioridade do privado – espaço das relações regidas por regras supostamente imutáveis, porque derivadas da razão humana – sobre o público – reino do efêmero e do contingente. Se o privado era superior ao público, este último tinha de ser limitado ao menor tamanho possível. Em suma, preferia-se a "ordem

85 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre Fecundidade e Validade*. v. II. Trad. Flávio Bueno Siabenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 138.

86 Cf. HABERMAS, Jürgen. "Three Normative Models of Democracy: liberal, republican, procedural". In: KEARNEY, Richard & DOOLEY, Mark (Eds.) *Questioning Ethics*. London: Routledge, 1999, pp. 135-144, pp. 135-136.

84 Cf. BARCELLONA, Pietro. *Direito Privado e Società Moderna*. Napoli: Jovene, 1996, p. 320.

espontânea" representada pelo mercado à "ordem artificial" construída pela intervenção do Estado.⁸⁷

Sob esta ótica, os direitos fundamentais eram vistos essencialmente como direitos de defesa em face dos governantes. E tais direitos eram tidos como naturais, porque anteriores e superiores ao Estado, já que presentes no Estado da Natureza, e mantidos pelos indivíduos após a celebração do contrato social.⁸⁸ Não se cogitava da necessidade de intervenção do Estado para asseguramento destes direitos, já que eles configuravam direitos negativos, que envolviam abstenções e não prestações. Por isso, fazia sentido proclamar que os direitos do indivíduo deviam ser sempre postos acima do alcance da ação do Estado.

Porém, quando, com o advento do Estado Social, passou-se a reconhecer a necessidade de intervenção do Estado, através de políticas públicas, para proteção dos mais débeis diante do arbítrio dos mais fortes, e garantia das condições materiais básicas de existência, aquela ideia da supremacia incondicional do direito individual sobre o interesse coletivo não teve como subsistir. A consagração dos direitos sociais, bem como a relativização das liberdades econômicas e dos institutos que lhe são correlatos, como propriedade e autonomia contratual, criaram nova

⁸⁷ Sobre os conceitos "ordem espontânea" e "ordem artificial", em sentido ultraliberal, veja-se HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. I. Chicago: Chicago University Press, 1983, pp. 35-54. Em sentido crítico, recusando o caráter "espontâneo" do mercado, visto como uma criação de instituições humanas, veja-se SUNSTEIN, Cass. *The Second Bill of Rights*. *Op. cit.*, pp. 17-34.

⁸⁸ Cf. LOCKE, John. "Segundo Tratado sobre o Governo". In: *Os Pensadores*. Locke. Trad. Anuar Alex e F. Jacy Monteiro. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, pp. 33-131, pp. 71-84.

Destaque-se, porém, que a partir do século XIX, em que tais idéias individualistas foram incorporadas aos códigos civis, a fundamentação jusnaturalista para os direitos cederá espaço àquela positivista, de que sua validade decorreria de sua previsão pelo ordenamento jurídico.

correlação de forças entre os interesses públicos e privados. Foi o caso do individualismo possessivo.

No entanto, a história das idéias não é linear, mas às vezes parece percorrer verdadeiros ciclos. E assim, eis que o individualismo burguês, na sua versão mais extremada, ressurgiu no final do século XX, pela voz dos autores ditos libertários, cujo magistério encontrou algum eco no contexto de crise do Estado Social. Os libertários, como Friedrich von Hayek, o casal Friedman e Robert Nozick, não se contentam em afirmar a primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado – tese que também encampamos. Eles vão muito além disso, ao defender o Estado mínimo, com base numa leitura reducionista dos direitos fundamentais, que não atribui nenhuma importância à igualdade substantiva e à solidariedade e nega o próprio conceito de justiça distributiva – e nisso os libertários diferenciaram-se profundamente dos chamados liberais igualitários, como John Rawls e Ronald Dworkin. Confira-se, no particular, o magistério de Nozick, em famosa obra originalmente publicada em 1974, em que defendeu, de forma paradigmática, o individualismo mais exacerbado:

"Indivíduos têm direitos. E há coisas que nenhuma pessoa ou grupo podem fazer com os indivíduos (sem lhes violar os direitos). Tão fortes e de tão alto alcance são esses direitos que colocam a questão do que o Estado e seus servidores podem, se é que podem, fazer. Que espaço os direitos individuais deixam ao Estado? (...)"

Nossa principal conclusão sobre o Estado é que um Estado mínimo, limitado a funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante justifica-se; que o Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e que não se justifica; e que o Estado mínimo é tanto ins-

pirador quanto certo. Duas implicações dignas de nota são que o Estado não pode usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las, para o seu próprio bem ou proteção."⁸⁹

Em síntese, na leitura estritamente individualista, a igualdade jurídica é a mera igualdade formal, com a recusa a qualquer pretensão de utilização do Direito para fins redistributivos. A solidariedade não é um princípio normativo, mas apenas uma virtude humana, que escapa às considerações da ordem jurídica. E a liberdade é a não intervenção; a simples ausência de impedimentos externos para o comportamento individual, afirmando-se irrelevante a existência ou não da possibilidade real do agente de fazer suas escolhas e de agir em conformidade com elas.⁹⁰

Mas não é preciso gastar muita tinta para demonstrar que tal visão não se compatibiliza com a Constituição de 1988. De fato, a Constituição de 1988 apresenta uma série de características que permitem que nela se divise uma típica Constituição social. Ela proclama, logo no seu art. 3º, que a República brasileira tem, dentre os seus objetivos, "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I) e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III). Consagra um generoso elenco de direitos sociais (arts. 6º a 11) e condiciona a tutela da propriedade ao cumprimento da sua função social (arts. 5º, XXIII, e 170, II). Proclama que o objetivo da ordem econômica é "assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da

justiça social" (art. 170, caput) e enuncia em seguida um série de princípios interventivos, que temperam, com um condimento solidarista, os valores liberais que ela também hospeda. Trata-se, em suma, de uma Constituição que "não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos do homem"⁹¹ não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que exigiram uma separação absoluta entre Estado e sociedade civil.

Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais.⁹² E a própria liberdade não é relegada a um segundo plano, mas, ao contrário, vê-se enriquecida por preocupações mais realistas e menos metafísicas. Ela deixa de ser vista como um dado *a priori*, convertendo-se num objetivo, cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos das

91 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Op. cit., p. 279.

92 De acordo com Weacker, "o patos da sociedade de hoje (...) é o da solidariedade: ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos membros da nossa sociedade" (WIEACKER, Franz. *A História do Direito Privado Moderno*. Trad. A. M. Borelho Hespanha, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 718).

93 Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. "O Princípio da Solidariedade". In: PELINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco & NASCIMENTO FILHO, Frlly (Orgs.). *Os Princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 201, pp. 167-190.

89 NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, p. 10.

90 Cf. BERLIN, Isaiah. "Dois conceitos de liberdade". In: *Estrudos sobre a Humanidade*. Trad. Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2002, pp. 226-272.

condições materiais de liberdade, que podem ser identificadas com o que a doutrina vem chamando de "mínimo existencial".⁹⁴ E o seu foco se amplia, diante do reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela presente nas múltiplas instâncias da própria sociedade, e que a intervenção estatal nestas instâncias faz-se muitas vezes em favor da liberdade, e não contra ela.⁹⁵

Portanto, a visão individualista, que atribuía primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, não se sustenta na ordem constitucional brasileira. Esta, na verdade, lastreia-se sobre uma visão personalista, que continua vindo na pessoa humana, e não no Estado, "a medida de todas as coisas" – de acordo com a célebre máxima de Protágoras –, mas enxerga na pessoa humana não uma razão desencarnada, mas um ser concreto, situado, com necessidades materiais, carências, fragilidades. Esta nova perspectiva enjeita a crença de que o Estado seja o adversário, por excelência, dos direitos humanos. Embora continue sendo essencial proteger as pessoas do arbítrio do Estado, os poderes públicos são agora concebidos como responsáveis pela promoção e de-

fesa dos direitos fundamentais, diante dos perigos que rodam as pessoas na própria sociedade. Isto justificará uma ingerência estatal muito mais profunda e extensa em questões que, para o ideário do liberalismo clássico, pertenciam com exclusividade à sociedade civil.

Sem embargo, é de capital importância assentar que esta intervenção estatal, numa ordem constitucional tão ciosa com o respeito à liberdade e à privacidade individuais, não pode ser movida por propósitos perfeccionistas.⁹⁶ Deve caber sempre às pessoas a eleição dos seus objetivos e planos de vida, que têm de ser respeitados, desde que não violem direitos de terceiros. O papel do Estado é o de auxiliar na criação das condições necessárias para que cada um realize livremente as suas escolhas e possa agir de acordo com elas, e não o de orientar as vidas individuais para alguma direção que se reputa mais adequada aos "valores sociais", ou mais conforme aos interesses gerais da coletividade. Daí a diferença essencial entre o personalismo e o organicismo: enquanto, para aquele, a autonomia individual é salvaguardada e fomentada, reconhecendo-se em cada mulher ou homem um ser racional e responsável, com a competência moral necessária para escolher o norte da própria existência, para este último, as vidas humanas podem e devem ser planejadas "de cima para baixo", para que se ajustem a objetivos sociais prefi-

94 Hoje, há um forte consenso, do qual estão excluídos apenas os autores liberais, no sentido de que para a promoção da liberdade é necessária a garantia de condições materiais básicas para todas as pessoas. Veja-se, neste sentido, RAWLS, John, *Liberalismo Político*. Op. cit., p. 31. Na doutrina brasileira, cumpre destacar o magistério de Ricardo Lobo Torres, que, mesmo opondo-se ao Estado Social e à fundamentabilidade dos direitos sociais, vem defendendo, em diversas obras, a garantia integral do mínimo existencial pelo Estado, como condição para a liberdade (e.g. "A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial". In: SARLET, Ingo Wolfgang [Org.], *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 01-46).

95 Cf. BOBBIO, Norberto *Igualdad y Libertad*. Trad. Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993, p. 143; e BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Trad. Juan Luis pagés e Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 75.

96 Carlos Santiago Nino, um dos autores que mais se dedicou à refutação do perfeccionismo na teoria constitucional, o definiu com precisão como concepção que sustenta "... que lo que es bueno para un individuo o lo que satisfice sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores" (*Ética y Derechos Humanos*. Op. cit., p. 205). Contra o perfeccionismo, o grande jurista argentino propôs o reconhecimento de um princípio de autonomia da pessoa, que definiria o conteúdo dos direitos individuais, e que vedaria quaisquer restrições à liberdade individual quando a ação humana não atetasse interesses de terceiros, mas apenas os do próprio agente (Op. cit., pp. 199-236).

gurados. O personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo clássico, pois reconhece os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso. Mas, diferentemente do organicismo, ele se norteia pelo profundo respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos coletivos.

A Corte Constitucional alemã, em diversos julgados, fez referência à imagem de pessoa subjacente à Lei Fundamental de 1949. Em importante julgamento proferido em 1954, por exemplo, ela afirmou que "a imagem de Homem da Lei Fundamental não é aquela de um indivíduo isolado e soberano. Pelo contrário, a Lei Fundamental decidiu a tensão entre indivíduo e sociedade em favor da coordenação e interdependência deste com a comunidade, sem tocar o intrínseco valor individual da pessoa".⁹⁷ Em outro caso, apreciado em 1977, o Tribunal referiu-se à base antropológica do conceito de dignidade da pessoa humana – considerado o valor mais elevado da ordem constitucional alemã – explicando que dito princípio "se baseia numa concepção de Homem como ser moral-espiritual dotado de liberdade de autodeterminação e desenvolvimento. A liberdade, no sentido da Lei Fundamental não é a de um indivíduo isolado e auto-centrado, mas, pelo contrário, de uma pessoa com relações e vínculos com a comunidade".⁹⁸

É possível afirmar que tais observações do Tribunal alemão também caberiam como luva à ordem constitucional brasileira. Ela também situou a dignidade da pessoa

humana no seu epicentro axiológico, baseando-se na idéia de que é o Estado que deve estar a serviço das pessoas, e não o contrário, mas não perfiou uma concepção insular do ser humano, captando antes o indivíduo na teia de relações sociais em que está imerso.⁹⁹

Assim, firmadas estas premissas, parece-nos importante fazer breve referência a um dos debates mais relevantes da filosofia política e moral contemporâneas, com fortes reflexos também no campo do Direito, que põe em pólos opostos os liberais e os comunitaristas, e que tem um dos seus focos exatamente na concepção de pessoa.¹⁰⁰ É relevante verificar como a Constituição de 88 se encaixa neste debate, o que pode ter importantes implicações sobre a questão dos conflitos entre direitos individuais e interesses coletivos.

De forma bastante esquemática e simplificada, pode-se afirmar que os liberais – tendo à proa John Rawls e Ronald Dworkin – defendem a plena liberdade e a competência moral e racional dos indivíduos para conformação das suas concepções de mundo e projetos de vida. Para não comprometer esta liberdade, o Estado deve manter uma postura de neutralidade em relação às diversas idéias de mundo e da vida presentes na sociedade. Os direitos fundamentais, especialmente as chamadas "liberdades bási-

⁹⁷ Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica brasileira, veja-se, em especial, SARLET Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004; bem como BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 103-301.

¹⁰⁰ Há extensa bibliografia sobre a questão, mas permitimo-nos remeter o leitor a duas importantes coletâneas, que contêm as principais idéias dos combatentes dos dois lados do front: MULLHALL, Stephen & SWIFT, Adam. *Liberals & Communitarians*. 2nd. ed., Oxford: Blackell Publishers, 1996; e BERTEN, André; SILVEIRA Pablo da & POURTOIS, Hervé. *Libéraux et Communistes*. Paris: PUF, 1997. E, na literatura brasileira, veja-se CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

⁹⁷ 4 BVerfGE 7 (1954), apud: KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd. ed., Durham: Duke University Press, 1997, p. 302.

⁹⁸ 45 BVerfGE 187 (1977), apud: *Ibidem*, pp. 307-308.

cas",¹⁰¹ assumem, neste contexto, importância ímpar, reconhecendo-se a sua absoluta prioridade em relação aos interesses da coletividade, derivada da necessidade impositiva de salvaguarda da autonomia moral dos indivíduos.

Já os comunitaristas, como Michael Sandel, Michael Walzer e Alasdair MacIntyre, criticam esta visão, afirmando que ela negligencia a importância dos laços sociais para a constituição da personalidade humana. Para eles, a antropologia liberal vê no indivíduo um ser desenraizado (*uncumbered self*),¹⁰² por desprezar o fato de que as pessoas já nascem no interior de comunidades que estão impregnadas de valores e sentidos comuns compartilhados, e são socializadas neste contexto, nele forjando as suas identidades. Por isso, as cosmovisões e os planos de vida não estão à disposição das pessoas, que não são meros "consumidores num mercado de idéias", mas seres engajados em contextos culturais específicos, que partilham valores, objetivos, interesses e afetos com seus concidadãos. A visão liberal, na sua ótica, não só estaria errada do ponto de vista descritivo, mas também pecaria do ponto de vista normativo, pela sua potencialidade centrífuga, ao fragilizar os vínculos sociais, incentivar o egocentrismo e criar uma atmosfera propícia à

101 É relevante destacar que o conceito de liberdades básicas, empregado por liberais como Rawls e Dworkin, não abrange as liberdades econômicas, o que revela o distanciamento destes autores em relação aos liberais, defensores do Estado mínimo (cf. RAWLS, John, *Liberalismo Político*. Op. cit., pp. 270-3339; DWORKIN, Ronald, "What Rights Do We Have?". In: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, pp. 266-278). Além, uma das características básicas da linha do "liberalismo igualitário", em que se inserem Rawls e Dworkin, é a sua aguda preocupação com a justiça distributiva, o que permite que os situemos à esquerda do espectro político-ideológico.

102 A expressão é de Michael Sandel e é empregada no título de artigo de sua lavra, que constitui um dos mais importantes escritos comunitaristas: "The Procedural Republic and the Uncumbered Self". In: GOODIN, Robert & PITT, Philip (Ed.), *Contemporary Political Philosophy*. Op. cit., pp. 246-256.

"solidão na multidão". Enfatizando a importância da lealdade à comunidade e do respeito às tradições, os comunitaristas combatem a idéia de neutralidade estatal em relação aos projetos de vida, afirmando que um dos papéis do Estado é exatamente o de reforçar os liames existentes na sociedade, avaliando e promovendo as concepções morais coletivamente compartilhadas. Por outro lado, a ênfase dos liberais nos direitos é substituída, dentre alguns autores comunitaristas, pelo culto às virtudes.¹⁰³

Mas como se situa a Constituição de 88 neste debate? Será correto afirmar, como fez a Professora Gisele Cittadino, que a Constituição brasileira é comunitarista?¹⁰⁴ Parece-nos que a tutela ultra-reforgada conferida às liberdades fundamentais, a consagração do pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, inciso V, CF), ao lado do princípio da laicidade estatal (art. 19, inciso I, CF), desautorizam qualquer interpretação que abra espaço para um Estado perfeccionista, que, em nome de tradições coletivas, ou de alguma visão majoritária sobre o bem comum, busque tutelar paternalisticamente a vida de cada um, passando por cima da autonomia individual. O sistema constitucional brasileiro tampouco se coaduna com qualquer tipo de discurso que desvalorize os direitos fundamentais, transferindo o foco para as virtudes morais ou para os deveres cívicos dos cidadãos. E a dimensão organicista do comunitarismo, de desvalorização do indivíduo em face da comunidade, pode também ser liminarmente descartada, numa Constituição como a nossa, centrada na dignidade da pessoa humana.

103 Cf. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da Virtude*. Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001, pp. 379-428.

104 *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp. 43-73.

Porém, não há como negar que a Constituição de 88 abre-se para os valores comunitários, não mantendo em relação a eles uma postura de completa neutralidade. Ela preocupa-se com a proteção e promoção da cultura nacional (arts. 215 e 216 da CF), consagra direitos transindividuais, de titularidade coletiva, e institui alguns limites para o exercício de direitos individuais, decorrentes não da tutela de outros direitos de terceiros, mas da proteção a interesses gerais da coletividade.

Portanto, talvez seja lícito afirmar, correndo alguns riscos, que a Constituição de 88 pode ser lida pelas lentes de um "comunitarismo liberal" ou de um "liberalismo comunitarista", já que visa conciliar aspectos divergentes destas doutrinas políticas, ficando no meio do caminho entre elas. Se, por um lado, ela não legitima o perfeccionismo, no qual o comunitarismo acaba fatalmente resvalando, por outro, ela também não parece avalizar a visão desenraizada de pessoa professada por certas vertentes do liberalismo.

Mas, se é possível extrair da Constituição uma certa moldura para a calibragem entre as dimensões comunitária e liberal da ordem jurídica, parece-nos que a sintonia fina não cabe à Lei Maior. Afinal, não seria prudente que uma Constituição, que se pretende aberta, fixasse em detalhes a resposta para uma a questão tão permeável às mudanças políticas e cosmovisivas, que é a concernente à forma de relacionamento entre indivíduos e sociedade.

Portanto, o personalismo latente na Constituição de 88 afasta-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês. Ele não corresponde nem ao modelo "puro" do liberalismo, nem à fórmula padrão do comunitarismo, localizando-se em algum ponto entre estes extremos. O personalismo afirma a primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida. Mas não adota uma leitura abs-

trata e metafísica da pessoa, pressupondo, ao contrário, tanto a existência de carências humanas materiais – que devem ser superadas com o apoio estatal – como a importância dos vínculos sociais na constituição da própria personalidade. Para o personalismo, é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade. É esta a questão que pretendemos explorar no próximo item, agora com aportes da dogmática de direitos fundamentais.

4. As Restrições aos Direitos Fundamentais e os Interesses Públicos

Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.¹⁰⁵ Tem-se entendido que o caráter principiológico das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais¹⁰⁶ permite ao legislador que, através de uma ponderação constitucional dos interesses em jogo,¹⁰⁷ estabeleça restrições àque-

¹⁰⁵ Sobre as restrições aos direitos fundamentais, consulte-se a obra exaustiva, de mais de 1000 páginas, de NOVATIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

¹⁰⁶ Cf. ALEXI, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81-172.

¹⁰⁷ Cumpre destacar que nem toda a doutrina aceita bem a idéia de que as limitações aos direitos fundamentais possam ser estabelecidas através de uma ponderação de interesses. Há uma corrente minoritária, conhecida como "teoria interna" das limitações aos direitos fundamentais, que sustenta que a correta definição do âmbito de proteção destes direitos já

les direitos, sujeitas, no entanto, a uma série de limitações (são os chamados "limites dos limites").¹⁰⁸

bastaria para evitar colisões. Esta definição deveria levar em consideração os outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, cabendo ao aplicador, em casos de tensões aparentes, encontrar a norma mais adequada para o caso, à luz das suas circunstâncias específicas, ao invés de ponderar princípios. Não haveria então propriamente restrição a direitos fundamentais, mas sim a definição da sua abrangência, através da fixação de "limites imanentes". Esta corrente critica a idéia de ponderação, sob a alegação de que se trataria de procedimento irracional e incontrolável, que geraria incerteza jurídica e confundiria as funções do Judiciário com a dos poderes eleitos, não se conciliando por isso com a democracia.

Todavia, o prego que ela paga por recusar as idéias de restrições a direitos fundamentais e de ponderação são, na nossa opinião, caros demais. Por um lado, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem de ser drasticamente reduzido, para evitar os conflitos potenciais com outros bens constitucionalmente tutelados. E, por outro, o juízo sobre a adequação das normas aos casos concretos, que substituiria, para esta teoria, o recurso à ponderação, acaba se revelando ainda mais subjetivo e incontrolável do que a própria ponderação. Ou seja, os maiores problemas deitados à ponderação – debilitação dos direitos fundamentais, insegurança metodológica e falta de legitimidade democrática do Judiciário para operá-la – não são solucionados, mas antes agravados pela teoria interna.

Tem prevaletido, não só na doutrina, mas também na jurisdição constitucional brasileira e estrangeira a chamada "teoria externa", que tende a tratar os direitos fundamentais como princípios, admitindo restrições a eles com base no método da ponderação de interesses. Há, porém, uma crescente preocupação em criar parâmetros para realização destas ponderações, no afã de reduzir as margens de incerteza e de arbítrio judicial na sua realização, e evitar a fragilização dos direitos fundamentais. Para uma defesa da teoria interna, veja-se SERNA, Pedro, e TOLLER, Fernando. *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales: Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*. Veja-se também, na linha da corrente majoritária da teoria externa a que aderimos, ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 298-321; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 223-225.

108 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. "Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões". Op. cit., pp. 241-280; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 215-253.

A doutrina e a jurisprudência dominantes, no Brasil e no Direito Comparado, admitem também a realização de restrições a direitos fundamentais operadas no caso concreto, através de ponderações de interesses feitas diretamente pelo Poder Judiciário, em casos de conflitos entre princípios constitucionais não solucionados previamente pelo Legislativo, ou quando o equacionamento da questão empreendido por ele se revele inconstitucional. Em algumas hipóteses, tem-se aceitado até mesmo a ponderação de interesses feita diretamente pela Administração Pública.¹⁰⁹

Mas, antes de cogitar-se em ponderação, é necessário verificar se, de fato, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado. E aqui é importante destacar que, com grande frequência, a correta inteligência do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados.

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

109 Veja-se, a propósito, RODRIGUEZ DE SANTTIAGO, José María. *La Ponderación de Bienes e Interesses em el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

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 até 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.

Por outro lado, os próprios direitos fundamentais hoje não são mais concebidos dentro de uma perspectiva individualista. Neste ponto, é de se destacar a importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais,¹¹⁰ que se liga à compreensão de que eles não só conferem aos particulares direitos subjetivos – a tradicional dimensão subjetiva –, mas constituem também as próprias “*bases jurídicas da ordem jurídica da coletividade*”.¹¹¹ Como se sabe, a idéia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade

política,¹¹² que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.

Portanto, o quadro que se delineia diante dos olhos é muito mais o de convergência entre interesses públicos e particulares do que o de colisão. Tal situação, repita-se, não constitui a exceção, mas a regra. Na imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros.¹¹³ Até porque, o interes-

¹¹² Paradigmática, neste sentido, a lição de José Carlos Vieira de Andrade, para quem a dimensão objetiva evidencia “que os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto to faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.” (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 144-145).

¹¹⁰ O tema da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é extremamente complexo, e fugiria ao escopo deste trabalho examiná-lo devidamente, apontando todas as suas potencialidades. Por isso, pedimos vênia ao leitor para remetê-lo a outro trabalho de nossa lavra, em que examinamos o tema de modo mais detido: “A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria”. In: SAMPAIO, José Adécio Leite (Coord.), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 251-314.

¹¹¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Alfonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 239.

¹¹³ Neste sentido a lição de HABERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Trad. Alessandro Fusillo e Romolo Rossi. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993, p. 53: “Se os direitos fundamentais têm igual importância constitutiva seja para os indivíduos seja para a comunidade, se não são garantidos apenas em favor do indivíduo, se desempenham uma função social e se formam o pressuposto funcional da democracia, então decorre disto que a garantia dos direitos fundamentais e o exercício deles sejam caracterizados pela convergência entre interesses públicos e individuais.” (Se i diritti fondamentali hanno un uguale importanza costitutiva sia per individui che per la comunità, se adempiono ad una funzione sociale e se formano il presupposto funzionale della democrazia, allora consegue da ciò che la garanzia dei diritti fondamentali e l'esercizio di questi sono caratterizzati dalla concordanza tra interessi pubblici e individuali).

se público, na verdade, é composto pelo interesses particulares dos membros da sociedade, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos privados. Como ressaltou Gustavo Binbenbujm, "muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na medida do possível".¹¹⁴

Ademais, com o reconhecimento, pela ordem jurídica brasileira, de direitos fundamentais de titularidade transindividual, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF), esta convergência se acentua, pois nestes casos o interesse da coletividade já é, por si só, direito fundamental, existindo plena identidade conceitual entre ambos.

Porém, existem situações em que o interesse da coletividade pode, de fato, chocar-se com direitos fundamentais.¹¹⁵ Isto porque, de um lado, os direitos fundamentais valem independentemente dos benefícios que possam granjear à sociedade em geral, não constituindo assim meros meios para a promoção de interesses públicos. E, por outro turno, embora a proteção e promoção dos direitos fundamentais também seja interesse público, como acima destacado, há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. Pense-se, por exemplo, no interesse público referente à melhoria do trânsito, ou no concernente ao controle da dívida pública. São genuínos interesses públicos, que, não obstante, podem eventualmente colidir com direitos fundamentais.

Neste contexto, a primeira questão que pode ser posta é sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais visando exclusivamente a tutela de interesses coletivos, o que foi respondido negativamente por autores liberais do porte de Ronald Dworkin e John Rawls.

Com efeito, quando Dworkin apresentou sua célebre distinção entre regras e princípios¹¹⁶ – que atribuía às regras a forma de incidência pautada pela lógica do "tudo ou nada", enquanto os princípios ostentariam uma dimensão de peso – ele destacou que os princípios (em sentido amplo) dividir-se-iam em duas espécies: princípios em sentido estrito e diretrizes políticas (*polícies*). Para Dworkin, os princípios em sentido estrito seriam sempre relativos a direitos, enquanto as diretrizes políticas estabeleceriam metas coletivas.¹¹⁷ Nas suas palavras, "*principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals*".¹¹⁸ A partir daí, Dworkin, radicalizando a sua visão liberal e anti-utilitarista do Direito, afirmou que os princípios em sentido estrito, relacionados aos direitos fundamentais, não poderiam ser ponderados com as diretrizes políticas, devendo sempre sobrepujá-las. Direitos, para ele, podem ser afastados apenas em razão de outros direitos, mas não por considerações relacionadas ao interesse coletivo. E, com base nesta visão, Dworkin sustentou que os direitos valeriam como "trunfos", que prevaleceriam sempre diante de quaisquer outras razões relacionadas à promoção de objetivos da comunidade.¹¹⁹

¹¹⁴ *Op. cit.*, pp. 29-30.

¹¹⁵ Cf. ALEXY, Robert. "Derechos Individuales y Bienes Colectivos". In: *El Concepto y la Validez del Derecho*. Trad. Jorge M. Sena. Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 179-208, pp. 200-203.

¹¹⁶ *Taking Rights Seriously*. *Op. cit.*, pp. 21-28.

¹¹⁷ *Idem*, *ibidem*, pp. 90-100.

¹¹⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 90.

¹¹⁹ De acordo com a definição de Dworkin, direitos seriam "trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole" (*A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 359)

No mesmo diapasão, John Rawls, partindo de premissas muito parecidas, sustentou a prioridade absoluta das chamadas "liberdades básicas" sobre os interesses coletivos. Para Rawls, "la prioridad de la libertad implica, en la práctica que una libertad básica pueda limitarse o negarse únicamente en favor de una o más libertades básicas diferentes, y nunca (...) por razones de bien público o de valores perfeccionistas".¹²⁰

Contudo, tais idéias não parecem aplicáveis às realidades constitucionais de países, como o Brasil, que adotaram constituições sociais. Note-se que não se questiona aqui a noção de que o entrincheiramento constitucional dos direitos fundamentais implica no estabelecimento de limites para as decisões possíveis no âmbito do processo político, em nome da proteção da dignidade humana. Nem tampouco discorda-se da premissa de que o legislador democraticamente legitimado, e por maioria de razões a Administração Pública, estejam vinculados ao estrito respeito dos direitos fundamentais, que não devem ser sacrificados por razões ligadas a qualquer concepção majoritária sobre o que constitui, em cada momento, o interesse público. O que se discute é se esta posição privilegiada dos direitos fundamentais, que se baseia não só em sólidos fundamentos morais, mas antes no próprio sistema constitucional, vai ao ponto de lhes atribuir uma prevalência absoluta e integral sobre outros bens jurídicos, mesmo os reves-tidos de estatura constitucional, não importa em que contexto fático.¹²¹

Na nossa opinião, a recusa à possibilidade de qualquer ponderação entre direitos fundamentais e interesses coleti-

¹²⁰ *Liberalismo Político*. Op. cit., pp. 274-275.

¹²¹ Cf. ALEXI Robert, "Derechos Individuales y Bienes Colectivos". In: *Concepto y Validez Del Derecho*. Op. cit., pp. 185-186; NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., pp. 604-608; e MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Trad. Olivier Juanjan. Paris: PUF, 1993, pp. 288-289, que negam a primazia absoluta dos direitos fundamentais sobre os interesses coletivos.

vos não parece conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais. O personalismo, como já se destacou acima, não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva.

Ademais, é importante lembrar que a distinção entre os direitos fundamentais e as diretrizes políticas, embora relevante, tende a esmaecer-se à luz da teoria contemporânea dos direitos fundamentais, que afirma que a efetivação destes direitos – não apenas os sociais, mas também os individuais e políticos – demanda a formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado, e não meras práticas absenteístas.

Assim, parece-nos constitucionalmente possível a res-trição de direitos fundamentais com base no interesse público. Mas será que os direitos fundamentais sempre cedem diante dos interesses da coletividade? Será que seu âmbito de proteção deve ser desenhado de modo a excluir qualquer tutela jurídica sobre exercícios que contrariem interesses da coletividade?

Na Alemanha, o Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) elaborou, na década de 50 do século passado, doutrina que ficou conhecida como teoria da "cláusula de comunidade", segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cessaria quando o exercício destes direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade.¹²² Esta teoria foi, no entanto, severamente criticada pela quase unanimidade da doutrina, e acabou sendo revista. Dizia-se que ela abria amplas possibilidades para abusos e arbitrariedades, em razão do seu caráter vago e indeterminado, pondo os

¹²² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. pp. 445-449; GAVARRA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 281-282; e STEINMETZ, Wilton Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 50-51.

direitos fundamentais à disposição dos Poderes Públicos. Ademais, argumentava-se, com razão, que ela degradava os direitos fundamentais, na medida em que permitia o seu sacrifício em nome de interesses da coletividade que muitas vezes sequer possuíam estrutura constitucional. Tãmanha frãgilização da forãa normativa dos direitos fundamentais não seria compatível com regime constitucional que lhes atribui eficácia reforãada, e coloca num primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana.

Na Espanha, a "clãusula de comunidade" também foi reãagada, na Sentença nº 22/1984 da Corte Constitucional.¹²³ Tratava-se de caso em que se discutia um conflito entre o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e interesses públicos, e no qual o *Fiscal General del Estado* tinha alegado exatamente que "el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, de general, es de rango superior". Na decisão, de lavra do juiz Diez Picazo, reñuou-se veementemente esta proposição, aduzindo-se que a afirmação da superioridade dos fins sociais sobre os direitos fundamentais,

"... conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama.

Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero há de tratarse de fines sociales que consti-

123 Cf. OTTO Y PARDO, Ignãcio. "La regulaci3n del ejercicio de los derechos y libertades. La garantiãa de su contenido esencial em el artículo 53.1 de la Constituci3n". In: MARTIN-RETOORTILLO, Lorenzo & OTTO Y PARDO, Ignãcio. *Derechos Fundamentales y Constituci3n*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, pp. 95-172, p. 112.

Interesses Públicos vs. Interesses Privados
na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional

tuyan en si mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad há de resultar de la propia CE."¹²⁴

Ora, estas mesmas conclus3es valem para o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, afirmado pela doutrina brasileira, cuja incidência sobre os direitos fundamentais teria o condão de esvaziã-los por completo. Note-se, neste particular, que é bem diferente afirmar que a Administraç3o deve perseguir interesses públicos, afetos à coletividade, e não aqueles dos governantes – o que pode justificar o reconhecimento de um princípio de tutela do interesse público – e sustentar que estes interesses da coletividade devam prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos.

Na verdade, o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, da supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevãncia atribuída aos direitos fundamentais.¹²⁵ O discurso da supremacia encerra um grave risco para a tutela de tais direitos, cuja preservaç3o passa a depender de valoraç3es altamente subjetivas feitas pelos aplicadores do direito em cada caso.¹²⁶

124 O excerto da decis3o foi extraído de LORCA NAVARRETE, José F. *Derechos Fundamentales y Jurisprudencia*. Madrid: Ediciones Pirãmide, 1994, p. 66.

125 Cf. ÁVILA, Humberto. "Repensando o 'Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". *Op. cit.*, pp. 109-110.

126 Neste ponto, é precisa a liç3o de Paulo Ricardo Schier, quando afirma que "a assunç3o prãtica da supremacia do interesse público sobre o privado, como clãusula geral de restriç3o de direitos fundamentais tem possibilidade a emergãcia de uma políãca autorizãria de realizaç3o constitucional, onde os direitos, libertades e garantiãas fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclamos do Estado que, qual Míãas, transforma em interesse público tudo o que toca" (*Op. cit.*, p. 56).

Recorde-se, por outro lado, que a compreensão sobre a preeminência dos direitos fundamentais na ordem jurídica tem levado a melhor doutrina administrativista a repensar a definição clássica de poder de polícia, que, infelizmente, ainda hoje se pode encontrar na maioria dos manuais nacionais, segundo a qual tratar-se-ia de atividade administrativa voltada à submissão dos direitos individuais aos interesses da coletividade. Esta, na verdade, era uma concepção própria do Estado de Polícia, e que não se concilia com o ideário do Estado de Direito, que postula a plena vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. É o que afirmam com toda ênfase Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, no seu célebre *Curso de Derecho Administrativo*:

*"Es absolutamente inadmisível afirmar, como resulta de certas exposiciones y aun de algunas decisiones jurisprudenciales, que la Administración dispone de un poder general implícito o derivado de la cláusula general del orden público (...) para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general. Esta es una tesis rigurosamente procedente del absolutismo (...) pero totalmente incompatible con la construcción moderna del Estado de Derecho."*¹²⁷

Na verdade, parece-nos que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Elas demandam um exame mais

¹²⁷ *Curso de Derecho Administrativo*, 7ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pp. 63-64.

complexo, que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina. Assim, é preciso primeiramente recordar que os limites aos direitos fundamentais podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.¹²⁸

O primeiro caso não suscita maiores problemas. Ao positivar um determinado direito fundamental, o poder constituinte pode definir seu âmbito de proteção de modo a excluir previamente determinadas hipóteses e situações, seja em atenção a outros direitos fundamentais, seja em referência a algum interesse geral da coletividade. Na ordem jurídica brasileira, por exemplo, o constituinte estabeleceu, com clareza, que a liberdade de reunião não inclui o direito de reunir-se com armas (art. 5º, inciso XVI, CF). Neste sentido, é claro que o Poder Público pode, visando promover algum interesse público ou necessidade social, desapropriar um bem particular, mediante o pagamento de prévia e justa indenização. E, para isto, não é necessário buscar fundamento em qualquer abstrato princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.¹²⁹ Basta a singela leitura do dispositivo constitucional pertinente (art. 5º, inciso XXIV, CF), que traz uma delimitação ao conteúdo do direito de propriedade. Nestas hipóteses, não há

¹²⁸ Cf. CANOTILHO, *Op. cit.*, pp. 1142-1143.

¹²⁹ Aliás, como bem observou Gustavo Binenbojm (*Op. cit.*, p. 37), a solução do constituinte no caso não foi, como se costuma dizer, a de privilegiar o interesse público subordinando integralmente o privado – o que teria ocorrido se o texto constitucional houvesse autorizado o confisco – mas a de buscar a acomodação entre os interesses público e privado envolvidos, exigindo, como requisito para a desapropriação, o pagamento prévio de indenização justa ao expropriado.

sentido em recorrer aqui a qualquer critério apriorístico de solução de antinomias entre interesses públicos e privados, uma vez que a ponderação entre eles já foi realizada de antemão, *in abstracto*, pelo próprio constituinte, ao definir os contornos do direito fundamental em causa.¹³⁰

Por vezes, a Constituição também autoriza expressamente o legislador a operar a restrição de um direito fundamental,¹³¹ ao invés de fazê-lo diretamente. Nestes casos, o constituinte pode pré-estabelecer, ou não, as hipóteses e finalidades da restrição. Quando não há qualquer definição constitucional sobre o sentido e a finalidade da restrição a ser estabelecida pelo legislador, fala-se em direitos fundamentais submetidos à reserva legal simples, e, no caso contrário, alude-se a direitos fundamentais submetidos a reserva de lei qualificada. Como bem sintetizou Gilmar Ferreira Mendes, “no primeiro caso, limita-se o constituinte a autorizar a intervenção legislativa sem fazer qualquer exigência quanto ao conteúdo ou finalidade da lei; na segunda hipótese, eventual restrição deve-se fazer tendo em vista a persecução de determinado objetivo ou ao atendimento de determinado requisito expressamente definido na Constituição”.¹³² Tome-se como exemplo de reserva de lei simples, o direito previsto no art. 5º, inciso LVII, do texto magno,

130 Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, 69.

131 Note-se, todavia, que nem sempre que a Constituição alude à lei, em norma consagradora de direitos fundamentais, se trata de autorização para restrição. Muitas vezes, a remissão à lei indica a necessidade de edição de norma para conformação, complementação e disciplina do direito, não contendo permissivo para restrição, como acontece, por exemplo, quando a Constituição Federal determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), ou quando reconhece “a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei” (art. 5º, XXXVIII). Veja-se, a propósito, TOLEDO, Suzana de Barros. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

132 “Os Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões”. *Op. cit.*, p. 232.

segundo o qual “o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”, e como paradigma de reserva de lei qualificada, o direito à liberdade profissional, delineado no art. 5º, inciso XIII, da Carta de 88, que prescreve ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Note-se, contudo, que a atribuição ao legislador de expressa competência para criação de restrição a direito fundamental não implica na outorga a ele de um “cheque em branco”, que o autorize a estabelecer qualquer tipo de limitação ao direito em causa. Entram aí em questão os chamados “limites dos limites”, que, de acordo com a sistematização doutrinária mais frequente, envolvem: (a) sua previsão em leis gerais, não casuísticas e suficientemente densas; (b) o respeito ao princípio da proporcionalidade, em sua triplíce dimensão – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e (c) o não atingimento do núcleo essencial do direito em questão.

E, no caso dos direitos fundamentais sujeitos à reserva qualificada, pode-se acrescentar a este elenco mais um “limite dos limites”: o enquadramento da restrição instituída pelo legislador aos termos preconizados pelo constituinte. Assim, se o constituinte só quis autorizar a realização de interceptações telefônicas “por ordem judicial (...) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal” (art. 5º, inciso XII, CF), não pode o legislador, em nome do interesse público, permitir a quebra do sigilo das comunicações telefônicas em procedimento administrativo disciplinar, por mais grave que tenha sido a infração, ou mesmo em ação cível em que se apure ato de improbidade administrativa.

Analisaremos, logo abaixo, estas limitações às restrições de direitos fundamentais, vendo seu impacto na discussão sobre a colisão entre interesses públicos e privados. Mas antes disso, por conveniência à nossa ordem expositiva,

va, é interessante abordar as restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pelo texto constitucional, já que os "limites dos limites" acima mencionados aplicam-se também a elas.

À primeira vista poderia causar certa estranheza a aceitação da possibilidade de restrição de direitos fundamentais sem expressa autorização constitucional. Afinal de contas, os direitos fundamentais não se encontram à disposição do legislador, mas representam vínculos que o constrangem, cerceando, em prol da dignidade humana, a sua liberdade de conformação. A estatuta constitucional destes direitos representaria óbice para as limitações operadas por normas de inferior hierarquia.

Contudo, a possibilidade de restrições não autorizadas deriva da própria Constituição. Ela se origina do fato de que as constituições em geral – e a nossa não é exceção – hospedam com alguma frequência direitos e outros princípios que podem colidir em casos concretos, e, na maioria dos casos, o constituinte não fixa de antemão os critérios para solução destes conflitos. Esta circunstância torna muitas vezes necessário, em nome do postulado da unidade da Constituição, que, mesmo sem expresso permissivo constitucional, se consinta com o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando possibilitar o seu convívio com outros bens de estatuta constitucional.¹³³ É preferível que tais restrições sejam fixadas de antemão pelo legislador, do que se fique sempre a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do Direito, seja ele o juiz ou, pior ainda, o administrador. O caráter legislativo da restrição confere, por um lado, maior previsibilidade e segurança jurídica ao

cidadão, e, por outro, crisma com maior legitimidade democrática a ponderação realizada.

Mas parece certo que, nestas hipóteses de restrições não expressamente autorizadas, a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade. 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.¹³⁴

Esta é, aliás, uma razão adicional para a recusa à admissão de um princípio da supremacia do interesse público como critério de limitação de direitos fundamentais. Como nem todo interesse público possui berço constitucional, não há como postular sua prevalência sobre tais direitos.

Outro pressuposto para a limitação dos direitos fundamentais é, como já se destacou acima, a sua previsão em lei geral, abstrata e suficientemente densa e determinada, de modo a gerar previsibilidade e segurança jurídica.¹³⁵ In-

¹³³ Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 250; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 304; e ANDRADE, José Carlos Vieira. *Op. cit.*, p. 232.

Em sentido contrário, há quem argumente, com base no princípio democrático, que seria lícito ao legislador eleger outros fins, além daqueles contidos implícita ou explicitamente na Constituição, e na persecução destes fins restringir direitos fundamentais, desde que respeitados outros limites, como o princípio da proporcionalidade. Veja-se, neste sentido, o magistério de NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 610-626; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional*. Tese de doutorado ainda inédita, defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 2004, pp. 289-291.

¹³⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1145; QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 207.

¹³³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. *Op. cit.*, pp. 119-124; OTTO Y PARDO, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 107-110; e STEINMETZ, Wilson Antonio. *Op. cit.*, pp. 57-61.

teressa-nos aqui sobretudo a questão da determinabilidade da norma restritiva. E o fato é que restrições a direitos fundamentais erigidas em termos muito vagos são consideradas inválidas, porque permitem ingerências imprevistas no âmbito de proteção do direito, conferindo ao aplicador da norma uma discricionariedade exagerada, que pode resvalar para o arbítrio.¹³⁶ Elas fazem com que penda sobre a cabeça dos titulares dos direitos verdadeira "espada de Dâmocles", já que o cidadão só pode programar sua própria vida se souber de antemão quais são os limites para sua liberdade de ação consentidos pela ordem jurídica.

Na verdade, a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais – como a da supremacia do interesse público – implica também em violação aos princípios democráticos e da reserva de lei, em matéria de limitação de direitos, já que transfere para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental. Ademais, dita indeterminação pode comprometer a sindicabilidade judicial dos direitos fundamentais, por privar os juízes de parâmetros objetivos de controle.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência vem recusando a constitucionalidade de restrições muito amplas às liberdades fundamentais, tendo construído, neste particular, a chamada *Void for Vagueness Doctrine*, incidente sobretudo em questões envolvendo a aplicação da 1ª Emenda.¹³⁷ De acordo com esta doutrina, as restrições às liberdades constitucionais são inválidas por excessiva vaguessa, quando as regras limitadoras forem tão indefinidas que a linha entre a conduta válida e a inválida do particular se torne matéria controversa entre pessoas de boa-

fé e inteligência mediana. Esta indefinição é considerada inconstitucional, entre outras razões, por conta do perigo para a liberdade individual decorrente da discricionariedade excessiva conferida aos aplicadores do direito, provocada pela inexistência de *standards* balizadores explícitos.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional também rechaçou a possibilidade de instituição de restrições a direitos fundamentais em termos excessivamente vagos, no acórdão nº 285/92, em que consta o seguinte:

"... o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo dessa forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação da Administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem julgarem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o 'núcleo essencial' da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos (...); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem."¹³⁸

Ora, seria difícil pensar numa limitação mais vaga e indeterminada aos direitos fundamentais do que a proteção do interesse público. Afinal, o que é o interesse público? Certamente, pessoas idôneas, de boa-fé, divergirão profundamente sobre o que o interesse público postula em

136 Cf. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 220-221.

137 TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 2nd. ed., Mineola: the Foundation Press, 1988, pp. 1033-1035.

138 *Apud* NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 771.

cada caso. Na verdade, como destacou Odete Medauar, hoje a doutrina reconhece a "... indeterminação e dificuldade na definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua pretensa objetividade".¹³⁹ De fato, numa sociedade plural e heterogênea, em que grupos diversos defendem interesses não convergentes, mas nem por isso menos legítimos, todos merecedores de tutela estatal, fragmenta-se ao extremo a noção de interesse público, cuja definição, em cada caso, torna-se cada vez mais dependente de decisões discricionárias.¹⁴⁰ Neste contexto, não é preciso professar a ideologia neoliberal de Hayek para concordar com o seu ceticismo em relação à possibilidade de definição do interesse público:

"The common welfare or the public good has to the present time remained a concept most recalcitrant to any precise definition and therefore capable of being given almost any concept suggested by the interests of the ruling group."¹⁴¹

Por isso, não seria possível instituir por lei, nem muito menos reconhecer, à falta dela, a existência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais, baseada na supremacia do interesse público. Além de todos os outros problemas já suscitados, o certo é que uma restrição desta ordem debilitaria em excesso os direitos fundamentais, tornando-os reféns de valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos aplicadores do Direito.

139 O *Direito Administrativo em Evolução*. Op. cit., pp. 181-182.

140 Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Direito Administrativo*. v. II. Milano: Giuffrè, 1988, p. 111; e MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Público*. Op. cit., pp. 148-157.

141 *Law, Legislation and Liberty*, v. II. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 01.

Mas não é só. Talvez a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade, que constitui importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. Com efeito, o princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência, estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais. De acordo com a posição dominante, cujas origens remontam à dogmática germânica, este princípio poderia ser desdobrado em três subprincípios, assim sintetizados por Luís Roberto Barroso: "(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão."¹⁴²

142 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 209. Sobre os subprincípios em questão, veja-se também ALEXY, *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 111-115; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. cit., pp. 262-263; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 360-361; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 66-68; BARROS, Suzana de. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Op. cit., pp. 148-153; STUMM, Raquel Denise. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 79-82; SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 87-90; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 116-125; e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., pp. 288-317.

O emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro. Neste sentido, ele é de especial importância no campo dos direitos fundamentais, como fórmula de limitação de medidas que restringem estes direitos. Um dos seus objetivos, como o nome já revela, é a busca de uma justa e adequada "proporção" entre os interesses em pugna. Por isso, a aplicação do princípio da proporcionalidade exige a realização de ponderações minuciosas e devidamente motivadas, nas quais se torna fundamental a atenção sobre as particularidades da situação concreta sob análise.

Só que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade a priori de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto.¹⁴³ Ao invés da procura racional de solução equilibrada entre o interesse público e privado implicados no caso, prestigia-se apenas um dos pólos da relação, o que se afirma também incompatível com o princípio de hermenêutica constitucional da concórdância prática, que obriga o intérprete a buscar, em casos de conflitos, solução jurídica que harmonize, na medida do possível, os bens jurídicos constitucionalmente protegidos, sem optar pela realização integral de um, em prejuízo do outro.¹⁴⁴

143 Neste sentido, ÁVILA, Humberto. "Repensando ...". Op. cit., pp. 112-117; e BINENBOJIM, Gustavo. Op. cit., pp. 21-29.

144 Cf. STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Trad. Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 293-294. "Ningún bien jurídico debe ser protegido como de rango superior a costa de outro valor protegido, a menos que

Mas é verdade que se pode defender a vigência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular numa versão mais fraca: em casos de conflito, ao invés de uma primazia a priori e absoluta do interesse público sobre o particular, ter-se-ia apenas uma regra de precedência *prima facie*. De acordo com esta outra concepção, que parece ter sido adotada dentre nós por Odete Medauar e Fábio Medina Osório, os interesses públicos normalmente prevalecem em face dos privados, mas é possível que, em algumas circunstâncias especiais, o oposto aconteça. Para esta concepção, o ônus argumentativo maior é sempre o de quem defender o interesse particular, num caso de colisão com interesse público, pois, pela sua ótica, seriam necessárias razões muito fortes para que o primeiro derrotasse o segundo, na ponderação a ser realizada pelo aplicador do direito.

Todavia, esta visão também é francamente incompatível com o nosso sistema constitucional, por fragilizar em demasia os direitos fundamentais. Com efeito, se é verdade, como afirmamos acima, que o entrenchementamento dos direitos fundamentais não significa a sua imunização absoluta diante da possibilidade de ponderações com interes-

la propia constitución ordene la diferencia de rango. De la unidad de la constitución se deduce la tarea de 'optimización' o 'armonización' de las normas constitucionales, en la medida en que se tiene que producir un equilibrio, que ciertamente impone límites a una norma jurídica, pero que no niega por eficacia."

No mesmo sentido, HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. 2ª ed. Trad. Pedro Cruz Villalón. Centro de Estudios Constitucionales, 1992: "... los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Allí donde se produzcan colisiones no se debe (...) realizar uno a costa del otro. Pero el contrario, el principio de la unidad de la Constitución exige unalabor de 'optimización': se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad."

INSTITUTO DO ESTADO
BIBLIOTECA 4662310x

ses coletivos, também parece certo, por outro lado, que, no mínimo, há de se exigir no processo ponderativo uma fortíssima carga argumentativa para superação do direito fundamental em proveito do interesse público em confronto.

Mas, para a teoria "fraca" da supremacia do interesse público sobre o particular – como aqui a batizamos –, dá-se o contrário, pois os direitos fundamentais, já na largada do processo ponderativo, partem em franca desvantagem em relação aos interesses públicos. Ela desconsidera que os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, visam resguardar para os particulares certos bens jurídicos considerados essenciais para a promoção da sua dignidade, e que devem por isso beneficiar-se de vigorosa proteção diante dos poderes públicos, inclusive quando estes afirmem estar perseguindo interesses da coletividade. Enfim, a teoria "fraca" – e muito mais ainda a "forte", por óbvias razões – debilita a proteção dos direitos fundamentais, submetendo a exigência de que qualquer restrição a eles seja submetida a um rigoroso escrutínio, em que cabha à medida restritiva, ainda que inspirada no interesse público, e não ao direito contraposto, a maior carga argumentativa.

Portanto, esta concepção mostra-se em flagrante descompasso com a ordem constitucional brasileira, que se notabiliza pela ferrenha defesa dos direitos fundamentais. E, neste passo, parece relevante recordar brevemente algumas marcantes características da Carta de 88, reveladoras do seu espírito. É preciso lembrar que a Constituição surgiu num momento histórico de superação de uma visão autoritária sobre o Estado e sua relação com as pessoas, que relegava os direitos fundamentais a um plano secundário e periférico. Assim, reagindo contra um passado que se quera exorcizar, a Constituição inverteu o que era até então a tradição nacional, e consagrou no seu corpo os direitos fundamentais antes das normas relacionadas à estrutura, aos poderes e às competências do Estado. Tal

fato não foi mera coincidência. Ele é sintoma de uma clara opção do constituinte, que perfilhou a idéia de que os direitos fundamentais não são dédavas do poder público, mas antes a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado. O constituinte também não quis que o generoso e não exaustivo elenco de direitos que reconheceu se quedasse inefetivo, consagrando assim o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF). Não bastasse, fortaleceu as garantias processuais dos direitos, bem como a jurisdição constitucional, que visa protegê-los diante dos eventuais abusos perpetrados do legislador. Ademais, pela primeira vez na nossa história, os direitos fundamentais foram explicitamente convertidos à condição de cláusulas pétreas, limitando o próprio constituinte derivado.

Estas particularidades, dentre outras, revelam com eloquência que, na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade. Portanto, parece-nos de meridiana clareza que concepções que não atribuem a merecida preeminência a estes direitos – como as subjacentes ao princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão "forte", seja na sua alternativa mais "débil" –, devem ser descartadas, não só porque moralmente perigosas, como também pela sua franca inadequação à ordem constitucional brasileira.

É mais, por todas as razões acima aventadas, entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa "*precedência prima facie*" dos primeiros.¹⁴⁵ Esta precedência implica na atribuição de um

¹⁴⁵ Alexy, na verdade, refere-se às colisões entre direitos individuais e interesses coletivos, assim se manifestando: "*Se sostendrá que una determinación substancial general de la relación entre derechos individuales y*

peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ónus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los.¹⁴⁶ Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um devido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a "vitória" do direito fundamental. E tal ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia *prima facie* dos direitos fundamentais poderá incorrer em inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações *in concreto*.

Em linha semelhante, Ana Paula de Barcellos, ao versar sobre parâmetros materiais para a ponderação de interesses, sustentou que, como regra geral, "diante de um conflito que exija o recurso à ponderação, os direitos fundamentais, previstos pela Constituição, devem preponderar sobre os

bienes colectivos está impuesta por razones normativas en virtud de una precedencia prima facie de los derechos individuales. El argumento principal consiste en (...) la necesidad de un orden normativo de la vida social que tome el individuo en serio. El concepto de tomar en serio no implica que las posiciones de los individuos no puedan ser eliminadas o restringidas en aras de bienes colectivos pero sí que para ello tiene que ser posible una justificación suficiente. (...) Esta precedencia prima facie se expresa en una carga de la argumentación en favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos" ("Derechos Individuales y Bienes Colectivos". Op. cit., p. 207).

146 Esta ideia da preferência a priori dos direitos fundamentais sobre os interesses coletivos também foi defendida por Oscar Vilhena Vieira, que ressaltou: "Se direitos só existem em sociedade e se prespõem uma decisão da sociedade de preservar certos valores ou interesses, por intermédio do meio legal, é fundamental que eles sejam em primeiro lugar capazes de se conciliar com direitos alheios, e em segundo lugar compatibilizar-se com interesses coletivos, ainda que numa posição de superioridade presumida em relação a eles" (grifo nosso). In: *A Gramática dos Direitos Humanos*. Op. cit., p. 27.

demais enunciados normativos e normas".¹⁴⁷ Além de outros argumentos de natureza filosófica, a autora sustentou tal critério com base em dados normativos inquestionáveis. Nas suas palavras, "é absolutamente consensual, na doutrina e na jurisprudência que a Constituição de 1988 fez uma opção material clara pela centralidade da dignidade da pessoa humana, e, como decorrência direta, dos direitos fundamentais. Isto decorre, de modo muito evidente da leitura do preâmbulo, dos primeiros artigos da Carta e do *status de cláusula pétrea conferido a tais direitos*. (...) Há, portanto, uma justificativa normativa para o critério escolhido: a própria Constituição decidiu posicionar a dignidade humana e os direitos fundamentais no centro do sistema por ela criado".¹⁴⁸

E deve-se considerar, por derradeiro, o "limite dos limites" concernente à obrigação de respeito ao núcleo essencial do direito fundamental. A tutela de interesses públicos encontra também um limite na proteção do núcleo essencial destes direitos, o que constitui razão adicional para que se rejeite um critério de resolução de colisões como o princípio da supremacia do interesse público.

Na verdade, a proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais encontra-se consagrada em Constituições como a alemã (art. 19, inciso III), a espanhola (art. 53, nº 1) e a portuguesa (art. 18, nº 3), mas não foi expressamente prevista pela ordem constitucional brasileira.¹⁴⁹ Tal garantia, nas palavras de Otto y Pardo, "es limite

147 "Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional". In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 49-118, p. 107.

148 *Idem, ibidem*, pp. 108-109.

149 Isto, porém, não é suficiente para que se recuse sua existência no ordenamento constitucional brasileiro. Neste sentido, o magistrado de Raquel Denize Stumm: "A falta de previsão textual da proteção do núcleo essencial não significa que ela não vigore no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, ela se faz presente como um reflexo da supremacia da Constituição

de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite má allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas".¹⁵⁰

Ela surgiu historicamente no direito germânico como tentativa de proteção dos direitos fundamentais diante do perigo de esvaziamento representado pela ação corrosiva do legislador. Tratava-se de uma reação contra a visão que prevalecera durante a Constituição de Weimar, em que se atribuía às normas constitucionais de direitos fundamentais um caráter meramente programático, não se conferindo assim a tais direitos uma proteção que excedesse àquela já proporcionada pelo princípio da legalidade. Naquele contexto, partia-se da premissa de que os direitos fundamentais valiam no âmbito das leis, o que acabava conferindo ao legislador um poder praticamente ilimitado para restringi-los.¹⁵¹ Daí, a garantia do núcleo essencial visava atribuir uma vinculação constitucional mínima do legislador aos direitos fundamentais.

Hoje, contudo, trava-se intensa polémica acerca do significado da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e há quem aponte a ociosidade desta proteção, em face da concepção contemporânea da vinculação plena do legislador aos direitos fundamentais, aliada ao princípio da proporcionalidade. Formaram-se na doutrina, em síntese, dois pares de teorias, que podem ser associados em diferentes combinações e que se abrem para moda-

e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional nos países de constituições rígidas" (*O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pp. 141-142).

¹⁵⁰ "La regulación ...". *Op. cit.*, p. 125.

¹⁵¹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, pp. 779-780; e MENDES, Gilmar Ferreira. "Direitos Individuais e suas Limitações: Breves Reflexões". *Op. cit.*, pp. 241-242.

idades mistas: teorias absoluta e relativa, e teorias subjetiva e objetiva.

De forma muito simplificada, pode-se dizer que a teoria absoluta postula a existência de um último reduto inepugnável do direito fundamental, que não poderia ser restringido em nenhuma hipótese.¹⁵² Ela concebe os direitos fundamentais como círculos concêntricos, no qual o mais externo demarcaria o âmbito de proteção, e o mais interno o núcleo essencial. Este representaria uma esfera intocável do direito, o seu "coração", cuja afetação poderia desnaturá-lo ou implicar na perda do seu sentido útil. Porém, contra esta teoria, objeta-se que é quase impraticável definir a essência do direito fundamental, discernindo-a do seu campo periférico de proteção. E aduz-se, ainda, que existiriam situações da vida em que fatalmente ocorreria o confronto entre núcleos essenciais de dois direitos fundamentais, ou entre núcleo essencial de um direito fundamental e de outro princípio constitucional. Para estas hipóteses mais difíceis, a teoria absoluta não apresentaria solução.

Já a teoria relativa reconduz o problema da definição do núcleo essencial a uma questão de ponderação. Para ela, "há violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando a afectação destes vai para além do que é estrita e incondicionalmente exigido pela necessidade de prossecução do bem que justifica a restrição".¹⁵³ Assim, para a teoria relativa, a proteção do núcleo essencial é móvel e dinâmica e acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade.¹⁵⁴ Porém, seus adversários argumentam que, em sistemas constitucionais em que há

¹⁵² Esta teoria é defendida em Portugal por MIRANDA, Jorge. *Manual de*

Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 309.

¹⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. *idem*, p. 781.

¹⁵⁴ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, pp. 286-291, que defende a teoria relativa.

expressa previsão da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como Alemanha, Espanha e Portugal, torna-se problemático sustentar tese que implique na superfluidade desta garantia, e é isso que ocorre na teoria relativa, quando esta identifica a garantia do núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade.

Se a polémica entre as teorias absoluta e relativa diz respeito ao valor da proteção conferida pela garantia do núcleo essencial, a contenda entre as teorias subjetiva e objetiva concerne ao objeto de proteção.¹⁵⁵ Para a teoria subjetiva, a garantia visa resguardar a posição do titular do direito fundamental afetado pela medida restritiva. Trata-se, em suma, de avaliar se, com a restrição, sobra para este titular uma esfera na qual o exercício do direito fundamental mantenha ainda sua importância e significação. No caso negativo, concluir-se-á que a medida restritiva ofendeu ao núcleo essencial do direito. A favor desta teoria, pesa a constatação de que a vocação última dos direitos fundamentais é a proteção de pessoas concretas, e não de instituições ou normas jurídicas, mas contra ela argumenta-se que não corresponderia a necessidades incontornáveis da ordem social.¹⁵⁶

Já para a teoria objetiva, o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata do direito, considerando-se a globalidade dos seus titulares, e não as posições jurídicas de qualquer deles em especial. Afirma ela que a proteção do núcleo essencial visa preservar o sentido útil do direito fun-

damental na ordem jurídica, tomando como referência a norma objetiva que o consagra.¹⁵⁷ Pela sua ótica, os reflexos, ainda que drásticos, das restrições aos direitos fundamentais na esfera de algum titular concreto não bastam para que se conclua pela ofensa ao núcleo essencial. Porém, impugna-se dita teoria, afirmando que ela ignora o real significado da proteção dos direitos fundamentais no Estado de Direito, que é o de proporcionar garantias aos indivíduos.

Refugiria ao escopo deste trabalho tomar partido nesta complexa e interminável controvérsia. Basta-nos, por ora, apenas apontar para o fato de que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais – não importa a forma como nós a concebamos – também não se compatibiliza com a atribuição de uma primazia dos interesses públicos sobre os direitos fundamentais.

Portanto, a solução para a colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos não é singela. A busca da solução constitucionalmente adequada deve respeitar os chamados "limites dos limites" dos direitos fundamentais, e certamente não passa por qualquer princípio de supremacia do interesse público. Aceitar que a solução destes conflitos se dê através da aplicação do princípio em referência seria, para usar a famosa expressão de Dworkin, não levar a sério os direitos fundamentais. E pode-se dizer tudo da Constituição de 88, menos que ela não tenha levado a sério estes direitos.

5. Interesses privados que não constituem direitos fundamentais

No item precedente, tratamos de conflitos entre interesses públicos e direitos fundamentais. Ocorre que nem

¹⁵⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Op. cit., p. 418.

¹⁵⁶ Tome-se o exemplo, sugerido por Jorge Reis Novais, da condenação a uma extensa pena privativa de liberdade de pessoa idosa, cuja expectativa de vida futura seja muito inferior ao tempo da pena (Op. cit., p. 784). Esta medida, aceita pelos ordenamentos em geral, poderia ser considerada incompatível com a proteção do núcleo essencial, se adorada a teoria subjetiva.

¹⁵⁷ Na doutrina portuguesa, José Carlos Vieira de Andrade sustenta este posicionamento (cf. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Op. cit., pp. 237-238).

todo interesse particular pode ser qualificado como direito fundamental. Direitos fundamentais são apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados à proteção e promoção da dignidade humana, que, pela sua elevada significação, foram postos pela Constituição acima do poder das instâncias deliberativas ordinárias. Há, assim, interesses privados que constituem direitos fundamentais, mas há outros interesses particulares que não recebem da ordem jurídica proteção tão reforçada.¹⁵⁸ Quando, por exemplo, o Estado coloca quebra-molas numa rodovia vi-

¹⁵⁸ Parece-nos equivocada, sob esta perspectiva, o reconhecimento da existência de um suposto direito geral de liberdade, que seria restringido a cada vez que o Poder Público determinasse ou proibisse ao particular a adoção de qualquer comportamento. Esta tese, sustentada por autores importantes, como Robert Alexy, parece-nos apresentar vários inconvenientes. Em primeiro lugar, ela inflaciona o conceito de direito fundamental, ao tratar como restrições de direitos fundamentais medidas absolutamente banais, como um simples sinal de trânsito fechado. Parafaseando Dworkin, podemos dizer que não há um direito fundamental a percorrer a Av. Rio Branco, no Rio de Janeiro, ou a Av. Paulista, em São Paulo, na contramão (Dworkin, por óbvio, não se referiu a nenhuma rua brasileira, mas à Lexington Avenue, em Nova Iorque).

Este elastecimento exagerado do conceito de direito fundamental corre o risco de esvaziar a dimensão moral destes direitos, que justifica sua proteção reforçada, operando assim uma espécie de "nivelamento por Baixo". Ademais, ao tratar todas as medidas estatais que impliquem em ingerências na esfera individual como restrições de direito fundamental, esta doutrina acaba justificando um ativismo judicial exagerado, tendo em vista a ampla possibilidade de controle sobre o respeito aos "limites dos limites" acima estudados. Este ativismo indiscriminado representa um risco não negligenciável para o princípio democrático. Por isso, preferimos a tese de que a Constituição protege, como direitos fundamentais, algumas liberdades básicas – que não são apenas aquelas expressamente consagradas no seu texto, mas também outras que possam ser extraídas pela via hermenêutica –, mas não existe um direito geral de liberdade constitucionalmente assegurado, protegendo todo e qualquer tipo de ação humana de interferências estatais. Sobre este debate, veja-se, em sentido próximo ao que aqui defendemos, DWORNIK, Ronald. "What Rights do We Have?". In: *Taking Rights Seriously*. Op. cit., pp. 266-278. Em linha contrária, confira-se ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Op. cit., pp. 210-245.

sando reduzir a velocidade dos veículos e prevenir atropelamentos, ele está, com base num interesse público, restringindo um interesse privado do motorista, que poderia preferir conduzir seu automóvel em maior velocidade. Por mais que se inflacione o conceito de direitos fundamentais, não temos aqui um destes direitos sendo restringido, e sim um mero interesse privado desprovido de estatutura constitucional cedendo espaço à proteção de um genuíno interesse da coletividade.

Será que, ao menos nestas hipóteses, é possível falar-se em supremacia do interesse público sobre o particular em casos de conflito?

Parece-nos, em primeiro lugar, que deve ser liminarmente descartada qualquer visão que, por atribuir primazia incondicional aos interesses públicos sobre os privados, desobrigue o Estado de agir moderadamente, e de observar o princípio da proporcionalidade, em qualquer ato que possa atingir interesses privados legítimos – mesmo os não tutelados em sede constitucional. Com efeito, retomando o exemplo dos quebra-molas acima invocado, afigurar-se-ia possível questionar, como base no princípio da proporcionalidade, o ato estatal que determinasse a colocação de uma quantidade exagerada deles, causando um transtorno para os motoristas além daquele efetivamente necessário para a proteção da segurança dos pedestres.

Neste sentido, discordamos da idéia de que o princípio da proporcionalidade preste-se exclusivamente para a proteção de direitos fundamentais em face de medidas restritivas encetadas pelo Estado. Embora, de fato, o foco principal do referido princípio sejam os direitos fundamentais, parece-nos que ele também pode ser empregado em outras situações, para impor racionalidade e moderação aos poderes públicos no trato com o cidadão. Este imperativo constitucional de comedimento dos Poderes Públicos na adoção de comportamentos que possam atingir interes-

ses particulares legítimos constitui corolário do princípio do Estado de Direito, que impõe a adoção de uma postura profundamente respeitosa do Estado em relação aos indivíduos, baseada na visão de que o que justifica a sua própria existência são os interesses dos cidadãos que o compõem.

Sem embargo, temos que, nestas hipóteses, o controle jurisdicional deve ser menos incisivo e mais reverente em relação às opções feitas pelos demais poderes públicos, do que no caso em que estiverem em discussão restrições a direitos fundamentais – em que se admite um escrutínio muito mais rigoroso, com um maior ativismo do Judiciário na fiscalização dos atos estatutais, justificado pela superior relevância constitucional dos bens em jogo.¹⁵⁹

Por outro lado, o princípio da legalidade administrativa também comparece nesta questão, para impedir uma genéri-

159 A ideia da existência de *standards* diferentes de ativismo judicial no controle dos atos dos poderes públicos não é nova. Hoje, boa parte do Direito Constitucional americano baseia-se nesta premissa. Por exemplo, no exame da cláusula do devido processo legal substantivo – muito próxima ao princípio da proporcionalidade acima referido – são empregados dois padrões radicalmente diferentes de controle. Um, pautado pelo extremo ativismo judicial, conhecido como *strict scrutiny*, quando tratar-se de ato que atinja certas liberdades fundamentais, que os norte-americanos rotularam como direitos preferenciais (*preferred rights*). Por este critério, os atos ou normas restritivos destas liberdades só são considerados compatíveis com a Constituição se for possível comprovar que eles foram estritamente concebidos para promover algum interesse indeclinável, de excepcional importância (*compelling interest*). Chega-se, nestes casos, ao ponto de reconhecer-se uma espécie de inversão da presunção de constitucionalidade das normas restritivas examinadas em juízo. O outro *standard*, muito mais respeitoso em relação às opções feitas pelos poderes políticos, é chamado de *rationality test*. Ele incide quando não estiverem em jogo restrições às liberdades preferenciais, e se caracteriza pela postura de auto-contenção judicial (*judicial self-restraint*). Nesta situação, o ato só é invalidado quando considerar-se que ele é desprovido de qualquer racionalidade ou que não atenda a nenhum objetivo governamental legítimo. Veja-se, a propósito, TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. Op. cit., pp. 769-784; e NOVAK, John F. & ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 5th. ed., St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 383-392.

ca invocação de interesses públicos como justificativa para a restrição de interesses particulares.¹⁶⁰ E cumpre lembrar aqui que a legalidade administrativa diferencia-se, em essência, daquela válida para os particulares em geral: enquanto, para estes, a regra é a liberdade, sendo a lei concebida como limite para a sua autonomia, para a Administração existe vinculação positiva ao ordenamento. Vale dizer, pela legalidade administrativa, o Estado só pode agir quando a ordem jurídica determina ou faculta a sua atuação. A lei, assim, não é só o limite, mas também o próprio fundamento da ação administrativa. Portanto, os interesses públicos só poderão ser invocados para restrição de interesses privados nos termos e nos limites das normas vigentes no ordenamento jurídico, que não só restringem, mas também modelam e condicionam toda a atividade administrativa.

É verdade, contudo, que no contexto atual de superação do legicentrismo, a vinculação do administrador à lei foi substituída pela sua subordinação ao ordenamento jurídico como um todo, no qual despontam, com importância capital, a Constituição e seus princípios. Assim, a exigência de lei formal para autorização da ação administrativa foi mitigada, admitindo-se hoje que a própria Constituição, pela força normativa que desfruta, possa fundamentar a atuação da Administração, independentemente de mediação legislativa.¹⁶¹ Entende-se assim que a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas antes a todo um "bloco de legalidade", que incorpora princípios, objetivos e valores constitucionais, e a esta nova fórmula-

160 Isto é admitido inclusive pelos autores que defendem a supremacia do interesse públicos sobre o particular. Cf. no particular, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1991, p. 52.

161 Cf. a tal propósito, a densa obra de OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

ção tem-se atribuído o nome de princípio da juridicidade, ou da legalidade em sentido amplo.¹⁶² Trata-se, contudo, de uma idéia de mão-dupla, pois da mesma forma que se presta para fundamentar, a partir da Constituição, ações da Administração Pública, ela serve também para limitá-la, impondo o acatamento imediato dos princípios e valores constitucionais.¹⁶³

Diante deste quadro, parece-nos inadequado falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mesmo em casos em que o último não se qualifique como direito fundamental. É preferível, sob todos os aspectos, cogitar em um princípio da tutela do interesse público, para explicar o fato de que a Administração não deve perseguir os interesses privados dos governantes, mas sim os pertencentes à sociedade, nos termos em que definidos pela ordem jurídica (princípio da juridicidade). Se a idéia de supremacia envolve uma comparação entre o interesse público e o particular, com a atribuição de preeminência ao primeiro, na noção de tutela este elemento está ausente, o que se afigura mais compatível com o princípio da proporcionalidade, fechando as portas para possíveis excessos.

Portanto, este dever de tutela do interesse público que pesa sobre a Administração não lhe concede o poder de atopelar indenemente os interesses particulares porventura conflitantes. Aqui entra em cena o dever de proporcionalidade, que impõe ao Estado a obrigação de sempre sopesar os interesses privados legítimos envolvidos em cada caso, ainda que eles não constituam direitos fundamentais.

162 Cf. ARAÇÃO, Alexandre dos Santos. "A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade". In: *Boletim de Direito Administrativo*: julho/2004, pp. 768-777, p. 776.

163 Nada obstante, é certo que, como já se destacou antes, a Constituição e as leis não definem com exatidão, na maioria das vezes, o conteúdo do interesse público, atribuindo à Administração Pública, através de normas abertas, o poder de defini-lo na singularidade de cada caso concreto.

Dessa forma, a ação estatal conforme ao Direito não será aquela que promover de forma mais ampla o interesse público colimado, mas sim a que corresponder a uma ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade.¹⁶⁴ Com a ressalva, contudo, de que quando os direitos fundamentais estiverem ausentes da balança, o escrutínio judicial da conduta estatal deve ser mais cauteloso, prevalecendo, na dúvida, a decisão já adotada pelo Poder Público.

6. Observações Finais

Negar a supremacia do interesse público sobre o particular e afirmar a superioridade *prima facie* dos direitos fundamentais sobre os interesses da coletividade pode parecer para alguns uma postura anti-cívica. Numa "sociedade de indivíduos",¹⁶⁵ em que os laços sociais afrouxaram-se, esta perspectiva pode soar como um estímulo para o egocentrismo; como um combustível para as tendências centrífugas já tão disseminadas no mundo contemporâneo. E, no contexto brasileiro, a fragilidade das nossas tradições republicanas e

164 Gustavo Binbenjim (*Op. cit.*, pp. 24-29) dá à questão formulação um pouco diferente. Ele define o próprio interesse público como o resultado de uma ponderação entre os interesses coletivos e privados presentes em cada caso, afirmando, a partir daí, que a atividade administrativa deve pautar-se incondicionalmente pela prossecução do interesse público. Portanto, pela sua construção, não há como ponderar-se o interesse público com o privado, pois o interesse público já é o resultado da ponderação. A diferença, contudo, é apenas aparente, já que no essencial estamos de pleno acordo: os interesses particulares devem ser devidamente sopesados e considerados pela Administração, com emprego do princípio da proporcionalidade, e não atopelados com base na invocação de uma hipotética supremacia do interesse público sobre o privado.

165 A expressão é de Norbert Elias, numa importantíssima obra em que estuda a evolução da relação entre indivíduo e sociedade: *A Sociedade dos Indivíduos*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

o ambiente cultural de rarefação do civismo podem ser vistos como um solo que, germinado por idéias tão liberais – que dêem tanta ênfase ao discurso dos direitos –, produza como fruto a consagração da "Lei de Gerson" como regra maior da nossa moralidade social.

Mas esta visão não se justifica. O bom civismo, cujo cultivo interessa ao Estado Democrático de Direito, não é o do nacionalismo à *outrance* – que tanto mal já fez à Humanidade –, nem o que prega a entrega incondicional do indivíduo às causas da coletividade. O civismo que interessa é o do "patriotismo constitucional",¹⁶⁶ que pressupõe a consolidação de uma cultura de direitos humanos. Afinal, numa sociedade pluralista como a nossa, não parece possível fundar a lealdade ao Estado exclusivamente no compartilhamento de alguma identidade cultural. O engajamento em causas comuns e a cooperação solidária carecem também de outros alicerces. E um destes alicerces pode ser a percepção de cada pessoa de que vive sob a égide de um regime constitucional que trata a todos com o mesmo respeito e consideração; a compreensão de que não se é súdito do Estado, mas cidadão; participe da formação da vontade coletiva, mas também titular de uma esfera de direitos invioláveis; sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite profundamente os interesses legítimos dos seus cidadãos.

166 O conceito do "patriotismo constitucional", empregado por Jürgen Habermas relaciona-se à possibilidade de construção de uma identidade nacional a partir não de fatores étnicos, religiosos ou culturais – tendo em vista o pluralismo existente na sociedade – mas do respeito e da vivência de princípios universalistas ligados à democracia e aos direitos fundamentais, presentes na Constituição de um Estado Democrático de Direito. Cf. HABERMAS, Jürgen. "Cidadania e Identidade Nacional". In: *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. V. II., Op. cit., pp. 279-305; e MAIA, Antonio Cavalcanti. "Diversidade Cultural, Identidade Nacional brasileira e Patriotismo Constitucional". In: <http://www.casa-rubarbosa.gov.br/>, acessado em 22.02.2005.

Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo*

Gustavo Binenbojm**

I. A outra história do direito administrativo: do pecado autoritário original à construção de uma dogmática a serviço dos donos do poder

Narra a história oficial que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei e da correlativa definição de uma pauta de direitos individuais que passavam a vincular a Administração Pública.¹ Essa noção garantística do direito administrativo, que se teria formado a partir do momento em que o poder aceita submeter-se ao direito² e, por via reflexa, aos direitos dos cidadãos, alimentou o mito de uma origem *milagrosa*³ e de categorias jurídicas exorbi-

* O presente artigo é fruto, em parte, das reflexões e discussões que mantive com meus alunos Alice Voronoff, Cláudia Thimer, Isabel Picot, Pablo Macedo, Mateus Queiroz e Paola Dias, do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo que coordeno na Faculdade de Direito da UERJ. Meu sentimento para com eles é de co-autoria, embora tudo que aqui se encontra escrito seja de minha integral e exclusiva responsabilidade.

** Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ, Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. *Master of Laws*, Yale Law School. Mestre e Doutorando em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado, advogado e parecerista no Rio de Janeiro.

1 V., por todos, Caio Tácito. *Evolução Histórica do Direito Administrativo, in Temas de Direito Público*, vol. I, 1997, p. 2.

2 Neste sentido, Diogo Ffeitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 1994, p. 148.

3 Textualmente, esta é a expressão utilizada por Prosper Weil para explicar o surgimento do direito administrativo. V. *O Direito Administrativo*, 1977, p. 7-10: "A própria existência de um direito administrativo é em alguma