

## Isadora Chansky Cohen

# Princípio da Supremacia do Interesse Público?

Uma análise da utilização da supremacia do interesse público sobre o privado no âmbito da jurisprudência do STF

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, sob a orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma

**SÃO PAULO** 

2010

#### **DEDICATÓRIAS & AGRADECIMENTOS**

Gostaria de dedicar este trabalho para todos os que me incentivaram a iniciar, permanecer e finalizar todo o processo da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São muitas as pessoas dignas de receberem meu "carinho-resposta" nesta breve nota, e para todas essas, respondo com meus sinceros agradecimentos. Algumas, no entanto, merecem minha menção honrosa.

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe, sem a qual - ou melhor, sem a insistência da qual, para que eu me tornasse uma melhor operadora do direito – esta passagem pela Escola de Formação sequer teria acontecido. Dedico essa monografia a ela e à minha irmã, por suas pacientes leituras deste trabalho e pelos elogios (muitas vezes parciais) e incentivos.

Agradeço à Juliana Palma, minha orientadora, pela relação de horizontalidade estabelecida e por todos os ensinamentos. Minha dedicatória é, especialmente, por me orientar, não somente para a monografia, mas também para os assuntos da vida, me servindo de espelho de como ser uma melhor estudante e uma melhor pessoa.

Agradeço a toda minha família. Dedico este trabalho aos meus avós, meus maiores exemplos, por terem me cedido a tranquilidade de sua casa em tardes de intenso estudo, e por terem me dedicado seu carinho e atenção nas tardes de desânimo e pouca inspiração.

E, claro, ao meu pai-drasto, por ter sempre se preocupado com o andamento deste trabalho, e pelo talento de me fazer rir e descontrair nas horas de major tensão.

Agradeço a toda equipe, tão bem preparada, da SBDP. Mas em especial, agradeço à Roberta e à Thaís, que sempre me proporcionaram o conforto de casa, com lanchinhos, conversas e cuidados.

Agradeço a todos os colegas da Escola de Formação pela riqueza dos aprendizados proporcionados com as discussões em sala. Dedico um pedacinho deste trabalho à Victoriana Leonora, Tamires, Estevam e Otávio, por estarem sempre dispostos a ajudar com assuntos relativos à monografia e com assuntos "extra-SBDP" e a quem, hoje, posso chamar de amigos.

Agradeço aos meus queridos, companheiros de sempre, que aturaram minhas ausências e minha falta de dedicação a eles ao longo deste ano. Obrigada à Luísa Brandão, por nunca desistir de me chamar para os programas mais incríveis que só nós gostamos de fazer; à Amanda Melo, por verificar o andamento do presente trabalho e me dar força para continuar; à Juliana Prado, pela alegria e descontração; ao Ricardo Lima, meu "minino", por torcer junto comigo pela finalização da monografia; ao Joaquim Nogueira e ao Hector Santos, pelo companheirismo e amizade de sempre. E por fim, mas não menos importante, ao Anderson Medeiros Bonfim, de quem sou fã, pela ajuda intelectual e pela atenção e presteza.

Para finalizar, agradeço e dedico este trabalho, também, às melhores amigas –irmãs - que eu poderia sonhar em ter. Maria Ópice e Carolina Yoshimoto, obrigada por fazerem parte, ativamente, de mais esta etapa da minha vida.

Concluo minha dedicatória agradecendo a quem esteve presente em todos os momentos deste processo. Minha dedicatória a você, Lucas Marini Pittioni, é uma retribuição de toda a sua dedicação. Obrigada pelas leituras e contribuições para a melhoria do trabalho. Obrigada pelo cuidado e pelo amor. Só tenho a agradecer, sempre, a você por estar ao meu lado.

# **ÍNDICE**

I – Int	trodução	. 6
1.1.	O Debate Doutrinário	.6
1.2.	O estudo da jurisprudência do STF	12
1.3.	Hipótese de pesquisa	13
II - Ar	ndaimes* – Capítulo Metodológico	16
11.1	Composição da Amostra	16
11.1	1.1 Critérios de Exclusão de Julgados	19
11.2	Como responder à pergunta?	21
III – N	Mas, afinal, como decide o STF?	24
111.1	Como o princípio é levado ao Supremo Tribunal Fedreal?	24
	A utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre esse privado como <i>obiter dictum</i>	
111.3	Matéria mais recorrente: Servidores Públicos	34
111.	.3.1 Remoção dos servidores públicos	36
111.	.3.2 Direito de greve e servidores públicos	42
	A supremacia do interesse público e os pedidos baseados na Lei 8 de 1964	49
Tribun	studo acerca da argumentação dos ministros do Supremo nal Federal no tocante à utilização do princípio da supremacia eresse público sobre o privado	
IV.I	Ministro Celso de Mello	56
	1.1. ADI 2.591 – Caso da possibilidade de aplicação do Código de fesa do Consumidor para as relações com instituições financeiras	58
IV.	1.2. ADPF 130 – Caso da antiga Lei de Imprensa	64
IV.2	Ministro Carlos Velloso	73
IV.	2.1. Suspensão de Segurança 1733 – o Caso da CPMF	74
IV.	2.2. Inquérito 1763 – Caso Jader Barbalho	76
	2.3. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 368.558-9, so do Setor Sucro-alcooleiro.	79
IV.3	Ministro Eros Grau	81
	3.1. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 455.283-3 – so da lotação de servidor matriculado em curso superior	81

VI – BIBLIOGRAFIA	98
V – CONCLUSÃO OBTIDA A PARTIR DA ANÁLISE	95
IV.4.2. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 - caso da antiga Lei de Imprensa	
IV.4.1. Mandado de Segurança 25.181-6 – Caso da fiscalização de Sociedade de Economia Mista pelo Tribunal de Contas da União	. 87
IV.4 Ministro Marco Aurélio	. 87
Públicos e a Previdência Social	. 83

#### I – Introdução

O tema central deste trabalho é o estudo acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tido, pela doutrina clássica, como um dos pontos-chave para o bom entendimento do Direito Administrativo, visto, inclusive, como uma de suas "pedras de toque" ou "pedras fundamentais".

A análise dar-se-á com foco voltado para o entendimento jurisprudencial acerca do tema desenvolvido, especificamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No entanto, cumpre esclarecer, de maneira breve, o que se discute atualmente sobre o princípio, aqui estudado.

Para isso, fez-se necessária uma sucinta explanação de como a doutrina se posiciona quanto ao assunto, conforme a seguir se vê. Tal posicionamento da doutrina foi fundamental quando da escolha do tema central do trabalho, servindo como uma válvula propulsora e motivadora de uma maior investigação sobre o princípio no campo da jurisprudência constitucional.

Verificou-se que a doutrina, a respeito da utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não adota posicionamento homogêneo, o que acarretou a seguinte pergunta: se há na doutrina efetivo debate sobre o referido princípio, tal debate também se verifica na jurisprudência do STF?

#### I.1. O Debate Doutrinário

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> A respeito da síntese do debate doutrinário do Direito Administrativo brasileiro sobre o princípio da supremacia do interesse público, conferir MOTTA PINTO, Henrique. **Princípios do Direito Administrativo**. Publicação do livro Introdução ao Direito Administrativo, da série GV*law* (Direito Administrativo: introdução ao direito administrativo / Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2008. – Série GV*law*).

A doutrina brasileira enfrenta, de maneira não pacificada, um debate acerca da temática do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

No tocante a este assunto, os doutrinadores apresentam diferentes entendimentos sobre o princípio, cada qual a sua maneira. Ainda que haja peculiaridades no entendimento de cada doutrinador, de forma geral, podese classificá-los em duas principais correntes, que respeitam as centrais diferenças de posicionamentos e as principais divergências.

Conforme salienta Juliana Bonacorsi de Palma, a respeito da identificação destas duas correntes doutrinárias:

O exposto diálogo teórico sintetiza as duas linhas percebidas com bastante nitidez no Direito Administrativo brasileiro em torno do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: a corrente que confere valor metodológico ao aludido princípio e aquela que repudia qualquer praticidade intrínseca ao princípio da supremacia, razão pela qual a Administração Pública deve se socorrer do mecanismo da ponderação.<sup>2</sup>

A primeira destas duas correntes identificada, entende o princípio em questão como peça fundamental para a existência da sociedade democrática e para o alcance de seu bem-estar, enquanto a outra argumenta pela incompatibilidade deste princípio com o Estado de Direito e com a democracia.

Os principais expoentes daquela corrente, tida como *clássica ou tradicional*, são Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>3</sup> e Maria Sylvia Zanella de Pietro<sup>4</sup>. Para ambos os autores, a supremacia do interesse público sobre o privado é uma

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> DE PALMA, Juliana Bornacorsi. *Atuação Administrativa Consensual – Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. A respeito do posicionamento doutrinário acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conferir este mencionado trabalho, págs. 49 e seguintes.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 22ª edição. São Paulo – SP. Malheiros Editores, 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2009.

idéia que pode ser inferida do texto constitucional, como um princípio dito *implícito*, e funciona como norte do direito administrativo.

Os argumentos centrais levantados por estes autores defendem a idéia de superioridade do interesse público<sup>5</sup> sobre o privado, de tal sorte que, em havendo situação de embate de interesses, será possível identificar um interesse como sendo da coletividade – representado pela Administração – e outro como sendo particular, e aquele *sempre* sobrepujará este último.

Os argumentos manifestados pelos partidários dessa primeira corrente de entendimento sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado podem ser sintetizados na passagem a seguir reproduzida de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5°, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.6

-

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> O interesse público é considerado por Celso Antônio Bandeira de Mello - e os que com ele compactuam - como a faceta coletiva dos interesses individuais, ou o interesse de cada indivíduo compreendido dentro da coletividade na qual este se insere

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo – SP. Malheiros Editores, 2007. páq. 93

Sobre a utilização do princípio da supremacia para a solução de litígios, os representantes desta corrente tradicional defendem a possibilidade de atribuir uma prevalência do interesse público sobre o privado, sem que para isso seja necessário atribuir um critério de resolução de conflito de interesses.

Nesse sentido, a supremacia do interesse público sobre o particular, no entendimento de tais doutrinadores, justificaria, por si só, a legitimidade das chamadas prerrogativas públicas.

Conforme se verifica do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la.<sup>7</sup>

A corrente divergente, representada por Gustavo Binembojm<sup>8</sup> e por Humberto Ávila<sup>9</sup>, defende a impossibilidade de classificação da *teoria da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* como um princípio constitucional. A essa corrente, atribui-se – neste trabalho – o nome de corrente empirista.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo – SP. Malheiros Editores, 2007. pág. 93

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

A respeito do assunto, posiciona-se Gustavo Binembojm da seguinte maneira:

Assim sendo, resta demonstrado como o dito princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares – que teria justificativa a partir das perspectivas do organicismo e do utilitarismo - se revela totalmente incompatível com a espinha dorsal do Estado democrático de direito. A Constituição brasileira de 1988, ao instituir um tal Estado, não deu abrigo a nenhuma das teorias morais cogitadas acima. Como corolário de seu caráter aberto, pluralista e compromissório, a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais. A posição central conferida ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio democrático não significou a adoção de uma teoria meramente individualista pelo constituinte. Assim, v.g., a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é matizada por sua dimensão objetiva; a cada previsão de direito costuma corresponder, no texto constitucional, a previsão, explícita ou implícita, de relativização do seu conteúdo pela lei ou pela Administração, em prol de outros direitos ou interesses gerais da coletividade. Portanto, não se há falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia a priori de uma ordem de interesses sobre outra, qualquer que seja o seu sentido (coletivista ou individualista)<sup>10</sup>.

Para tais doutrinadores, há uma necessidade de ponderação dos interesses conflitantes. De acordo com este entendimento, deve-se verificar, na situação concreta, qual interesse preponderará: o geral ou o individual.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008. pág. 86

Há pensadores desta corrente empirista que sequer vislumbram a possibilidade de caracterizar os interesses contrapostos - que se verificam da análise de determinada situação posta – como interesses coletivos ou individuais. O que há, em verdade – na concepção de tais doutrinadores -, são interesses diversos na sociedade.

De qualquer forma, constatou-se que, os representantes da corrente empirista defendem a necessidade de ponderação de interesses contrapostos, dado que ambos (os interesses conflitantes, sejam eles identificáveis como públicos e privados, ou não) são igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico e não há que se falar em *prévia* primazia de um sobre o outro.

Diante desta impossibilidade de atribuir uma preponderância, *a priori*, a determinados interesses em face de outros, os expoentes desta corrente sugerem que o melhor solucionamento - quando presentes choques de interesses - se dá a partir da apreciação do caso concreto, e da prevalência daquele interesse que se demonstrar ser o melhor – em seu grau máximo de otimização - para aquela situação.

Neste sentido, é o que defende Gustavo Binembojn:

Cuida-se de demonstrar, a seguir, como a emergência e expansão do constitucionalismo – e a conseqüente constitucionalização do direito administrativo – inviabilizam a subsistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e principal reitor da atividade administrativa.<sup>11</sup>

#### E acrescenta:

-

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008. pág. 103

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade. 12

Conforme se verifica, sem dúvida há, no campo doutrinário, grandes considerações que nos ajudam a pensar a questão do princípio da supremacia do interesse púbico. Mais do que isto: A doutrina está em ebulição a respeito do tema. Os debates são contemporâneos suscitando posicionamentos diversos que, em grande medida, demonstram formas diferentes de compreensão do Direito Administrativo.

No entanto, verifica-se também, que a abordagem doutrinária se faz majoritariamente no campo teórico, sendo pouco trazidas informações acerca de dados obtidos através da análise prática da questão. Por tanto, pretende-se averiguar se este debate, que se demonstrou tão apaixonado no campo doutrinário, se apresenta também na jurisprudência.

Em função desta situação, o presente trabalho tem, justamente, o objetivo de complementar a discussão com um ingrediente empírico, trazido a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

#### I.2. O estudo da jurisprudência do STF

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008. pág. 105

Segundo as palavras de Binembojm, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição<sup>13</sup> (destacamos).

Ora, para o exame de caso-a-caso, nem um meio se verifica mais eficaz do que a análise jurisprudencial para demonstrar como, na prática, ocorrem as relações entre o interesse público e o privado, identificados nos litígios levados à apreciação do Poder Judiciário.

Para concatenar os objetivos acima descritos - análise de casos concretos - com a proposta da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público ("EF"), propõe-se, com o presente trabalho, prover um olhar focado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de forma que ao final se possa verificar se o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado *é, ou não, utilizado* pelo STF e, em caso positivo, *como* é empregado.

#### I.3. Hipótese de pesquisa

Quando da escolha do tema central do trabalho foram supostas algumas possíveis hipóteses.

O ponto inicial, que motivou o trabalho como um todo, foi a suposição de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, da forma como é concebido de acordo com a teoria clássica, seria um

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008. pág. 86

argumento recorrentemente utilizado, muito invocado, na jurisprudência do Supremo.

Além da suposição de que este seria um princípio bastante invocado, supôsse, também, que sua utilização se daria de maneira a valorizar o princípio, de forma que este ocuparia uma posição central na argumentação orientadora das decisões finais da Corte, figurando como verdadeiras razões de decidir do STF.

Saliente-se que – e aqui, também, uma suposição – partiu-se do pressuposto de que seria possível analisar o STF como um tribunal uníssono, supondo-se, portanto, a possibilidade de um estudo generalizado, que englobasse cada ministro como componente de uma unidade institucional.

Pensou-se, ademais, que o princípio seria utilizado para resolução de conflitos envolvendo diversas matérias. Conforme se aprende, classicamente, todo o direito administrativo encontra fulcro na supremacia do interesse público sobre o privado, o que se levou a supor que os acórdãos e decisões monocráticas envolveriam questões de poder de polícia, de improbidade administrativa, conflitos de cunho ambientalista, litígios advindos de processos licitatórios, dentre outros.

Por fim, considerou-se que o STF usaria o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como uma ferramenta para justificar possíveis arbitrariedades e discricionariedades intentadas pela Administração Pública, já que a vagueza e imprecisão<sup>14</sup> dos termos que compõe o princípio dão margem para quaisquer interpretações por parte de quem o utiliza.

Para as hipóteses mencionadas, propôs-se uma metodologia de análise de jurisprudência que permitisse enfrentá-las e, assim, identificar como o STF emprega o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Essa metodologia será explicitada no item a seguir.

relator originário.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup>Conforme já dito pelo ministro Carlos Velloso "A linguagem jurídica, toda ela, apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa, convindo acentuar, entretanto, que não há conceitos indeterminados, mas sim conceitos cujos termos são indeterminados e que ao Poder Judiciário, em última instância, compete operar a determinação desses conceitos" - Voto Ministro Carlos Velloso, na ADIn 2.591-1, da qual fora

# II - Andaimes\*<sup>15</sup> – Capítulo Metodológico

Conforme já anteriormente elucidado, o presente trabalho se propõe, fundamentalmente, a responder à seguinte questão: como o Supremo Tribunal Federal trabalha o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em suas decisões?

Ressalte-se que, ao longo da leitura do material selecionado ("amostra"), inferiu-se ser impossível a generalização dos ministros como formadores de um só corpo, como fundamentadores de uma decisão – de uma razão – una.

O estudo da amostra desbancou a terceira hipótese de pesquisa, suposição segundo a qual o Supremo Tribunal Federal poderia ser analisado de forma a considerá-lo como uma instituição, apresentador de uma razão única para cada conflito levado a sua apreciação. Verificada tal impossibilidade, o presente trabalho se prontifica a examinar cada ministro componente da Corte tal como estes se comportam, compreendendo-os como "ilhas" 16.

#### II.1 Composição da Amostra

Para que a análise fosse possível, fez-se necessária a composição de uma amostra que demonstrasse um panorama geral a respeito do que pensa o STF sobre o princípio ora em comento e de como ele é utilizado nas argumentações que embasam os julgados<sup>17</sup>.

Foram empreendidas duas "estratégias" de pesquisa para esta composição, sendo as quais: (i) solicitação de pesquisa, através de ferramenta encontrada no sítio virtual do STF, no campo denominado "Solicitação por

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> A expressão *andaimes* foi utilizada pela Professora Ana Lúcia Pastore em uma das aulas de metodologia da SBDP, por ela ministrada, para designar o caminho – passo a passo - de construção do trabalho final.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> O entendimento segundo o qual cada ministro comporta-se como se fosse uma ilha, foi bem explicitado pelo Professor Conrado Hübner Mendes, no texto "Onze Ilhas".

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> O termo *julgados* compreende o conjunto composto tanto por acórdãos quanto por decisões monocráticas e decisões da presidência.

#### E-mail"

(http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaEmail/criarSolicitacaoEmail.asp)

; e (ii) busca de jurisprudência diretamente no referido sítio (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp).

A primeira destas requeria, para sua concretização, o preenchimento de um "formulário para a solicitação". Tal formulário foi devidamente preenchido e enviado, no dia 21.07.2010, sendo importante destacar os seguintes conteúdos:

- O campo "Tipo de Pesquisa" foi preenchido com a escolha "jurisprudência";
- O campo "Assunto" foi preenchido com o seguinte teor: "Princípio da Supremacia do Interesse Público / Interesse Coletivo / Interesse Geral";
- Por fim, o campo relativo à legislação pertinente e/ou mais informações foi preenchido com a mensagem a seguir: para fins de desenvolvimento de trabalho acadêmico, que se dispõe a estudar se o STF decide em prol da sociedade ou dos particulares, solicito o envio de acórdãos cujas decisões tenham privilegiado interesse coletivo, geral, da sociedade, de interesse público em detrimento de interesses particulares ou individuais. Ainda, gostaria de obter acórdãos em que tenha se discutido o princípio da supremacia do interesse público.

A resposta do STF, encaminhada no dia 23.07.2010, foi de grande utilidade, e trouxe como resultado treze acórdãos, cinco informativos e noventa e oito decisões monocráticas.

A segunda estratégia, efetuada durante o período compreendido entre os dias 27.07.2010 e 08.08.2010, deu-se por meio de "pesquisa livre" encontrada na área "Jurisprudência" da página inicial do *site* do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br).

Os critérios de busca utilizados, almejando a mais ampla composição da amostra, bem como os resultados obtidos para cada um desses critérios, foram os a seguir tabelados:

CRITÉRIO DE BUSCA	NÚMERO DE OCORRÊNCIAS
"supremacia do interesse público"	<ul><li>- 5 acórdãos</li><li>- 50 decisões monocráticas</li><li>- 14 decisões da presidência</li></ul>
"interesse público" particular	<ul><li>- 29 acórdãos</li><li>- 255 decisões monocráticas</li><li>- 95 decisões da presidência</li></ul>
"interesse público" "interesse privado"	<ul><li>- 14 acórdãos</li><li>- 32 decisões monocráticas</li><li>- 22 decisões da presidência</li></ul>
"interesse coletivo" particular	<ul><li> 7 acórdãos</li><li> 48 decisões monocráticas</li><li> 17 decisões da presidência</li></ul>
"interesse coletivo" "interesse privado"	<ul><li>1 acórdão</li><li>8 decisões monocráticas</li><li>3 decisões da presidência</li></ul>
"interesse geral" particular	<ul><li>- 1 acórdão</li><li>- 15 decisões monocráticas</li><li>- 1 decisão da presidência</li></ul>
"interesse geral" "interesse privado"	<ul><li> 3 decisões monocráticas</li><li> 8 decisões da presidência</li></ul>
Supremacia "interesse público"	<ul><li>- 13 acórdãos</li><li>- 71 decisões monocráticas</li><li>- 30 decisões da presidência</li></ul>

Supremacia "interesse coletivo"	<ul><li>- 1 acórdão</li><li>- 7 decisões monocráticas</li><li>- 3 decisões da presidência</li></ul>
Supremacia "interesse geral"	- 3 decisões monocráticas
Supremacia "interesse da coletividade"	<ul><li>4 decisões monocráticas</li><li>3 decisões da presidência</li></ul>
"interesse da coletividade" particular	<ul><li>- 1 acórdão</li><li>- 15 decisões monocráticas</li><li>- 4 decisões da presidência</li></ul>
"interesse da coletividade"  "interesse privado"	<ul><li> 3 decisões monocráticas</li><li> 1 decisão da presidência</li></ul>

### II.1.1 Critérios de Exclusão de Julgados

O presente trabalho visa a propiciar um relato, uma descrição, acerca da forma de utilização da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pela perspectiva dos ministros e de como se dá o debate em torno deste princípio.

Ao longo do processo de análise dos julgados percebeu-se que, quanto à utilização do princípio, alguns ministros se destacaram: (i) Ministro Celso de Mello; (ii) Ministro Carlos Velloso; (iii) Ministro Eros Grau; e (iv) Ministro Marco Aurélio. Sobre estes, conforme se verificará adiante, far-se-á um estudo detido a respeito de seus processos decisórios que trataram do princípio da supremacia.

A existência de conflito entre interesses opostos, identificados pelos ministros em cada um dos julgados, é imprescindível para o estudo que se pretende fazer. Neste sentido, justamente examinam-se as

situações em que o STF é levado a decidir a respeito da preponderância de um interesse em detrimento de outro e se esse processo de valoração de interesses tenha como base a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Isto posto, optou-se por fazer um corte metodológico, de maneira que somente aqueles julgados nos quais se demonstrasse evidente a existência de conflitos entre dois (ou mais) interesses seriam incluídos na amostra.

Todos os julgados que não envolveram situação litigiosa, de conflito de interesses contrapostos, foram afastados da análise. Como exemplo, pode-se citar casos em que se discutiam a competência de determinado órgão para interpor certo recurso<sup>18</sup> e outros em que se discutiam se presentes as condições da ação<sup>19</sup>.

Também foi estabelecido um corte temporal. Os julgados mais antigos, conseguidos por meio da pesquisa livre no *site* do STF e pela solicitação de pesquisa por e-mail, datavam da década de 1950, enquanto os mais recentes eram do ano de 2010. Ou seja, idealisticamente, quase sessenta anos deveriam ser estudados, o que se demonstrou impossível dentro do prazo de entrega deste trabalho.

Ao analisar os casos então selecionados, verificou-se que o ano de maior incidência de julgados cujos conteúdos versassem a respeito da aplicação da supremacia do interesse público era o ano de 1999.

Assim sendo, estabeleceu-se o seguinte corte temporal: uma década de Supremo Tribunal Federal e de supremacia do interesse público sobre o privado (1999 a 2010), corte este que abrangeria

legitimidade ativa do Ministério Público do Estado de São Paulo.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Como exemplo de julgados excluídos pode-se indicar: o Recurso Extraordinário 592982, do Rio Grande do Sul, sobre o qual o Ministro Ricardo Lewandowski, em sede de decisão monocrática, discutiu – no que envolvia a supremacia do interesse público - a legitimidade de ação do Ministério Público do Trabalho; bem como, o Recurso Extraordinário 174222, de São Paulo, sobre o qual, em sede de decisão monocrática, o Ministro Dias Toffoli discutiu a

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Como exemplo de julgados excluídos, por falta de condições da ação pode-se indicar: o Recurso Extraordinário 592867, de Pernambuco, decisão monocrática em que o Ministro Cezar Peluso indeferiu o pedido por entender ausentes as condições de admissibilidade do recurso; e, também, o Agravo de Instrumento 797767, de São Paulo, decisão monocrática de relatoria de Cármen Lúcia, em que esta entendeu não estarem presentes as condições de admissibilidade do recurso.

uma quantidade ainda grande de julgados e que, ao mesmo tempo, seria factível dentro do tempo proposto pela EF. Ainda, o exame desses dez anos corresponde a uma análise contemporânea a respeito da dinâmica de julgamento da Corte envolvendo o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Ao final, foram selecionados 140 julgados. Amostra composta!

#### 11.2 Como responder à pergunta?

Foram dez os critérios enumerados para nortear o estudo de cada um dos casos: (i) número e tipo da ação; (ii) matéria; (iii) Órgão Julgador; (iv) Ministro Relator; (v) data de julgamento pelo STF; (vi) partes envolvidas; (vii) conflito; (viii) argumentos utilizados pelos ministros; (ix) decisão final do STF; e, finalmente, (x) forma de emprego do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Cabe explicar com maior detalhamento cada um desses critérios (com exceção do número e do tipo da ação, da data de julgamento e das partes envolvidas, que são conceitos auto-explicativos).

Por *matéria*, entende-se o assunto que atua como pano de fundo de cada um dos casos analisados, tais como regime jurídico dos servidores públicos, regime jurídico das empresas estatais, assuntos concernentes aos direitos fundamentais, competência dos entes federativos, prestação de serviços públicos, dentre outras tantas. Importa observar que não houve um critério pré-estabelecido para determinar *quais matérias* seriam analisadas. Assim, estas foram livremente estabelecidas, conforme a leitura da amostra.

Órgão julgador corresponde àquele que profere a decisão, podendo este ser o plenário, a primeira turma, a segunda turma, ou um dos ministros, em sede de decisão monocrática ou da presidência.

Por *conflito*, quer-se dizer o embate entre os interesses identificados em cada caso. Cabe, aí, salientar a existência de diversas denominações - utilizadas pelos ministros para se referirem aos interesses tidos como

"públicos". Estes foram denominados como interesses coletivos, interesses sociais, interesses gerais, interesses da coletividade ou interesses públicos, mesmo. Cada uma destas classificações de interesses públicos foi considerada para o presente trabalho.

O termo utilizado em cada caso pelos ministros – sejam eles supremacia/preponderância/prevalência/ do interesses público/da coletividade/coletivo/da sociedade sobre o interesse privado/individual/particular - foi aqui classificado como *argumento*.

Neste sentido, importante ressalvar que o olhar foi direcionado para a <u>idéia</u> da supremacia do interesse público, e não para o <u>termo</u> utilizado pelos ministros, de forma que se considerou indiferente a nomenclatura atribuída pelos ministros ao interesse público.

Acerca do item ix, a *decisão* indica se cada ministro, em suas argumentações, aplica a idéia de *supremacia* de um interesse reconhecido como público no caso concreto. Em caso de o princípio ter sido utilizado, intentou-se verificar com que finalidade determinado ministro aplica a *supremacia* do interesse público sobre o privado, a exemplo de restrição de algum direito individual, ou para aplicabilidade de algum mandamento legal.

Dessa forma, procura-se responder *como* os ministros aplicam o princípio em apreço. Examina-se se os ministros utilizam a supremacia do interesse público sobre o privado como mero argumento retórico – como *obiter dictum*, ou como sua razão de decidir (*ratio decidendi*)<sup>20</sup>. Em sendo *ratio decidendi*, uma questão adicional é colocada para análise: o *caminho* seguido pelos ministros para justificar a supremacia. Assim, verifica-se qual artifício de valorização de interesses foi invocado – proporcionalidade<sup>21</sup>, sopesamento<sup>22</sup>, ponderação.<sup>23</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Sobre os conceitos de *ratio decidendi* e de *obiter dictum*: <a href="http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19\_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-">http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19\_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-</a>

<sup>%20</sup>Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Conforme Humberto Ávila, O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?, o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do

Neste sentido, observou-se se o princípio da supremacia do interesse público foi utilizado pelos ministros de acordo com a construção clássica, de forma a reconhecer o interesse público e colocá-lo em evidência ou, se não, se procedem à ponderação de interesses. Nessa medida, procurou-se averiguar se foram citados os doutrinadores e seus entendimentos acerca da supremacia do interesse coletivo.

Procede-se ao estudo de cada um dos julgadores com a observação a respeito da aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

meio?). Conferir ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicabilidade dos

princípios jurídicos. 9ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2009. págs. 161 e 162. <sup>22</sup> Já a colisão de princípios é solucionada de forma distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder perante o outro. Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidadedeum princípio. Diantedecertascircunstâncias do casoconcreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio (p. 93). Por isso essa colisão deve ser resolvidapor meio considerar sopesamento. É necessário as presentesnocasoconcretoparaatribuirpesosacadadireitoeavaliarqual deverá prevalecer. avaliação dos pesos dos princípios deverá levar em conta o seguinte raciocínio: "Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de umprincípio, tanto maiorterá que ser a importância de satisfação do outro". Neste sentido conferir crítica feira por Paula Gorzoni ao artigo Entre o Princípio e a Regra – Teoria dos direitos fundamentais, de Robert Alexy e traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, http://www.scielo.br/pdf/nec/n85/n85a13.pdf

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Conforme entendimento proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, em decisão do Pleno do STF, em que se discutiu a Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo: o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos.

#### III – Mas, afinal, como decide o STF?

Importa, no presente trabalho, não uma precisa conceituação do que seja a supremacia do interesse público sobre o privado segundo a visão dos ministros componentes do STF, mas, sim, a forma de utilização do princípio. Assim, o que de fato constitui objeto deste estudo é a verificação de como o STF se socorre do princípio, amplificando ou restringindo direitos e interesses.

Para isso, fez-se necessária uma análise quanto às argumentações dos ministros, para poder-se avaliar se a idéia de supremacia de um interesse sobre o outro é utilizada, e como o é.

#### III.1 Como o princípio é levado ao Supremo Tribunal Fedreal?

Inicialmente, observou-se a forma como os argumentos envolvendo supremacia de interesses públicos sobre privados são trazidos, para a apreciação dos ministros.

Curiosamente verificou-se que, recorrentemente, os ministros da Corte não utilizam o princípio de maneira originária, ou seja, em diversos casos o mérito a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado somente é analisado porque levado à apreciação da Corte. Assim sendo, pode-se dizer que muitas vezes os ministros são instigados, pelas partes ou pelos demais envolvidos na resolução dos litígios, a apreciar o caso com base no argumento da supremacia do interesse público sobre o privado.

Conforme demonstrou a amostra, argumentos baseados no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado também são bastante abordados pelas instâncias decisórias anteriores.

Em muitos dos julgados, e especialmente em sede de decisão monocrática ou da presidência, o princípio – ou pelo menos a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado – encontra-se presente em ementas de decisões recorridas ou em trechos de pareceres de outros órgãos públicos transcritos pelos ministros em suas decisões.

Assim, pode-se dizer que em diversos casos, quem faz a análise originária acerca do princípio são os Tribunais Regionais Federais<sup>24</sup>, os Tribunais de Justiça<sup>25</sup>, os Tribunais de Contas<sup>26</sup>, o Conselho Nacional de Justiça<sup>27</sup>, os Tribunais Superiores<sup>28</sup>, dentre outros.

Reiteradas vezes os ministros somente colacionam a apreciação sobre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado feita, anteriormente, pelos referidos órgãos, e apresentam mera concordância ou discordância em relação ao que foi colacionado. Ou seja, o que se verifica em tais casos é o acolhimento, ou não, dos argumentos trazidos pelas instâncias recursais anteriores, sem que para isso sejam acrescentadas novas considerações e ponderações por parte dos ministros do STF.

Tome-se como exemplo trecho de decisão do TJ do Rio de Janeiro, transcrita e acolhida pelo Ministro Menezes Direito na Medida Cautelar em Habeas Corpus 93003. Importa, sobre este julgado, notar que a leitura de seu inteiro teor demonstra que a utilização da decisão do TJRJ configura a uma das razões de decidir do Ministro, ainda que este não tenha tecido considerações adicionais a respeito da supremacia do interesse público sobe o privado:

-

Veja-se, como exemplo, Agravo de Instrumento 646279 / São Paulo – SP, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 07.05.2008 e Recurso Extraordinário 413960 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Sepúlveda Pertence j. 30.05.2006.

Conforme se verifica a partir do exame, por exemplo, do Recurso Extraordinário 512015 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.06.2010; Recurso Extraordinário 512016 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.05.2010; Agravo de Instrumento 607618 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.05.2010; Agravo de Instrumento 789696 / Minas Gerais – MG, Decisão Monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia; Recurso Extraordinário 548914 / Rio Grande do Norte - RN, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 05.03.2010.

Veja-se, como ilustração, a Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27476 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.08.2008

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Conferir, por exemplo, Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27704 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 04.11.2008

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Neste sentido, verificar Recurso Extraordinário 572143 / Rio de Janeiro – RJ, Decisão Monocrática, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.03.2010.

Insurgem-se, desta vez, os impetrantes contra o acórdão da oitava câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (...). Veja-se, no que interessa, o teor do acórdão:

"(...) Justifica-se à apreciação da matéria deduzida em sede de agravo, nesta sede, porquanto a demora procedimental do recurso implicaria em perecimento do direito invocado, em detrimento da substância da matéria que agora se examina, com objetivo de garantir a ordem pública, no interesse coletivo, diante de circunstâncias excepcionais, de prevalência do interesse coletivo em face de interesses individuais. (...) O direito subjetivo do preso, direito individual, queda em face da supremacia do direito coletivo e do interesse público".<sup>29</sup> (Destacou-se)

O que se pode notar em determinados casos é que toda a articulação a respeito da primazia do interesse público sobre o interesse particular chega à Corte por meio de argumentações feitas pelos órgãos supra citados, e os ministros tendem a acatar ou recusar os argumentos trazidos, abstendo-se do ônus argumentativo que configura sua própria ferramenta de trabalho.

Há, ainda, julgados em que se faz possível verificar que, além de se desincumbirem da argumentação, os ministros sequer analisam o mérito sobre o acolhimento ou afastamento dos trechos de outras decisões colacionadas que tratam do princípio da supremacia do interesse público<sup>30</sup>.

Neste sentido, verificou-se que os ministros transcrevem as ementas das decisões proferidas pelos tribunais *a quo*, objeto de recurso interposto

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Medida Cautelar no Habeas Corpus n. 93003 / Rio de Janeiro – RJ, Decisão Monocrática rel. Min. Menezes Direito, j. 13.11.2007

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Ver, nesse sentido, Recurso Extraordinário 413960 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Sepúlveda Pertence j. 30.05.2006; Recurso Extraordinário 512016 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 31.05.2010; Agravo de Instrumento 607618 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.05.2010 e Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27476 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.08.2008 como exemplos.

perante o Supremo, nas quais presente o princípio da supremacia do interesse público. Ora, a ementa indica os principais pontos que foram discutidos para se chegar a uma determinada decisão. Mas, ainda que seja o princípio indicado como ponto fulcral, porque presente na ementa, muitas vezes os ministros deixam de analisá-lo com maior cuidado.

No Recurso Extraordinário 512015, o Ministro Dias Toffoli transcreveu a ementa do acórdão proferido pelo TJ do Distrito Federal e Territórios, contra o qual a parte, Hotel Nacional S.A., se insurgiu:

Hotel Nacional S/A. interpõe recurso extraordinário, contra acórdão proferido pela Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado: "CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – ATO ADMINISTRATIVO – PODER DE POLÍCIA – LEGALIDADE – INTELIGÊNCIA DA LEI FEDERAL N 9.433/97 E DECRETO DISTRITAL N 22.018/01 – RECURSO IMPROVIDO. I. O fundamento do poder de polícia é o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. O ato administrativo que se pretende anular insere-se no exercício regular do ente administrativo, não configurando violação aos princípios constitucionais da reserva legal, da anterioridade da lei e do direito adquirido (...)". 31 (Destacou-se)

Conforme se verifica, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado constituiu umas das *ratio decidendi* do TJDF, sendo mesmo identificado como a própria justificativa do poder de polícia, assunto central do caso concreto. No entanto, infere-se da leitura do inteiro teor da decisão proferida pelo Ministro Toffoli, que nada mais foi dito a respeito do princípio além daquilo quanto disposto na ementa transcrita.

-

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Recurso Extraordinário 512015 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.06.2010

Também como ilustração, traz-se o Agravo de Instrumento 774915, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que transcreveu a ementa de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que inadmitiu recurso extraordinário interposto pela agravante, Auto Viação Pioneira Ltda. Observa-se que, mesmo a ementa trazendo o princípio da supremacia do interesse público como elemento indispensável de ser considerado no caso concreto, a Ministra nada acrescentou acerca deste tópico.

Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a da Constituição da República. O recurso inadmitido tem como objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

"(...) Em suma, à falta de prévia licitação, não há como garantir-se a pretendida manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que dela haveria de advir, devendo o contratante (permissionário ou concessionário), - tida em conta a supremacia do interesse público sobre o particular-, suportar os ônus decorrentes de sua falta (dela, licitação prévia)". 32 (Destacou-se)

Adicionalmente, importa dizer que, majoritariamente, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é utilizado como *obiter dictum*, constituindo argumentos marginais à razão principal de decidir dos ministros. É o que se demonstrará no item III.2 a seguir.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Agravo de Instrumento 774915 / Minas Gerais – MG, Decisão Monocrática, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.02.2010

# III.2 A utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como *obiter dictum*

Outro ponto que chamou a atenção foi a utilização do princípio como *obiter* dictum.

Verificou-se, assim, que o princípio foi diversas vezes utilizado<sup>33</sup> pelos ministros de forma retórica, não guardando conexão com os argumentos gerais, que configuraram *coisas ditas a propósito do caso concreto em si, e que não lhe transcendem, nem alcançam os casos futuros. Localizam-se na periferia da decisão.*<sup>34</sup>

Desta feita, pode-se dizer que o princípio da supremacia é recorrentemente utilizado pelos ministros como um argumento pronto, sem que, necessariamente, haja um pensamento logicamente construído e argumentos solidamente utilizados que levem a adoção de referido princípio como núcleo de uma decisão. Não, conforme ficou demonstrado a partir da amostra pesquisada, a supremacia do interesse público muitas vezes é utilizada como um critério e uma justificativa por si só.

Neste sentido, verifica-se que não há um processo de ponderação de interesses que leve à tomada de decisão. Não há, assim, uma consideração mais aprofundada sobre a prevalência de um interesse em detrimento de outro.

O que ocorre, em verdade, é a utilização do princípio da supremacia do interesse público como uma razão que independe de construção argumentativa e que, isoladamente, constitui uma justificativa para se defender que um interesse (aquele classificado como público) sempre sobrepujará o outro (o privado).

<sup>33</sup> Sobre a utilização da supremacia do interesse público, como *obiter dictum* conferir também Medida Cautelar no Mandado de Segurança 26070 / Distrito Federal – DF, Decisão da Presidência, rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.07.2006; voto do Ministro Nelso Jobim no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 22.665-3 / Distrito Federal – DF, Segunda Turma, rel. orig. Ministro Marco Aurélio, j. 13.03.2006; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27887 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 17.03.2009; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 587260, Decisão Monocrática, rel. Min. Eros Grau, j. 15.06.2009

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> HÜBNER MENDES Conrado, *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão.* 

Entretanto, partindo-se desta premissa de que a supremacia do interesse público é um argumento que pode ser utilizado, mesmo sem decorrer de um processo argumentativo para tanto, os ministros empregam o princípio de forma isolada, sem qualquer conexão com os demais argumentos utilizados para se chegar a uma deliberação sobre determinado assunto.

A propósito, tomem-se as decisões, abaixo explicadas, como exemplos ilustrativos da utilização do princípio como *obiter dictum*, sendo possível verificar a impertinência de seu emprego, já que o princípio é utilizado sem guardar conexão com a linha de raciocínio desenvolvida pelos ministros para justificar determinado argumento.

No Recurso Extraordinário 572143, o Ministro Ricardo Lewandowski discute a exigibilidade de sociedades de economia mista e de empresas públicas de se sujeitarem ao teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal. O pedido, levado à apreciação do Ministro, versava no sentido de o STF conceder entendimento que possibilitasse a desconsideração do teto para estabelecer o valor de remuneração destinado aos empregados destas sociedades e empresas.

O Ministro demonstrou, ao longo de toda a sua argumentação, a obrigatoriedade de sociedades de economia mista e empresas públicas remunerarem seus empregados com respeito ao o teto estabelecido constitucionalmente.

Ainda, ressaltou que o respeito, inescusável, ao teto remuneratório se deve ao fato de receberem recursos da Fazenda Pública para o custeio de pessoal, e, por isso, julgou o pedido improcedente.

Em que pesem as diferenças acerca do regime jurídico dispensado às empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos, entendo ser aplicável indistintamente a redação do parágrafo 9º do art. 37 da Constituição. A única ressalva estabelecida foi limitar essa aplicação às hipóteses em que essas empresas recebem recursos da Fazenda Pública para custeio ou para cobrir despesas com pessoal. O

estabelecimento de um limite pelo legislador constitucional a ser pago aos servidores e empregados públicos tem um claro objetivo de evitar percepção de valores elevados, que venham a destoar da realidade social brasileira e malferir princípios básicos da administração pública, como o da moralidade e o da supremacia do interesse público.<sup>35</sup> (Destacou-se)

Embora tenha citado o princípio da supremacia do interesse público como um dos pilares básicos a que as sociedades de economia mista e as empresas públicas devem respeitar, o Ministro Ricardo Lewandowski o faz de maneira meramente retórica.

Percebeu-se, da leitura do inteiro teor de sua decisão, que a exclusão do trecho em que o Ministro se refere ao princípio da supremacia do interesse público, em nada alteraria sua decisão.

Conforme se verifica da leitura do trecho em destaque, não há qualquer relação entre os argumentos apresentados pelo Ministro com o princípio da supremacia do interesse público por ele citado. O processo de decisão se deu com base em outros tantos argumentos apresentados pelo Ministro Lewandowsky, mas não em virtude do princípio, que aparece ao final de sua argumentação, sem guardar qualquer conexão com o raciocínio lógico que vinha sendo construído ao longo de seu voto.

Da mesma forma, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado foi empregado como mero coadjuvante da decisão da Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27704, proferida pelo Ministro Menezes Direito, que o utilizou de maneira puramente retórica.

A parir da análise desta, pode-se ver que não há argumentos que repercutam na adoção do princípio da supremacia. Não há nexo causal entre toda a construção argumentativa do Ministro e o emprego do princípio aqui estudado.

O recurso foi impetrado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro contra ato do Conselho Nacional de Justiça, questionando a

-

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Recurso Extraordinário n. 572143 / Rio de Janeiro – RJ, Decisão Monocrática, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.03.2010

determinação de suspensão de decisão – proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – que determinou a adoção do critério de interstício de dois anos de exercício, na mesma entrância, como requisito para remoção de Magistrados.

O Ministro Direito entendeu pelo provimento do pedido, determinando a suspensão do processo de controle que tramitava no Conselho Nacional de Justiça.

Sua decisão teve como *ratio decidendi* o fato de a dispensa do interstício estar expressamente consagrado na Constituição, e que a determinação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro somente reproduziu os dizeres da Magna Carta.

À margem de sua argumentação central, o Ministro determinou:

O periculum in mora também está configurado ante a restrição imposta à administração para o preenchimento de vagas de Juízes no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que compromete diretamente o exercício da prestação jurisdicional, devendo ser observada, no caso, a supremacia do interesse público no preenchimento das vagas.<sup>36</sup> (Destacou-se)

A utilização do princípio da supremacia do interesse público como argumento meramente retórico foi, também, verificada na Medida Cautelar no Mandado de Segurança 26070, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

O recurso foi proposto por servidor público que pretendia ser lotado em comarca diversa da que fora lotado originalmente, em decorrência de sua colocação no concurso público.

O pedido foi indeferido pela Ministra Ellen Gracie, e sua decisão foi inteiramente focada na colocação do servidor no concurso público prestado, e nas determinações do edital do concurso. Não obstante, há emprego do

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 27704 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Menezes Direito, j. 04.11.2008

princípio da supremacia do interesse público como um argumento que aparece à margem de toda a argumentação principal.

A administração pública se deve nortear pelos princípios da supremacia do interesse público e da impessoalidade. O impetrante foi aprovado no concurso em questão na 154ª colocação, não tendo ocorrido qualquer espécie de favorecimento na lotação dos candidatos classificados em pior colocação que a do impetrante, conforme se verifica do Edital (...).<sup>37</sup> (Destacou-se)

Conforme se verificou, a citação do princípio, ao que parece, deu-se somente para conferir maior contundência ao quanto afirmado ao longo de toda a argumentação da Ministra, sendo possível suprimir tal citação, sem que o sentido de sua decisão ficasse prejudicado.

Nestes três casos, fica evidente que o uso do princípio se fez única e exclusivamente de forma retórica, sendo certo que, da forma como colocado pelos ministros, a presença do argumento, ou a retirada deste, em nada alteraria o conteúdo da decisão.

Mais ainda: nos casos em comento, o princípio aparece independentemente de advir de uma razão decisiva. Todas as construções argumentativas feitas ao longo dos votos citados neste capítulo independiam da apresentação do princípio da supremacia para que tivessem efeito. Muito pelo contrário.

Os argumentos apresentados pelos ministros, independente do princípio *sub judice*, por si só já constituíam a razão de decidir dos ministros. O princípio, nestes casos, somente foi utilizado como argumento retórico, sem conferir maior coesão ou coerência com relação àquilo já dito pelos ministros.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 26070 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Ellen Gracie, j. 2807.2006

#### III.3 Matéria mais recorrente: Servidores Públicos

A respeito deste exame geral acerca da jurisprudência do STF, pode-se dizer que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado foi especialmente utilizado para tratar de matérias referentes aos servidores públicos.

É muito interessante notar que o tema dos servidores públicos envolve, sempre, uma ponderação de valores da coletividade e de valores pessoais. Isso porque os direitos individuais dos servidores públicos, invariavelmente, esbarram nos assuntos públicos, uma vez que tais trabalhadores, ainda que indivíduos, configuram braços da Administração Pública, sendo tênue a linha de distinção entre a pessoa humana e a pessoa ocupante de cargo ou função administrativa, que deve atuar como se Administração fosse.<sup>38</sup>

Neste sentido, observou o Ministro Marco Aurélio, com base no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Conforme ressaltado pela melhor doutrina — Celso Antônio Bandeira de Mello, em "Curso de Direito Administrativo", 12ª edição, página 260 -, "(...) o regime normal dos servidores públicos teria mesmo de ser o estatutário, pois este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual não estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são os próprios instrumentos da atuação do Estado". Realmente, o cargo público, como ressaltado pelo consagrado mestre, propicia "desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público...",

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> "Servidor Público é uma categoria importante de trabalhador, importante porque a ele incumbem tarefas sempre de interesse público". Nesse sentido, verificar Mandado de Injunção 989 / Distrito Federal - DF, rel. Cármen Lúcia, j. 07.05.2009.

sobressaindo a estabilidade para os concursados.<sup>39</sup> (Destacouse)

Assim, as matérias que tratam dos servidores trazem embates entre, de um lado, direitos e garantias fundamentais, assegurados, constitucionalmente, a todos os indivíduos e, de outro, direitos e garantias, igualmente tutelados pela Magna Carta, mas que concernem a uma esfera coletiva estatal.

As questões que mais recorrentemente se colocaram, envolvendo servidores públicos, diziam respeito à remoção de servidores<sup>40</sup>, à possibilidade de seu direito de greve<sup>41</sup>, aos concursos públicos<sup>42</sup> e à aposentadoria<sup>43</sup>. Sobre estes temas, considerações interessantes foram trazidas pelos ministros, especialmente a respeito de casos que tratavam de remoção e de direito de greve dos servidores públicos.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 2310 / Distrito Federal – DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.12.2000

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Nesse sentido, verificar Recurso Extraordinário 569900 / Ceará – CE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 01.02.2010; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 587260 / Rio Grande do Norte – RN, rel. Min. Eros Grau, j. 15.06.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 312 / Pernambuco – PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.04.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 305 / Minas Gerais - MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.02.2009; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27704 / Dstrito Federal – DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 04.11.2008; Suspensão de Segurança 3243 / Tocantins – TO, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.08.2007; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 26070 / Distrito Federal – DF, rel. Min. Ellen Gracie , j. 28.07.2006, como exemplos de decisões que versaram sobre remoção dos servidores.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. No mesmo sentido, verificar Mandado de Injunção 708-0 / Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Nesse sentido, verificar Recurso Extraordinário 548914 / Rio Grande do Norte – RN, rel. Min. Dias Toffoli, j.05.03.2010; SS 2013 / RN - Rio Grande do Norte, Rel. Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 25/05/2001; SS 1992 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1990 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1988 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1993 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Mandado de Injunção 989 / Distrito Federal - DF, rel. Cármen Lúcia, j. 07.05.2009; Mandado de Injunção 914 / Distrito Federal - DF, re. Cármen Lúcia, j. 17.04.2007; Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.105 / Distrito Federal - DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para Acórdão Min. Cezar Peluzo, j. 18.08.2004; Agravo de Instrumento 607618 / Distrito Federal - DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.05.2010; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27476 / Distrito Federal - DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 19.08.2008; Medida Cautelar no Mandado de Segurança 27468 / Distrito Federal - DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 14.08.2008, como exemplos de decisões acerca da aposentadoria dos servidores públicos.

#### III.3.1 Remoção dos servidores públicos

Primeiramente, far-se-á um panorama a respeito das decisões concernentes à remoção dos servidores públicos, casos em que, predominantemente, verificou-se estarem em jogo os interesses de "melhoria", manutenção ou continuidade da prestação do serviço público e, em contrapartida, os interesses particulares dos servidores de manterem-se lotados em seus cargos ou empregos atuais, ou de serem removidos de suas lotações originárias, por razões pessoais.

Nestas lides, figuram como partes algum dos entes federativos, em um pólo, e um servidor público ocupando o outro pólo. A Administração Pública, quanto à remoção ou à manutenção do servidor, alega, de modo geral, que esta é sempre feita em nome do interesse público, visto tratar-se de necessidade de melhoria de um serviço que se encontra desfalcado.

Na grande maioria dos casos analisados, os servidores públicos se apóiam nos mandamentos constitucionais protetivos da unidade familiar para contrapor os interesses públicos. Neste sentido, seja em defesa de sua própria remoção, seja em defesa da manutenção de sua lotação original, os artigos 226<sup>44</sup> e seguintes da Carta são invocados como fundamento principal de suas argumentações.

§ 2° - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

<sup>§ 1</sup>º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

<sup>§ 3° -</sup> Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

 $<sup>\</sup>S~4^{\rm o}$  - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos país e seus descendentes.

- $\S~5^{\rm o}$  Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.
- § 6° O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. <u>(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)</u>
- § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento
- § 8° O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.
- Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- I aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência maternoinfantil;
- II criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- § 2° A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.
- § 3° O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
- I idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art.  $7^{\circ}$ , XXXIII;
- II garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;
- III garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- IV garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;
- V obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade:

Talvez essa argumentação, com foco na proteção da unidade familiar, se dê pelo fato de em 2007 a Ministra Ellen Gracie ter proferido entendimento no sentido de valorização da família em detrimento do interesse – estatal – defendido pela Administração na Suspensão de Liminar nº 3243, requerida pelo Estado do Tocantins em face de

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado:

VH - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

- VII programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- $\S$   $4^{\rm o}$  A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.
- § 5° A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
- § 6° Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
- $\S~7^{\circ}$  No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se- á em consideração o disposto no art. 204.
- § 8° A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- I o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- II o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
- Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.
- Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.
- Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.
- $\S~1^{\rm o}$  Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.
- § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

decisão proferida pelo TJ deste Estado, que suspendia a eficácia do ato de remoção de servidor público da cidade de Palmas, onde prestava serviços públicos como Delegado de Polícia, para a cidade de Pedro Afonso.

O ente federativo utiliza o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como principal argumento para afastar a decisão concedida pelo TJTO, conforme a seguir se verifica:

O requerente sustenta, em síntese:

a) o ato de transferência do impetrante foi pautado no interesse público, tendo em vista "que a Secretaria de Segurança Pública, após levantamento minucioso, detectou que na Delegacia Regional de Polícia Civil de Pedro Afonso/TO, onde abrange vários outros municípios, existem apenas 04 (quatro) Delegados de Polícia, e para sua cobertura seriam necessários mais de 11 (onze) Delegados", daí a expedição do ato administrativo de remoção do impetrante, em face da "extrema necessidade que a situação exige". Nesse contexto, ressalta que o interesse individual do impetrante não pode se sobrepor ao interesse da coletividade. 45

Ainda, utilizando-se da noção de supremacia do interesse da coletividade sobre o interesse particular do servidor, alega o Estado de Tocantins o quanto a seguir disposto, conforme salientado pela Ministra Ellen Gracie:

Não há ofensa ao princípio da unidade familiar, disposto no art. 226 da Constituição Federal, posto que estes "são interesses

-

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Suspensão de Segurança n. 3243 / Tocantins - TO, Decisão da Presidência, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.08.2007

particulares que jamais poderão suplantar o interesse público ou mesmo a segurança pública "46"

Não obstante o fato de toda a argumentação do Estado do Tocantins ter sido pautada no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a Ministra Ellen Gracie considerou:

Nesse aspecto, em juízo mínimo de delibação, tenho que a controvérsia instaura-se diante do confronto entre os princípios da tutela à família e da **supremacia do interesse público**. Esta Corte, em questão similar a discutida nestes autos, já se pronunciou ressaltando a supremacia da unidade da família (base da sociedade), enquanto conteúdo inerente ao art. 226 da Constituição Federal, sobre o interesse público.<sup>47</sup> (Destacouse)

Ressalte-se que a Ministra citou, como precedente deste entendimento, o Mandado de Segurança de número 21.893 / Distrito Federal – DF, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, publicado em 29.09.1994. Vale ressalvar que, tal precedente não foi analisado em virtude do corte temporal mencionado no capítulo *Andaimes*, motivo pelo qual todos os julgados publicados anteriormente ao ano de 1999 não compuseram a amostra do presente trabalho.

O que se verificou, a partir da leitura do inteiro teor deste julgado, foi uma ponderação, feita de acordo com as particularidades do caso concreto, que levou à Ministra a decidir de forma a valorar a tutela à unidade familiar sobre o interesse apresentado como público pelo Estado que peticionou pela Suspensão de Segurança.

Embora tenha a amostra demonstrado haver entendimento no sentido de atenuação do interesse estatal (apresentado como público) em

Gracie, J. 31.08.2007 <sup>47</sup> Suspensão de Segurança n. 3243 / Tocantins - TO, Decisão da Presidência, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.08.2007

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Suspensão de Segurança n. 3243 / Tocantins - TO, Decisão da Presidência, rel. Min. Ellen Gracie, j. 31.08.2007

função do favorecimento de outro interesse, importa salientar que, no tocante à questão da remoção de servidores públicos, não se fez possível identificar uma consolidação de entendimento — a jurisprudência no âmbito do STF não é cediça sobre o assunto —, sendo a decisão variável de acordo com cada caso concreto levado à apreciação do Supremo.

A título de exemplo, reproduz-se a decisão proferida pelo Ministro Eros Grau no Agravo Regimental do Recurso Extraordinário 587260, em que fez prevalecer o interesse da União – em nome do interesse público –, em detrimento do interesse do servidor de ser removido para comarca diversa daquela em que se encontrava lotado, mesmo tendo este invocado a proteção dada à família para justificar sua intenção de remoção. Segundo o Ministro:

O impetrante participou do Programa de Formação já sabendo que sua lotação seria no Estado do Acre, consoante se infere do Edital (...), motivo por que não há que se falar que teria sido surpreendido pelo ato do Presidente do Tribunal de Contas da União. A Administração Pública se deve nortear pelos princípios da **supremacia do interesse público** e da impessoalidade. O impetrante foi aprovado no concurso em questão na 154ª colocação, não tendo ocorrido qualquer favorecimento na lotação dos espécie de candidatos classificados em pior colocação que a do impetrante (...). Não cabe ao Poder Judiciário estabelecer lotação de candidatos aprovados em concurso público. Esse é um juízo que só cabe à Administração que sabe das reais necessidades do serviço público. Cumpre, sim, ao Poder Judiciário intervir quando há perseguições, preterições abusos ou por parte da Administração, hipóteses que não vislumbro presentes neste caso.48 (Destacou-se)

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 587260 / Rio Grande do Norte – RN, Decisão Monocrática, rel. Min. Eros Grau, j. 15.06.2009

Em comparação, o primeiro julgado analisado, traz uma utilização do princípio, pela Ministra Ellen Gracie, de maneira totalmente diversa. Esta relativiza o princípio. Em suas considerações sobre o caso concreto, julga ser o certo a atenuação do interesse público em face da valorização da unidade da família.

No entanto, embora as decisões tenham privilegiado interesses diversos, cada um dos ministros, Ministra Ellen e Ministro Eros, se utilizou de um processo de ponderação dos interesses contrapostos apresentados para concluir seu raciocínio e proferir sua decisão.

Verifica-se uma utilização do princípio decorrente de um exercício argumentativo bastante detido na ponderação dos interesses em jogo e na consideração do contexto fático apresentado.

O resultado desta ponderação levou a Ministra a concluir de maneira a fazer prevalecer o interesse privado do servidor público e, da mesma forma, buscar a solução ótima para o caso concreto. De forma diversa, o Ministro Eros Grau decidiu pela preponderância do interesse classificado como público. Essa conclusão se fez a partir do emprego do princípio como decorrência de uma prévia utilização do processo de ponderação de interesses.

Interessa notar que casos que versam sobre a mesma matéria – remoção dos servidores públicos – e nos quais presentes os mesmos interesses contrapostos são decididos de maneira divergente. O que ocorre, conforme se infere, é uma diferença no emprego do processo de ponderação de interesses, levando-se em consideração o caso concreto e buscando a solução que acarretaria menos gravames, adequada para cada uma das lides.

## 111.3.2 Direito de greve e servidores públicos

Um dos assuntos mais polêmicos julgados pela Corte – inserido na esfera relativa à matéria servidores públicos – e de maior repercussão midiática, foi a discussão a respeito do direito de greve.

A questão, levada ao STF por meio de Mandados de Injunção<sup>49</sup>, aponta aos ministros a omissão do Poder Legislativo em regulamentar a greve dos servidores públicos e, em face da morosidade legislativa, a possibilidade de aplicação (para os servidores públicos) das leis de greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

O Supremo decidiu pela procedência do pedido, ampliando os efeitos das leis de greve dos trabalhadores da iniciativa privada também para os servidores públicos enquanto não fosse editada, pelo Legislativo, lei que regesse o direito de greve para tais servidores. A Corte estabeleceu, inclusive, prazo para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.

Não se apreciará, de maneira aprofundada, a questão do direito de greve para os servidores públicos na jurisprudência do STF, mas, tão somente, o que concerne ao objeto do presente trabalho. Examina-se, de tal forma, exclusivamente o que for relativo ao emprego, pelos ministros, da noção de supremacia de interesses públicos sobre privados.

O conflito de interesses que motiva a decisão da Corte, em ambos os Mandados de Injunção – sobre a greve dos servidores públicos – analisados, fica muito bem elucidado a partir da análise de um trecho das ementas, a seguir transcrito:

A disciplina de direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei 7.783. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos

sido os únicos julgados que tratam a respeito do assunto.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> A análise a respeito do tema se deu por meio de dois Mandados de Injunção: o de número 670-9 e o de número 708-0. Conforme se verifica da leitura do capítulo *Andaimes*, os termos de busca empregados, juntamente com os cortes metodológicos efetuados, trouxeram – acerca do direito de greve dos servidores públicos - somente estes dois Mandados de Injunção como resultado. Isto não significa que, em toda a história do STF, estes tenham

servidores públicos, antes de tudo afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 9°, caput, c/c art. 37, VII) de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9°, Par. 1°) de outro<sup>50</sup>.

Assim, de um lado são defendidos os interesses particulares dos servidores – o direito de greve garantido pela Constituição, conforme levantado na própria Ementa – e de outro, o interesse público – de adequada prestação dos serviços públicos. Note-se que o interesse público foi identificado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica de mais um trecho da Ementa, o qual a seguir se copiado:

A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos – um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade<sup>51</sup>.

Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. No mesmo sentido, verificar Mandado de Injunção 708-0 / Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. No mesmo sentido, verificar Mandado de Injunção 708-0 / Distrito Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

Interessante observar que o Mandado de Injunção 670-9 quebrou os precedentes a respeito de greves dos servidores públicos, apontados no voto do Ministro Maurício Corrêa, os MI 438-GO e MI 485-MT, de relatoria dos Ministros Néri da Silveira e Maurício Correa e julgados em 16.06.95 e em 23.08.2002, respectivamente<sup>52</sup>.

O que se verificou no caso dos MI 670-9 e 708-0, foi o acolhimento integral dos pedidos, por maioria de votos, verificando-se a mora do legislador e determinando a aplicabilidade da lei dos trabalhadores da iniciativa privada no que coubesse, ou seja, aplicabilidade da Lei naquilo que se referisse aos serviços considerados essenciais.

A despeito dos votos divergentes, a Corte decidiu, ao que se fez perceber, pela flexibilização dos interesses da coletividade em nome dos interesses dos servidores, fazendo valer o direito de greve constitucionalmente preconizado.

A questão se deu em torno de uma ponderação de valores constitucionalmente garantidos. De um lado, a valorização dos interesse públicos na devida prestação dos serviços públicos, levandose em consideração as particularidades acarretadas pela prestação dos serviços desta natureza e, de outro, os direitos e garantias individuais dos servidores de terem seu direito de greve garantido.

Em um primeiro momento, o interesse da coletividade, de prestação devida e contínua dos serviços públicos, foi flexibilizado em vista do direito de greve garantido na Constituição, por meio de uma ponderação dos interesses conflitantes.

Mas, também, em um segundo momento, o interesse privado dos servidores de garantia de seu direito de greve foi também relativizado, em nome da essencialidade dos serviços públicos e, portanto, em

da iniciativa privada no que coubesse, ou seja, aplicabilidade da Lei naquilo que se referisse

aos serviços considerados essenciais

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Nos julgamentos destes Mandados de Injunção, mencionados no voto do Ministro Corrêa, a Corte decidiu pelo conhecimento parcial dos pedidos, apontando a mora do legislador, mas verificando a impossibilidade de determinar que a Lei dos trabalhadores da iniciativa privada fosse aplicável à greve dos servidores públicos. Diferentemente, o que se verificou no caso dos MI 670-9 e 708-0, foi o acolhimento integral dos pedidos, por maioria de votos, verificando-se a mora do legislador e determinando a aplicabilidade da lei dos trabalhadores

nome do próprio interesse público. É o que se considerou na passagem abaixo transcrita, extraída do voto do Ministro Ricardo Lewandowsky.

As particularidades que distinguem os dois movimentos paredistas não deixaram de ser consideradas pelo constituinte originário, que lhes conferiu tratamento diverso no texto magno com destaque para a ampla discricionariedade que, desde logo, emprestou aos trabalhadores do setor privado para decidirem sobre a oportunidade de exercer o direito de greve e os interesses que devam por meio dela defender (art. 9°, caput, da CF). De fato, não me parece difícil imaginar que as conseqüências e implicações para a sociedade de uma greve de servidores públicos são distintas daquelas produzidas por uma paralisação de empregados na área privada.<sup>53</sup>

## E continua seu voto no seguinte sentido:

Cada uma dessas paralisações requer regulamentação que atenda às suas especificidades e, ao mesmo tempo, resguarde os interesses da coletividade. Essa é exatamente a dificuldade que o Congresso Nacional vem enfrentando para disciplinar o direito de revê na esfera pública.<sup>54</sup>

Nos trechos acima destacados, o Ministro Ricardo Lewandowski levanta, então, a questão da essencialidade dos serviços públicos prestados, e os interesses da coletividade em manter a prestação

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky

Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowsky

desses serviços ininterruptamente, ponto que constitui uma das discussões debatidas pelo plenário<sup>55</sup>.

Constatou-se que quem melhor consigna essa possibilidade de flexibilização, em face da supremacia do interesse público, é o Ministro Celso de Mello, em trecho muito interessante de seu voto:

A importância do direito de greve, contudo, não pode prescindir da necessária observância dos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade dos serviços desenvolvidos pela administração estatal, especialmente daquelas atividades que, qualificadas pela nota da essencialidade, não podem sofrer, em hipótese alguma, qualquer tipo de interrupção.<sup>56</sup>

### E ainda:

É por essa razão que documentos de caráter internacional – como o Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8°, "c" e "d") – advertem que as leis concernentes ao exercício do direito de greve, especialmente quando exercido no âmbito da Administração Pública, podem e devem estipular restrições e limitações "no interesse

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Cabe, neste ponto, uma observação no sentido de que, no julgamento do Mandado de Injunção 708-0, o Ministro não mantém seu voto. Apresenta, curiosamente, não somente a concordância com seus demais pares, mas, também, adota posição inteiramente diferente daquela tomada quando do julgamento do Mandado de Injunção 670-9:não somente entende cabível a Lei aplicável aos servidores da iniciativa privada, como também, estabelece certas exigências que devem ser atendidas para que seja possível a existência de greve de servidores públicos.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

da segurança nacional ou da ordem pública, ou para a proteção dos direitos e liberdades de outrem"<sup>57</sup>

Percebeu-se, assim, que é desta relativização do direito de greve que advém a possibilidade, levantada pelos ministros, de regulamentação dos serviços públicos, em decorrência de seu caráter essencial.

Assim, verificou-se que além de o interesse público sofrer limitações, por meio de ponderações, pelos direito ditos individuais, sua *importância*, também é fator limitante, conforme se inferiu da exposição do caso concreto.

Ocorreu, portanto, a valoração dos interesses privados dos servidores em detrimento da atenuação do interesse público em um primeiro momento, e o movimento contrário em um segundo momento.

A conclusão final a que os ministros chegaram foi obtida a partir da análise do contexto legislativo e constitucional e do cenário fático envolvido nos Mandados de Injunção apresentados à Corte.

Pode-se dizer, desta forma, que a escolha pela preponderância dos interesses particulares dos servidores se deu por meio de uma avaliação criteriosa de qual seria a melhor decisão diante do caso posto.

Não obstante a predominância dos interesses privados, estes não adquiriram caráter absoluto, e foram limitados em nome do interesse público e da consideração da essencialidade dos serviços analisados.

Ora, segundo se verificou, houve um processo de ponderações que determinou a prevalência do interesse particular, sem que para isso, no entanto, houvesse a integral desconsideração da existência de um interesse público de prestação adequada dos serviços públicos.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Mandado de Injunção 670-9 / Espírito Santo, Tribunal Pleno, rel. Orig. Min. Maurício Corrêa e rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25.10.2007.

## III.4 A supremacia do interesse público e os pedidos baseados na Lei 4.348 de 1964

O estudo acerca da supremacia do interesse público no âmbito da jurisprudência do STF demonstrou um dado processual bastante interessante.

Constatou-se, pela análise da amostra, que a maioria dos julgados examinados, se referiam a pedido de concessão de tutela antecipada, com fulcro no artigo 4º da Lei 4.348 de 1964, revogada em 2009 pela Lei 12.016.

A redação do artigo mencionado versava no seguinte sentido:

Art 4º Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

§1ºIndeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§2ºAplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

O que se verificou, foi a utilização da idéia de supremacia do interesse público, somente como decorrência da *manutenção da ordem pública*, ponto

fulcral de atenção dos ministros quando da análise dos pedidos que envolviam pedidos de urgência com base no dispositivo legal acima citado.

O material coletado demonstrou a utilização dos argumentos envolvendo a ordem pública como *razão de decidir* e, subsidiariamente, a proteção ao interesse público, especialmente, pelos Ministros Gilmar Mendes e Ellen Gracie.<sup>58</sup>

A respeito do tema, e para fins de exemplificação, analisa-se a decisão proferida pelo Ministro de Gilmar Mendes em Suspensão de Tutela Antecipada 329, em que se discutiu a possibilidade de continuidade da prestação dos serviços de transporte ferroviário pela então concessionária.

A discussão se estabeleceu por motivo de determinação, pelo TRF da 1ª Região, de que houvesse imissão na posse pela União, ficando esta responsável, dentre outros, pela prestação dos serviços de transporte, que eram então prestados pela empresa que havia ganho o procedimento licitatório para exploração destes serviços e para a conservação da estrada de ferro.

O Ministro Gilmar Mendes entendeu, em primeiro lugar, que:

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Lei 4.348/64 (...)) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos

\_

Neste sentido, conferir, como ilustração, Suspensão de Tutela Antecipada 235 / Rondônia – RO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.05.2008; Suspensão de Segurança 3255 / Goiás – GO, rel. Min. Ellen Gracie, j. 11.06.2007; Suspensão de Segurança 3042 / Rio Grande do Sul - RS, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18.12.2006; Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009, voto do Ministro Gilmar Mendes; Suspensão de Tutela Antecipada 352 / Rio de Janeiro – RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 05.10.2009; Suspensão de Segurança 3902 / São Paulo – SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.07.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 329 / Amapá – AP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.06.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 307 / Bahia – BA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23.04.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 312 / Pernambuco – PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.04.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 312 / Pernambuco – PE, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.04.2009; Suspensão de Tutela Antecipada 305 / Minas Gerais – MG, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.02.2009; Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.105 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para Acórdão Min. Cezar Peluzo, j. 18.08.2004, ver voto do Min. Gilmar Mendes.

tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.<sup>59</sup>

A respeito do mérito, determina:

A decisão impugnada, no entanto, determinou a imediata assunção da ferrovia pela União, sem que a referida unidade federativa tenha comprovado possuir meios e assumi-la prontamente, sem o comprometimento da continuidade do serviço, o que geraria prejuízos à população local e à economia da região.

Ademais, cumpre ressaltar que a decisão que determinou a reversão da estrada de ferro para a União ainda pode ser reformada. Assim, para se evitar um quadro de total insegurança jurídica e se resguardar o interesse público, revela-se necessária a manutenção da prestação do serviço pela atual concessionária, até o trânsito em julgado da decisão final do processo.

Não se pode olvidar que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem adotado, para fixar o que se deve entender por ordem pública no pedido de suspensão (...)<sup>60</sup>

Pode-se, adicionalmente, identificar uma outra maneira de utilização pelos Ministros: a que se utiliza de doutrina de Hely Lopes Meirelles como sua razão de decidir, especificamente das idéias apresentadas em seu livro Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 14ª Edição, Malheiros.

Verificou-se uma significativa ocorrência de julgados nos quais encontravam-se presentes pedidos de natureza urgente, embasados na Lei

Suspensão de Tutela Antecipada 329 / Amapá – AP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.06.2009

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Suspensão de Tutela Antecipada 329 / Amapá — AP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03.06.2009

4.348/64, decididos, em maior parte, pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio, especialmente nos anos de 1999, 2000, 2001 e 2002<sup>61</sup>.

Nestes julgados, a justificativa para o indeferimento do pedido sempre trazia os pensamentos de Hely Lopes e a apuração de não haver, no caso concreto, motivos suficientes que justificassem a concessão da medida pedida ao Supremo:

Somente situações extraordinárias (e plenamente comprovadas) - cuja ocorrência não vislumbro na espécie - podem justificar a medida radical fundada no art. 4º da Lei nº 4.348/64, cabendo ter presente, neste ponto, a advertência contida no magistério de HELY LOPES MEIRELLES, para quem, "Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado"

-

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Ver, nesse sentido, a título de exemplos: RE 247134 / MS - Mato Grosso Do Sul, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 23/11/2005; Inq 1763 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 07/08/2001; SS 1488 / CE - Ceará, Julgamento: 10/04/2001; SS 2013 / RN - RIO Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 25/05/2001; SS 1992 / RN - Rio Grande Do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1190 / PB – Paraíba, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 24/03/1999; SS 1217 / PE -Pernambuco, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 30/03/1999; SS 1129 / PA - Pará, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1248 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1317 / BA - Bahia, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1342 / MT - Mato Grosso, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 06/04/1999; SS 1341 / MT - Mato Grosso, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 06/04/1999; SS 1028 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 06/04/1999; 1014 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 12/04/1999; SS 1029 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 12/04/1999; SS 1179 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 12/04/1999 SS 1304 / PE -Pernambuco, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 19/04/1999; SS 1299 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello, Julgamento: 22/04/1999; SS 1291 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso De Mello Julgamento: 22/04/1999.

O que se constatou foi a recorrente apreciação, pelo Supremo, de recursos imbuídos de caráter urgente, baseados em mandamento de Lei que versava sobre grave lesão à ordem pública. Pode-se, a partir daí, inferir que talvez o conceito de grave lesão à ordem pública, preconizado no artigo 4º da Lei em apreço, trouxe consigo uma derradeira necessidade de análise acerca da supremacia do interesse público de acordo com o caso concreto.

Verificou-se que a análise a respeito da grave lesão à ordem pública foi feita pelos ministros de acordo com o caso-à-caso, averiguando-se, dentre outros, se havia interesses públicos que justificassem a concessão da medida pedida. Desta feita, analisou-se em cada julgado se, efetivamente, se tratava de interesse público e - em se tratando - se este realmente estava ameaçado em face de um interesse privado. Somente nos casos em que atendidas tais condições a medida foi concedida.

# IV – Estudo acerca da argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal no tocante à utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Constatou-se, através do exame da amostra, que o Supremo Tribunal Federal, a propósito de constituir uma Corte que se pretende colegiada, muitas vezes apresenta, em seus processos decisórios, onze razões diferentes, que pouco dialogam entre si. A análise do processo decisório do STF demonstra, conforme já verificado pelo Professor Conrado Hübner Mendes, que os ministros se comportam como verdadeiras ilhas, cada um isolado em sua própria decisão que não se relaciona com as outras, proferidas pelos demais ministros do Supremo<sup>62</sup>.

Inicialmente (e teoricamente), pensou-se ser possível a análise do STF como um órgão, ou seja, de uma forma generalizada. Esta idéia se deu em virtude do fato de a noção de supremacia do interesse público, muitas vezes, estar presente nas ementas dos acórdãos selecionados.

Inferiu-se que – por ser a ementa o resumo das decisões e dos principais conteúdos que as motivaram e supondo-se que tais decisões fossem tomadas pelo grupo de ministros, de forma colegiada – a ementa refletiria a posição do STF como instituição. O que se verificou, no entanto, foi que recorrentemente as ementas das decisões refletiam os votos dos relatores de cada acórdão, e não da decisão tomada pelo colegiado.

Talvez esse fenômeno ocorra porque, conforme se concluiu pela análise da amostra, os ministros, em diversas vezes, não compartilham argumentos e razões, constituindo impasses resultantes de um "diálogo de surdos" e que refletem "opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir". 63

54

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> O entendimento segundo o qual cada ministro comporta-se como se fosse uma ilha, foi bem explicitado pelo Professor Conrado Hübner Mendes, no texto "Onze Ilhas".

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Estas expressões foram utilizadas pelo Professor Conrado no texto *Onze Ilhas* 

Assim, pela complexidade e diversidade de interpretações, argumentações e considerações por parte de cada um dos ministros, individualmente, parece quase que uma tarefa impossível a redação de uma ementa que sintetize a decisão do *Supremo Tribunal Federal*. Isto porque não há tal decisão, mas, sim, *decisões* dissonantes.

Nos casos em que se deparou com esta impossibilidade de análise da argumentação – colegiada - da Corte, já antes apontada pelo Professor Conrado, fez-se necessário um desmembramento do Supremo, fazendo-se uma análise focada em cada ministro que compôs o STF desde 1999<sup>64</sup>.

Para o presente estudo, importa relatar a utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado pelos ministros que o fazem. Assim, foram selecionados os ministros que mais utilizaram o princípio e aqueles que o utilizaram de maneira mais interessante.

 $<sup>^{64}</sup>$  O corte temporal, apresentado no capítulo *Andaimes*, demonstra o por quê do ano de 1999.

#### IV.I Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello é quem mais utiliza argumentos envolvendo a supremacia do interesse público sobre o privado, tanto em sede de decisões monocráticas – especialmente no ano de 1999 -, quanto em sede de acórdãos<sup>65</sup>.

Geralmente, há uma ponderação<sup>66</sup> dos valores contrapostos identificados a cada caso pelo Ministro. A idéia de superioridade do interesse, apontado por Celso de Mello como público, em face de outro interesse tido como particular, auxilia neste processo de ponderação.

Verificou-se, pela observação da amostra, que o Ministro Celso de Mello faz, em reiteradas vezes, uso de doutrina para justificar sua argumentação. Como exemplo, pode-se citar o trecho da decisão do Ministro, abaixo transcrita, repetida em sucessivos casos pelo Ministro para indeferir o pedido levado à sua apreciação com base, especificamente, da doutrina de Hely Lopes Meirelles

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Neste sentido, verificar decisões SS 1190 / PB – Paraíba, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 24/03/1999; SS 1217 / PE - Pernambuco, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 30/03/1999; SS 1129 / PA - Pará, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1248 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1317 / BA - Bahia Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 05/04/1999; SS 1342 / MT - Mato Grosso, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 06/04/1999; SS 1341 / MT - Mato Grosso, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 06/04/1999; SS 1028 / ES -Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 06/04/1999; 1014 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 12/04/1999; SS 1029 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 12/04/1999; SS 1179 / ES - ESPÍRITO SANTO, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 12/04/1999 SS 1304 / PE - Pernambuco, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 19/04/1999; SS 1299 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello, Julgamento: 22/04/1999; SS 1291 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Presidente Celso de Mello Julgamento: 22/04/1999, dentre outras.

<sup>66</sup> Sobre o que seja *Processo de Ponderação* ver Revista de Informação Legislativa n. 122/297, em que o Ministro Gilmar Mendes faz uma análise das decisões da Suprema Corte Alemã, particularmente sobre o "Caso Lebach", em que faz as seguintes considerações: *no processo de ponderação desenvolvido para solucionar conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o <i>Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou integro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade.* 

Somente situações extraordinárias - cuja ocorrência não vislumbro na espécie - podem justificar a medida radical fundada no art. 4º da Lei nº 4.348/64, cabendo ter presente, neste ponto, a grave advertência contida no magistério de **HELY LOPES MEIRELLES**, para quem, "Sendo a suspensão da liminar ou dos efeitos da sentença uma providência drástica e excepcional, só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro **interesse da coletividade**, que aconselhe sua sustação até o julgamento final do mandado". Sendo assim, indefiro o pedido ora formulado<sup>67</sup> (Destacou-se)

O Ministro Celso de Mello utiliza esta mesma transcrição e esta mesma argumentação em reiterados casos em que não concedeu medida liminar, sendo esta a fundamentação utilizada em diversas decisões do Ministro recorrentes nos anos de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003.

Embora este trecho não traga, expressamente, presente a idéia de supremacia do interesse do interesse público sobre o privado, ele serve para demonstrar algo que se inferiu da leitura do inteiro teor das decisões do Ministro: o interesse da coletividade é valor presente e determinante em muitos de seus julgados, e ocupa papel central nestas suas decisões.

Note-se que, a apresentação do "interesse da coletividade", da forma como utilizada pelo Ministro, já traz consigo a idéia de supremacia. Os pedidos de tutelas antecipadas, conforme se verificou, são intrinsecamente relacionados com a valorização do interesse público dado o seu caráter de urgência. São casos em que o que se pede, em verdade, é a possibilidade de se fazer valer as prerrogativas do Poder Público.

Assim, os julgados em que se verificou o indeferimento do pedido das medidas cautelares ou liminares, demonstraram a impossibilidade de

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Suspensão De Segurança 1190 / Paraíba - PB, Decisão da Presidência, rel. Min. Celso de Melo, j. 24/03/1999

atribuir supremacia aos interesses, classificados nos casos concretos, como interesses públicos.

Esta importância atribuída ao interesse público pelo Ministro se demonstra, inclusive, nos casos em que ele se utiliza do processo de ponderação de interesses e suas considerações sobre a supremacia do interesse público.

Para o estudo a respeito do Ministro Celso de Mello, no que se refere à aplicação do princípio, tomar-se-ão como exemplo dois casos bastante polêmicos: (i) ADI 2.591; e (ii) ADPF 130.

Os casos foram escolhidos pela repercussão que tiveram nos demais julgados da Corte, ambos figurando como verdadeiros precedentes para questões que se apresentaram, posteriormente, levadas à apreciação do Supremo.

A partir do julgamento da ADI 2.591, foi proposta a edição de súmula vinculante que consagrou o entendimento firmado após a tomada de decisão do STF a respeito do tema. E a ADPF 130, conforme se verificará a seguir, foi aplicada a casos concretos levados para julgamento do Tribunal, e que, justamente, foram decididos pelo Ministro Celso de Mello.

## IV.1.1. ADI 2.591 – Caso da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para as relações com instituições financeiras

No caso em apreço, a Confederação Nacional do Sistema Financeiro propôs, perante o Supremo, Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.591 com o pedido de suspensão cautelar de parte do artigo 3°, parágrafo 2°, da Lei 8.078<sup>68</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)

A expressão impugnada, com fulcro nos artigos 5°, inciso XXXII<sup>69</sup> e 192<sup>70</sup> da Constituição Federal, previa que *serviço* era qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração "inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária".

Desta feita, recairia proteção do Código de Defesa do Consumidor às atividades de natureza bancária e financeira, por se tratarem de serviços prestados pelas instituições financeiras aos consumidores.

Conforme identificado pelo Ministro Celso de Mello, a lide contrapõe os interesses das instituições financeiras em face dos interesses de todos os cidadãos:

Impende indagar, desse modo, em que medida a norma inscrita no art. 192 da Carta Política — que estabelece reserva constitucional de lei complementar em tema de estruturação e funcionamento do sistema financeiro nacional — revela-se apta a obstar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, impedindo-o de incidir nas relações de consumo que se estabelecem entre as instituições financeiras, de um lado, e os cidadãos em geral, de outro.<sup>71</sup>

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>70</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003) (Vide Lei nº 8.392, de 1991)

<sup>§ 2°</sup> Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.06.2006

Sua argumentação se baseia neste conflito de interesses, por ele identificado, e se inicia, justamente, com identificação dos interesses do consumidor como interesses gerais, interesses de toda a coletividade, a começar pela classificação da defesa do consumidor como um princípio da ordem econômica:

Na realidade, a proteção estatal ao consumidor – quer seja esta qualificada como um direito fundamental positivado no próprio texto da Constituição da República, quer seja compreendida como diretriz conformadora da formulação e execução de políticas públicas, bem assim do exercício das atividades econômicas e, geral - assume, em última análise, na perspectiva do sistema jurídico consagrado em nossa Carta Política, a condição de meio instrumental destinado, enquanto expressão de um "princípio constitucional impositivo" (EROS ROBERTO GRAU, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", p. 272, item n. 115, 6ª ed., 2001, Malheiros), a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e de seu direito ao desenvolvimento **e** a uma existência digna e justa.<sup>72</sup>

Depois de classificar tal defesa como princípio, discorre acerca de que esta proteção importa e resquarda a toda a coletividade

Vale referir, bem por isso, a primazia que a Carta Política conferiu, tanto à defesa do consumidor quanto à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas, que, em seu favor, foram reconhecidas pelo ordenamento positivo, podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos do consumidor, embora desvestidos de caráter absoluto, qualificam-se, no entanto, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a

-

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.06.2006

compor situações de antagonismos resultantes das relações de consumo que se processam, no âmbito da vida social, de modo tão estruturalmente desigual, marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidade, opor fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, de outro. (...) a Lei Fundamental, visando a promover o bem de todos veio a instituir verdadeiro condomínio legislativo, partilhando, entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, **sem falar** nos Municípios, a **competência** para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção – que se quer efetiva, plena e real – a ser conferida ao consumidor. Daí justificar-se, plenamente, o reconhecimento de que a proteção ao consumidor – que traduz prerrogativa fundamental do cidadão – qualifica-se como constitucional inerente à própria conceptualização do Estado Democrático e Social de Direito, razão pela qual incumbe, a toda a coletividade – **e ao Poder Judiciário**, em particular – extrair, dos direitos assegurados ao consumidor, a sua máxima eficácia.<sup>73</sup>

Feita esta fundamentação, o Ministro decide pela improcedência do pedido formulado pela CONSIF na ADI 2.591 por entender que o artigo impugnado não se encontrava eivado de quaisquer inconstitucionalidades.

Interessa notar que sua principal razão de decidir foi justamente a noção de supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que a relação de ponderação, no caso concreto, demonstrou a prevalência do interesse identificado como público em detrimento do interesse das instituições bancárias. É o que se verifica a partir da leitura do trecho a seguir colacionado:

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup>. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.06.2006

Os agentes econômicos não têm nos princípio da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais — que não ostentam valor absoluto — não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das instituições financeiras, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República.<sup>74</sup>

O princípio da supremacia, da forma como concebida pela doutrina tradicional, não foi utilizado como razão de decidir, uma vez que não se atribuiu prévia primazia a direito algum. A supremacia do interesse da coletividade somente foi atingida por um processo de averiguação de qual dos interesses atingiria, no caso concreto, a melhor solução para o embate de interesses verificado.

A análise do caso em tela mostra um processo de atribuição de força aos interesses em jogo, de valores constitucionalmente resguardados nos artigos 170<sup>75</sup> e 192, o primeiro identificado como

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor:

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, i. 07.06.2006

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Artigos 170 da Constituição Federal: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

individual (das instituições financeiras) e o segundo como coletivo (dos cidadãos em geral, e de todos os consumidores).

Ao longo de todo o voto, o Ministro fala sobre a não existência de valores absolutos e escolhe o que lhe parece ser menos gravoso, fazendo prevalecer, em sua decisão, o direito que alcança a um número maior de pessoas, à coletividade.

Nesse contexto, a atuação normativa do Poder Público, como aquela consubstanciada na legislação de defesa do consumidor, vocacionada a coibir, com fundamento na prevalência do interesse social, situações e práticas abusivas que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor (que representa importante vetor interpretativo na ponderação e superação das relações de antagonismo que se restringem no mercado de consumo), justifica-se ante a necessidade — que se impõe ao Estado — de impedir que as empresas e os agentes econômicos em geral, qualquer que seja o domínio em que exerçam as suas atividades, afetam e agravam a situação de vulnerabilidade a que se acham expostos os consumidores.<sup>76</sup>

Ao que parece, o princípio não foi aplicado, por Celso de Mello, segundo os ditames da teoria clássica - que defende a idéia de uma supremacia, *a priori*, do interesse público sobre o privado -, já que a solução defendida pelo Ministro foi obtida a partir de uma

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

<sup>76</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.06.2006

relativização de valores, de uma atenuação de um interesse em face de uma acentuação de outro interesse, tendo em vista o caso concreto.

Assim, constatou-se que o Ministro Celso de Mello averiguou quais seriam os custos e riscos envolvidos para decidir qual a melhor solução a ser adotada. A afirmação de que o interesse público – no caso o interesse dos consumidores em geral – deveria prevalecer em face dos interesses das instituições financeiras, somente se fez possível em decorrência de um jogo de ponderações, tal qual a preconizada pela doutrina empirista, que possibilitou o alcance da solução ótima.

## IV.1.2. ADPF 130 – Caso da antiga Lei de Imprensa

O voto proferido pelo Ministro Celso de Mello na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 130 demonstra, de maneira mais contundente, a utilização do processo de ponderação pelo Ministro.

Em uma análise simplificada, pode-se dizer que o caso em comento trata da antiga Lei n. 5.250/67 ("Lei de Imprensa"), promulgada nos tempos da ditadura militar, que vigorava até meados do ano de 2009. A ADPF 130 foi interposta pelo Partido Democrático Trabalhista para derrubar a Lei de Imprensa, então vigente, que estabelecia alegada censura prévia, utilizando-se de argumentos - no que interessa para o presente - em nome dos princípios constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento, de informação e expressão em sentido genérico.

O voto do Ministro Celso de Mello a respeito desta ADPF 130 pode ser dividido em três principais partes: a primeira, de justificação de impossibilidade de cabimento de repressão ou censura pelo Poder Público à imprensa; a segunda, de amenização do direito de crítica, quando a Carta Política assim o determinar; e a terceira, a respeito do direito de resposta.

A primeira parte de seu voto demonstra a utilização, pelo Ministro, da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado, de forma a valorizar a crítica jornalística feita sobre autoridade pública.

Ninguém desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão penal do pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática ilegítima de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5°, IV, c/c o art. 220).77

Conforme se verifica, a afetação do interesse público é fator intensificador da impossibilidade de recair censura sobre a crítica jornalística, mas não é o único fator determinante. A idéia de sobreposição do interesse público sobre o privado encontra-se inscrita na seguinte passagem do voto do Ministro:

A crítica jornalística, deste modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.<sup>78</sup>

-

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

Essa passagem, em que o Ministro Celso de Mello defende a sobreposição dos interesses, por ele tidos como sociais, sobre quaisquer outros, decorre de um processo de ponderação que avalia os riscos envolvidos no caso concreto, riscos que ganham maior amplitude por se tratar da citada parcela de "autoridade no âmbito do Estado":

Vê-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando figuras dirigida públicas, com alto de grau responsabilidade na condução dos negócios de Estado, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso de liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal **ou** de se expor **a qualquer** reação hostil do ordenamento positivo, tal como pude decidir em julgamento monocrático proferido nesta Suprema Corte<sup>79</sup>

Assim, pode-se dizer que a supremacia do interesse público *a priori* não foi concedida, pelo Ministro, mas sim adveio de uma avaliação, focada no caso concreto, que o levou a atribuir prevalência a um direito e não a outro. .

Conforme a leitura do que aqui se chamou de *segunda parte* de seu voto, verificar-se-á que esta primazia tampouco ocorreu quando em apreço os valores chamados de natureza constitucional, visto não existirem direitos e garantias constitucionais absolutas, consoante a própria argumentação do Ministro Celso de Mello:

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

É certo que o direito de crítica **não assume** caráter absoluto, eis que inexiste, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte, direitos e garantias **revestidos** de natureza absoluta.<sup>80</sup>

Com esta afirmação, o Ministro inicia a segunda parte de seu voto. Esta é marcada por um processo de atribuição de maior valor a determinados direitos em detrimento de outros - verificados a cada caso – para justificar que o direito de crítica é, sim, passível de ser limitado, mas somente, pelo legislador originário.

É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de **relevante** interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.81

Veja-se que no trecho acima resta demonstrada uma relativização do interesse público (que é resquardado, no caso em comento, pelo direito de crítica), a ser averiguada de acordo com cada caso levado à apreciação. Assim, quando em análise o sistema constitucional, não há que se falar em prévia primazia do interesse público sobre o privado. Esta sobreposição de valores será concedida, pelo Judiciário, de acordo com o caso concreto.

<sup>80</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal - DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Arquição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

Acerca da possibilidade de cerceamento do direito de crítica, tendo em vista cada caso concreto, o Ministro Celso de Mello tece as seguintes considerações:

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.82

Percebe-se, pela leitura desta parte de seu voto que, existe a possibilidade de ponderação e atenuação do direito de crítica, sem que seja preciso qualquer entendimento de lei infraconstitucional neste sentido, vez que a própria Constituição trará artifícios para que seja possível, no caso concreto, atribuir preponderância de um interesse sobre o outro. Repita-se que, o próprio Ministro diz que caberá ao Judiciário fazer tal processo de primazia concreta de um direito sobre o outro.

É de se notar, portanto, que o Ministro valoriza o processo de ponderação de direitos, afirmando categoricamente que não existe, na ordem constitucional vigente, qualquer valor absoluto. Desta feita, os interesses adquirem valores diferentes de acordo com cada caso levado à apreciação do Judiciário, e que, portanto, a preponderância de um interesse sobre outro dependerá de avaliação quanto aos riscos e gravames presentes em cada lide.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

Neste sentido, é possível dizer que, segundo se infere da argumentação do Ministro, a atribuição de uma primazia *a priori* para determinado interesse, seja ele público ou privado, à luz da ordem constitucional em vigor, não pode ocorrer.

Por fim, e no mesmo sentido de valorização da ponderação de interesses, a última parte de seu voto refere-se ao direito de resposta, também garantido pela constituição, e identificado – pelo Ministro - como sendo de interesse da coletividade.

O Ministro Celso de Mello se utiliza do entendimento doutrinário de Gustavo Binembojn para identificar o direito de resposta como um interesse coletivo:

Cabe referir, nesse sentido, quanto a essa ambivalência do direito constitucional de resposta, o valioso entendimento doutrinário exposto por Gustavo Binembjn, que ressalta o caráter transindividual dessa prerrogativa jurídica, na medida em que o exercício do direito de resposta propicia, em favor de um número indeterminado de pessoas (mesmo daquelas não diretamente atingidas pela publicação inverídica ou incorreta), a concretização do próprio direito à informação correta, precisa e exata

(...) O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os

fatos e questões do interesse de toda a sociedade.<sup>83</sup>

A noção de ponderação se faz, ainda mais, presente por se tratar, também, de direito classificado como interesse da coletividade. Uma vez estando em jogo dois interesses que concernem a uma mesma esfera de interessados – a coletividade – e, ainda, por se tratarem de direitos constitucionalmente tutelados, não há como questionar que para atribuir maior valor a um dos interesses, em detrimento de outro, o conflito entre tais valores somente se poderá resolver por meio de ponderação destes.

De tal sorte, o caso concreto demonstrará qual dos interesses deverá prevalecer. Esta prevalência não se dará por meio de atribuição de uma fórmula previamente pronta (o interesse público não será supremo, não terá prévia primazia sobre o outro, que também concerne à coletividade), mas sim, por um processo cuidadoso de verificação das conseqüências acarretadas quando da valoração de um interesse em detrimento do outro.

Ao fim de seu voto – tal como evidenciado ao longo da construção de sua argumentação – valoriza tanto o processo de necessidade de escolha pela melhor solução, em caso de colisão de interesses igualmente tutelados pela Magna Carta, quanto valoriza o papel do Judiciário em fazer esta escolha de acordo com cada caso que chegue ao seu exame, concluindo sua decisão no sentido de conceder provimento total do pedido formulado pelo PDT.

É interessante perceber que, de acordo com a amostra selecionada, casos concretos de colisão entre o direito de crítica e os direitos da personalidade chegaram ao STF e foram analisados pelo Ministro Celso de Mello, em sede de decisões monocráticas. São os casos, por exemplo, do Agravo de Instrumento 505595, decidido em 11.11.2009, do Agravo de Instrumento 675276, julgado em

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> Min. Celso de Mello citando BINEMBOJN, Gustavo, *Meios de Comunicação em Massa Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil.* 

13.05.2010 e do Agravo de Instrumento 705630, decidido em 18.06.2010.

Em todas estas decisões monocráticas o Ministro decidiu pela valorização do direito de crítica fundado em interesse público em detrimento do direito à honra subjetiva dos impetrantes. Sua fundamentação se deu, especificamente, com base nas seguintes passagens, que se repetem nos três julgados:

(...) a crítica jornalística, quando inspirada pelo interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais quando dirigida a figuras públicas, como alto grau de responsabilidade na condução de interesses de certos grupos da coletividade, não traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, 1ª dimensão do abuso da liberdade de imprensa, não se revelando suscetível, por isso mesmo, em situações de caráter ordinário, de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento.<sup>84</sup>

Conforme se vê, ainda, o interesse público adquire valor preponderante sobre os interesses privados dos agentes da Administração Pública, configurando, segundo as palavras do Ministro Celso de Mello, excludente de ilicitude.

No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes ("animus criticandi") ou a narrar fatos de interesse coletivos ("animus

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Agravos de Instrumento 505595, 675276 e 705630, Decisões Monocráticas, rel. Min. Celso de Mello, citando a si mesmo em informativo 398/2005

narrandi"), está sob o pálio das "excludentes de ilicitude" (...) não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação.<sup>85</sup>

Note-se, no entanto, que tal preponderância do interesse de crítica baseado no interesse público se deu por meio de ponderação dos valores envolvidos. Não à toa, o Ministro tece considerações sobre a crítica que pode ser classificada como excludente de licitude e a que não pode ser assim vista.

A noção de interesse público se faz presente, mas não é única determinante quando da valoração dos interesses conflitantes presentes no caso concreto. A atribuição de primazia de um interesse sobre o outro decorre da análise de todo cenário envolvido no litígio.

Daí falar-se em ponderação dos valores envolvidos e, não, de atribuição prévia de supremacia a um valor específico.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Agravos de Instrumento 505595, 675276 e 705630, Decisões Monocráticas, rel. Min. Celso de Mello. Nesta passagem o Ministro cita ele próprio em julgamento do Superior Tribunal de Justiça, por ele proferido, no REsp 719.592/ AL, rel. Min. Jorge Scartezzini.

#### **IV.2** Ministro Carlos Velloso

Majoritariamente, o material coletado a respeito do Ministro Carlos Velloso, demonstrou a utilização pelo Ministro da noção de supremacia do interesse público sobre o privado em sede de decisões monocráticas<sup>86</sup>.

A escolha de relatar o modo de emprego do princípio da supremacia do interesse público pelo Ministro Carlos Velloso se deu pela verificação do uso reiterado — especialmente nos anos de 2000 e de 2001 — dos posicionamentos tomados pelo Ministro em caso de conflitos em que estiveram presentes interesses identificados como sendo da coletividade em face de um interesse tido como particular.

Verificou-se, em grande parte de suas decisões, uma utilização subsidiária do princípio, ou seja, uma simples transcrição de posicionamentos doutrinários para questões meramente processuais e citações de

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> Como exemplos, verificar RE 247134 / MS - Mato Grosso do Sul, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 23/11/2005; Inq 1763 / DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 07/08/2001; SS 1488 / CE – Ceará, Julgamento: 10/04/2001; SS 2013 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 25/05/2001; SS 1992 / RN - Rio Grande Do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1990 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1988 / RN - Rio Grande Do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1993 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1989 / RN - Rio Grande do Norte Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 10/05/2001; SS 1973 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1980 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1978 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1977 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. PRESIDENTE CARLOS VELLOSO, Julgamento: 09/05/2001; SS 1976 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1975 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1974 / RN - RIO Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1972 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1971 / RN - Rio Grande do Norte, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1831 / AM -Amazonas, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 19/09/2000; SS 1979 / RN - RIO GRANDE DO NORTE, Relator(a): Min. Presidente Carlos Velloso, Julgamento: 09/05/2001; SS 1832 / SP - SÃO PAULO Julgamento: 15/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1834 / SP - são paulo, Julgamento: 15/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1833 / SP - São Paulo, Julgamento: 15/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1730 / SP - São Paulo, Julgamento: 05/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1716 / SP -São Paulo, Julgamento: 04/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; Pet 2066 AgR / SP - São Paulo, Julgamento: 29/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1718 / SP - São Paulo, Julgamento: 04/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1733 / SP - São Paulo, Julgamento: 29/03/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; Pet 2089 / DF - Distrito Federal, Julgamento: 29/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1729 / SP - São Paulo, Julgamento: 04/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso

argumentos de decisões proferidas por outras instâncias do Judiciário ou de pareceres de órgãos públicos, ou dos pedidos formulados pelas partes. É o caso, por exemplo da CPMF.

### IV.2.1. Suspensão de Segurança 1733<sup>87</sup> – o Caso da CPMF

O caso da CPMF demonstra, antes de tudo, a utilização de forma subsidiária pelo Ministro Carlos Velloso, uma vez que este, somente acata o quanto alegado pela União em sua petição e pelo Procurador- Geral da República.

A petição levada à apreciação do Supremo versava sobre a impossibilidade de a União deixar de cobrar Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira – a CPMF.

A União, autora, pedia, para tal finalidade, a suspensão da decisão tomada pelo TRF da 3ª Região, que entendeu pela inexigibilidade do pagamento da CPMF.

Segundo o Ministro, a autora sustentava, dentre outros, a existência de grave lesão à ordem administrativa e à saúde pública, dado que a liminar impedia a ação e o dever, constitucionalmente previstos, do cumprimento da arrecadação de receitas cobradas pelo legislador constituinte derivado para a manutenção de serviços públicos no interesse geral do povo, no caso, os serviços de saúde e assistência social.<sup>88</sup>

\_

No mesmo sentido: SS 1834 / SP - São Paulo, Julgamento: 15/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1833 / SP - São Paulo, Julgamento: 15/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1730 / SP - São Paulo, Julgamento: 05/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1716 / SP - São Paulo, Julgamento: 04/04/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; Pet 2066 AgR / SP - São Paulo, Julgamento: 29/08/2000 Presidente Min. Carlos Velloso; SS 1718 / SP - São Paulo, Julgamento: 04/04/2000

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Suspensão de Segurança *1733 / SP - SÃO PAULO*, Rel. Min. Presidente Carlos Velloso, j. 29.03.2000

Ainda, conforme a argumentação do Ministro Carlos Velloso:

É dizer, a decisão que suspendeu a exigibilidade da CPMF, que ora examinamos, põe-se de forma contrária ao entendimento da Corte Suprema, a indicar a ocorrência, no caso, de lesão à ordem pública, considerada esta em termos de ordem administrativo-constitucional. Tem-se, no caso, também, possibilidade de grave lesão à economia pública, dado que são milhares as ações propostas. Ocorre, no caso, portanto, o efeito multiplicador de liminares. Informa, com efeito, a União Federal, na inicial:

"(...) Liminares como a ora atacada, decorrentes de juízo de delibação apressado, contrariando, de modo explícito, decisão dessa Suprema Corte proferida em sede de controle abstrato constitucionalidade. sem considerar as consegüências que acarretam para já combalido Tesouro Nacional, desconsiderando que o poder cautelar deve ser usado com equilíbrio sopesando com sabedoria interesses privado e público - geram na mente dos demais contribuintes a falsa percepção de que a União não tem razão. Daí, para a disseminação de ações substancialmente idênticas, é um passo. E essa disseminação já é um fato notório. Em todo o Brasil, pelo que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional está informada, já foram ajuizadas 2.389 ações

Constata-se, a partir do exame do caso, a mera aceitação do quanto alegado pela União, em sua petição. Nesse sentido, o ministro defere o pedido de suspensão, concedendo a supremacia do interesse público (alegado pela União) sobre o particular.

Além dos casos em que esta dita *utilização subsidiária* foi feita pelo Ministro Carlos Velloso, vale à pena observar, de forma mais detida, alguns casos particularmente interessantes, em que o Ministro analisa questões à luz da contraposição entre interesse classificados como púbicos em face de interesses privados. São os casos a seguir apresentados.

#### IV.2.2. Inquérito 1763 – Caso Jader Barbalho

O que chama a atenção sobre a utilização da noção da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, no caso em tela, não é a repetição de casos decididos pelo Ministro Carlos Velloso com a mesma fundamentação, mas sim, a simplicidade da decisão por ele proferida em caso de tamanha complexidade e de tamanha repercussão midiática.

O caso se passa em um contexto em que a revista Isto É acabara de publicar notícia que demonstrava o envolvimento de Jader Barbalho, então senador, em um esquema de corrupção<sup>89</sup>. A notícia configurou ponto de partida para que fosse aberto um inquérito para investigação de Jader Barbalho e dos demais envolvidos no esquema.

O caso contrapõe os interesses das autoridades policiais, identificados como públicos e os interesses individuais de Jader Barbalho e dos demais envolvidos na investigação, então compreendidos como interesses privados.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Inquérito 1763 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.08.2001. O relatório traz informações a respeito da matéria publicada pela revista Isto É, "O Inferno de Jader", em 13.06.2001, edição 1654.

O pedido questionava a possibilidade de haver quebra de sigilo bancário, telefônico e fiscal, em nome do interesse da coletividade. O direito contraposto, defendido por Barbalho, era o direito de proteção da privacidade e da intimidade.

Interessante notar que o Ministro Velloso cita precedente, de decisão por ele proferida, no sentido de relativização das garantias constitucionais à privacidade e à intimidade quando estas estejam em confronto com os interesses públicos.

No voto que proferi na Petição 577 (Questão de Ordem)-DF (caso Magri), registrei que, inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria do delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de quebra do sigilo bancário. Assim o voto que proferi: "O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5°, X), além de atender 'a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito', registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta ('Le Secret Bancaire en Droit Italien', Rapport, p. 17; Carlos Alberto Hagstrom, 'O Sigilo Bancário e o Poder Público', Rev. de Direito Mercantil, 79/34). Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte (RMS nº 15.925-GB, Relator o Ministro Gonçalves de Oliveira; RE nº 71.640-BA, Relator Ministro Djaci Falcão, RTJ 59/571; MS 1.047, Relator Ministro Ribeiro da Costa, Rev. Forense 143/154; MS 2.172, Relator Ministro Nelson Hungria, 'DJ' de 5.1.54; RE nº 94.608-SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra, RTJ 110/195). Esse caráter não absoluto do segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores (Carlos Alberto Hagstrom, ob.

cit., pág. 37; Sérgio Carlos Covello, 'O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade', Rev. Dos Tribs., 648/27, 29; Ary Brandão de Oliveira, 'Considerações Acerca do Segredo Bancário', Rev. de Dir. Civil, 23/114, 119). O Segredo há de forma ceder, entretanto, na ecom observância procedimento estabelecido em lei. Na ordem jurídica brasileira, segredo profissional está disciplinado, em nível *infraconstitucional*<sup>90</sup> (Destacou-se)

O precedente citado pelo Ministro demonstra o seu próprio entendimento, no sentido de acentuação do interesse público e de atenuação do interesse privado. O caso de Jader Barbalho é decidido com base nestes argumentos, mas traz um tom diversificado, com relação às decisões em que o Ministro atribui prévia primazia ao interesse dito público, na medida em que neste o Ministro faz uma ponderação em relação às quebras dos sigilos bancários de alguns dos alegados suspeitos no crime de corrupção, dizendo que no caso concreto, não se verificavam necessárias, mesmo estando-se diante de interesse público.

Interessante notar, em todos esses casos citados, a presença de afirmações do Ministro no sentido de existirem inúmeras decisões e entendimentos doutrinários sobre a concepção da idéia de sobreposição do interesse público sobre o privado. Ao que parece, o Ministro Velloso assim o faz, para conceder maior força à sua argumentação, como se as afirmações de que interesses públicos "previamente" sobrepujam os interesses privados precisassem de uma maior aceitação para que valesse como argumento fundamentador de decisões.

<sup>90</sup> Inquérito 1763 / Distrito Federal – DF, Decisão Monocrática, rel. Min. Carlos Velloso, j. 07.08.2001

### IV.2.3. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 368.558-9, Caso do Setor Sucro-alcooleiro.

A decisão proferida em sede deste Agravo Regimental em Recurso Extraordinário demonstra uma atenuação do interesse púbico. Interposto perante a Corte, a União pleiteava a legalidade de fixação de preços, pelo Poder Público, para o setor sucroalcooleiro. Segundo o Ministro, a agravante (União) fazia a defesa de seu interesse centrada no seguinte argumento, por ele sintetizado:

Sustenta a agravante, em síntese, o seguinte:

a) Contrariedade ao princípio da supremacia do interesse público, visto que o interesse particular da recorrida não pode se sobrepor ao interesse público que norteou a fixação dos preços da cana-de-açúcar e do álcool, sendo certo que a União, ao realizar a referida fixação de preços, "(...) objetivou manter um patamar adequado de ingresso de renda no setor, regular a comercialização desses produtos e disciplinar os conflitos de interesses entre fornecedores, usineiros e até consumidores". 91 (Destacou-se)

Neste caso, o Ministro não somente negou provimento ao agravo e manteve a decisão proferida no acórdão recorrido - no sentido de ser dever da União arcar com indenização à outra parte pela ilegalidade da fixação de preços por aquela intentada - como, também, acrescentou, no que tange ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, as seguintes considerações:

A alegação no sentido de que haveria, no caso, contrariedade ao princípio da supremacia do interesse público, porque o

79

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Ag. Reg. No Recurso Extraordinário n. 368.558-9, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.11.2004.

interesse particular da recorrida não pode se sobrepor ao interesse público, esclareça-se à União, agravante, que, em Estado de Direito, tudo se faz de conformidade com a lei e que o verdadeiro interesse público está no dar cumprimento à lei e à Constituição, submetendo-se o Estado à Jurisdição.<sup>92</sup>

A partir da análise deste caso, constatou-se que a posição adotada pelo Ministro, pelo indeferimento do pedido, se deu a partir de uma relação de ponderações entre os interesses contrapostos e, mais, pela consideração do cenário jurídico envolvido na questão, de forma a fazer prevalecer a legislação vigente em detrimento da suposta supremacia do interesse estatal.

Ainda, segundo o ministro, essa relação de ponderações serviu, em verdade, para se fazer cumprir, efetivamente, o *interesse público* – não o interesse da União, por ela classificado como público, mas sim a preservação do Estado de Direito, os mandamentos legais e constitucionais.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Ag. Reg. No Recurso Extraordinário n. 368.558-9, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.11.2004.

#### IV.3 Ministro Eros Grau

A respeito da utilização da supremacia do interesse público pelo Ministro Eros Grau, constatou-se que o Ministro na maior parte das vezes é adepto à averiguação dos interesses contrapostos - no caso concreto - e à valorização de determinado interesse em detrimento da atenuação de outro com base em uma regra de ponderação destes interesses contrapostos.

Interessante notar que, pelo estudo feito a partir da amostra, as principais maneiras de emprego pelo Ministro Eros Grau da noção de prevalência de um interesse sobre o outro, sempre que se demonstrou presente algum interesse classificado como público são as seguintes: (i) a atenuação de interesses públicos em face de interesses privados; e (ii) a utilização do interesse público para relativizar algum interesse privado tido como absoluto;

O exame de cada uma destas utilizações feitas pelo Ministro pode ser ilustrado a partir da análise dos casos a seguir trazidos, que demonstram alguns dos argumentos levantados pelo Ministro Eros Grau para justificar cada uma das particularidades acima citadas.

# IV.3.1. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 455.283-3 - Caso da lotação de servidor matriculado em curso superior

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 445.283-3 foi interposto pelo Estado de Roraima contra decisão proferida pela Corte em sede de Recurso Extraordinário que determinava a impossibilidade de modificar a lotação do servidor, que prestava serviços na capital, para o interior do Estado de Roraima.

O entendimento proferido pelo Supremo se deu com fulcro no artigo 92 da Lei Complementar do Estado, de número 053/01, que dispõe sobre a impossibilidade de lotação em local diverso do que fora o servidor originalmente lotado, em caso de este estar devidamente matriculado em curso superior, a não ser a pedido do próprio servidor.

Dentre as alegações de afronta a diversos princípios, intentadas pelo Estado de Roraima, a que importa é a apontada violação ao princípio da supremacia do interesse público.

Ao deparar-se com o argumento de que a decisão proferida anteriormente pela Corte promovia a dita violação do princípio da supremacia, trazido pelo Estado de Roraima, o Ministro Eros Grau profere o seguinte entendimento:

Com relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, decidiu-se que "não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio convivência das liberdades legitimam, ainda excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. 93

Conforme se verificou da análise do caso, o Ministro toma como uma de suas razões de decidir o trecho de precedente, por ele citado – Mandado de Segurança n. 23.452, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 12.05.2000 –, demonstrando a relativização da supremacia do interesse público em face de interesses individuais do servidor.

Ao final, decide pelo indeferimento do pedido, observando o mandamento da Lei Complementar do Estado 053/01, que determina a impossibilidade de modificação da lotação do servidor no caso ora apreciado.

Não obstante tenha o Ministro aplicado o mandamento legal citado, nota-se que a relativização do interesse classificado como público se dá a partir da ponderação deste em face do interesse privado e de todo o ordenamento jurídico vigente.

A partir deste julgado, pode-se dizer que a relativização acima mencionada aponta para a desconsideração do interesse público como supremo, denotando a impossibilidade de existir um interesse que seja previamente superior a outros.

## IV.3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105 –Servidores Públicos e a Previdência Social

A respeito do assunto da previdência social, no que tangente aos servidores públicos, examina-se a Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.105, de 2004. O caso, considerado como um *leading case* de questões previdenciárias para servidores, não

\_

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 455.283-3 / Roraima – RR, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau.

será analisado em seus pormenores. Fica o exame restrito à averiguação do emprego da idéia da supremacia de um determinado interesse público sobre outro privado.

Uma das questões principais examinadas na ADIn 3.105 é relativa à constitucionalidade do artigo 4° da Emenda Constitucional n. 41 do ano de 2003, que determinou a sujeição dos servidores públicos já inativos e pensionistas ao regime por ela estabelecido. Ou seja, pretendeu-se a incorporação dos servidores públicos, cujas aposentadorias se deram antes do advento da EC 41/2003, no custeio da previdência, por meio de contribuições tributárias incidentes sobre suas aposentadorias ou pensões.

A edição da EC 41/2003 se insere em um contexto marcado pela verificação de um déficit crescente no Erário Público gerado, principalmente, pelo custeio do Regime Próprio de Previdência Social, o regime previdenciário dos servidores públicos<sup>94.</sup>

Vê-se, a partir deste breve relatório, que se encontram opostos, no caso em tela, o direito adquirido dos servidores públicos inativos ou pensionistas e a garantia da equilibrada economia pública e da distribuição pública.

É, desta forma, conflito envolvendo direito individual fundamental, constitucionalmente garantido (inclusive por Cláusula Pétrea) – o direito adquirido do servidor já inativo ou pensionista antes da entrada em vigor da EC 41/2003 – em face de um interesse público de garantia da recuperação e da estabilidade da economia pública, de forma que o Estado tenha condições de arcar com o sistema de distribuição pública.

O Supremo, por maioria de votos, julgou a ADIn 3.105 improcedente quanto à questão da possibilidade de contribuição dos servidores públicos já pensionistas e aposentados (questão da

\_

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Sobre a ADIn 3.105 e a questão do déficit gerado pela RPPS, verificar monografia de conclusão da Escola de Formação da SBDP do ano de 2006: BARBOSA LIMA, Alberto. Reformas da Previdência e Contribuição dos Servidores Inativos e Pensionistas: como o STF lida com um problema econômico que conflita com direitos adquiridos? (Uma Análise da ADI 3105).

contribuição dos inativos), não acatando o argumento a respeito do direito adquirido e de toda a proteção constitucional a ele concedida.

Houve, conforme se verifica da leitura do inteiro teor do julgado, uma relativização, por parte de alguns ministros, do direito adquirido. O Ministro Eros Grau foi o único que fez a atenuação da proteção ao direito adquirido por meio de ponderação em face dos direitos contrapostos, por ele identificados como interesses públicos.

O Ministro explica – com base, especialmente, em ensinamentos doutrinários – o porquê da impossibilidade de se considerar o direito adquirido como um direito absoluto:

A entender-se que os inativos estariam gravados por um tributo confiscatório seríamos forçados a sustentar que os servidores ativos estariam também onerados pelo mesmo efeito, visto serem contribuintes da contribuição previdenciária...

(...) O que há, na hipótese, é relação institucional, adstrita a normas cogentes de Direito Administrativo, sendo perfeitamente possível a revisão de suas regras, a fim de resguardar-se o interesse público e a continuidade da prestação por parte do Estado. É no quadro desta relação que haveria de ser considerada a referibilidade direta da contribuição a uma atuação concreta-atual ou potencial do Estado. 95

Percebeu-se, a partir do exame do caso, que o indicado interesse privado – o direito adquirido dos servidores públicos já aposentados ou pensionistas à época da promulgação da Ementa Constitucional – flexibilizou-se em face da consideração ao interesse público.

Neste caso, então, a análise demonstrou que o interesse público funcionou como fator de atenuação de um interesse que se

-

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.105 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, rel. para Acórdão Min. Cezar Peluzo, j. 18.08.2004

propunha "absoluto" – direito adquirido -, visto que garantido constitucionalmente e, ainda, por cláusula pétrea.

É interessante notar que, assim como a idéia de existência de supremacia do interesse público fica enfraquecida quando diante da relação de ponderação com outros interesses particulares, da mesma forma, os interesse privados – até mesmo os garantidos por cláusula pétrea – são relativizados quando diante do interesse público.

Esta atenuação do direito privado em nome da existência de um interesse tido como público não decorre, conforme se verificou, de uma fórmula pronta que determina que o interesse público deve prevalecer – sempre – em detrimento do interesse privado.

Pelo contrário, o que ocorreu, foi uma análise fática que comprovou, em última instância, que o interesse público deveria sobrepujar o interesse privado. Para isso, foram considerados os riscos em se adotar uma ou outra decisão. Ao final, o Ministro opta por priorizar o interesse classificado como público, por ser ele o que acarretará menos gravames.

#### IV.4 Ministro Marco Aurélio

A respeito da utilização da supremacia do interesse público sobre o privado em sua argumentação, pode-se dizer - com base no estudo feito a partir da amostra - que, em reiteradas vezes, verificou-se o emprego de posicionamentos doutrinários pelo Ministro Marco Aurélio.

Percebe-se que o Ministro, conforme a análise concreta dos casos levados à sua apreciação, atribui valores diversos aos interesses classificados como públicos, ora decidindo-se pela atenuação deste em face do interesse privado, ora estabelecendo o contrário, a primazia do interesse privado sobre o público.

O Ministro Marco Aurélio, assim como o Ministro Eros Grau, levanta a questão da classificação do interesse público como primário ou secundário, e - constata-se – este é um fator que o auxilia na ponderação dos interesses em conflito.

Para a demonstração da utilização, pelo Ministro Marco Aurélio, da supremacia do interesse público sobre o privado, analisar-se-á, de forma mais aprofundada, dois casos em que sua argumentação se fez em torno da divergência entre interesses públicos, de um lado, e privados, de outro.

## IV.4.1. Mandado de Segurança 25.181-6 – Caso da fiscalização de Sociedade de Economia Mista pelo Tribunal de Contas da União

O questionamento, trazido no mandado de segurança impetrado, tem como ponto central o entendimento do Supremo acerca do artigo 71 da Carta Federal, que assim dispõe (no que interessa ao presente caso):

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

*(...)* 

II — julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

O impetrante entendia não estarem as sociedades de economia mista inclusas no inciso II do artigo mencionado, e, portanto, não serem passíveis de fiscalização, de submissão ao controle externo feito pelo Tribunal de Contas da União.

Este entendimento se dava em face da natureza jurídica das sociedades de economia mista, as quais, teoricamente, são submetidas ao regime jurídico de direito privado, e não de direito público.

O interesse contraposto, representado pelo Tribunal de Contas da União, apresentava-se como sendo o resguardo ao erário público, uma vez que, grande parte do capital social destas sociedades (de economia mista) é de natureza pública, o que as enquadraria no inciso II acima referido, uma vez que seus administradores são responsáveis por dinheiros e valores públicos.

A esse respeito, o Ministro Marco Aurélio que, inclusive, fora relator do caso em comento, explica:

Ninguém desconhece – e essa foi a razão de haver aderido, atuando como vogal, à óptica do afastamento da apreciação do Tribunal de Contras da União no tocante às sociedades de economia mista – que a natureza dessas últimas é tida como privada. O fenômeno – além de revelado pela ordem jurídica, de forma expressa – advém do envolvimento de capital privado, muito embora de maneira minoritária. Conforme salientado por Celso Antônio Bandeira de Mello no trecho transcrito em parecer de trabalho a respeito das sociedades mistas, das empresas públicas e do regime de direito público, a submissão das sociedades de economia mista às regras próprias das empresas privadas objetiva unicamente viabilizar-lhes agilidade e desenvoltura na atuação no mercado, de modo a ombrearem com as empresas privadas propriamente ditas. Faze-se presente também o **interesse público**, ante ao capital injetado pela pessoa jurídica de direito público na própria sociedade. <sup>96</sup> (Destacou-se)

A análise evidenciou a contraposição de interesses públicos e privados, sendo os primeiros representados pelo Tribunal de Contas e os últimos pela sociedade de economia mista.

A presença do interesse público, conforme salientado pelo Ministro quando se utilizou das explicações de Celso Antônio Bandeira de Mello, foi fator que proporcionou o enfraquecimento do entendimento pautado na idéia de que, por se tratar de sociedade empresarial cuja natureza é privada, a sociedade de economia mista poderia não sofrer controle por parte do Tribunal de Contas da União.

Pode-se dizer, que o interesse público, presente no caso, funcionou como limitador ao interesse privado da sociedade de economia mista, fazendo com que aquilo quanto entendido pela doutrina, apresentada pelo Ministro no caso apreciado, de que estas sociedades somente se submeteriam à ordem privada, fosse relativizado.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Mandado de Segurança n. 25.181-6 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 10.11.2005

O que se verificou, no caso concreto, foi a preponderância do interesse público - de cuidado e controle da utilização de verba pública - sobre o direito, concernente às sociedades da iniciativa privada, de não terem suas contas fiscalizadas pelo citado órgão.

O Ministro Marco Aurélio, em seu voto, proferiu o entendimento de ser cabível o controle externo, e de este se dar em nome da supremacia do interesse da coletividade sobre o particular. Isto porque, segundo inferiu-se do estudo, o Ministro coloca a imposição de que as sociedades de economia mista têm de se pautar, também, pelas regras e princípios inerentes à Administração Pública.

Há limites a serem observados, porquanto está em jogo a questão de recursos também públicos. O traço nuclear das sociedades de economia mista, que as distingue de sociedades empresárias comuns, é o fato de operarem como coadjuvantes das diretrizes estatais e, desse modo, submeterem-se aos princípios inerentes à administração da coisa pública — a supremacia do interesse coletivo sobre o individual. O elemento essencial das referidas sociedades — a possibilidade de agirem como auxiliares do Estado na consecução dos objetivos públicos — não há de ser atropelado por um elemento acidental — a personalidade jurídica de direito privado. <sup>97</sup> (Destacou-se)

Constatou-se que, o Ministro Marco Aurélio se utilizou do princípio da supremacia do interesse público, da forma a ponderar o contexto fático e os interesses contrapostos apresentados no caso em tela. Explica-se: o argumento principal é a submissão da sociedade de economia mista, no caso concreto, não somente às regras que

-

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Mandado de Segurança n. 25.181-6 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Ministro Marco Aurélio, j. 10.11.2005

pautam o direito privado, mas – também – aos princípios norteadores do direito público.

A construção argumentativa advinda deste argumento principal promoveu a aplicação da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado, segundo a qual, o emprego do dinheiro público enxertado na sociedade de economia mista, pode, sim, ser fiscalizado pelo Tribunal de Contas da União, visto que tal controle é feito em nome do interesse público, que se sobrepõe ao privado, no caso, aquele representado pelo interesse da própria sociedade mista.

Faz-se evidente a ponderação efetuada pelo Ministro no sentido de averiguação de todo o contexto apresentado no caso concreto para, em seguida, apreciar qual interesse deveria prevalecer.

## IV.4.2. Argüição de Descumprimento de PreceitoFundamental 130 – o caso da antiga Lei de Imprensa

O caso em tela já foi anteriormente explicado, no item IV.2.2 que tratou da utilização da supremacia do interesse público pelo Ministro Celso de Mello. Assim, neste momento somente analisar-se-á o emprego, da referida supremacia, pelo Ministro Marco Aurélio.

A ADPF 130 demonstra uma utilização, pelo Ministro Marco Aurélio, da noção de supremacia do interesse público sobre o privado quase que inteiramente feita pelo uso de doutrina que versava neste sentido.

Interessante notar que o Ministro foi voto vencido perante a Corte, e entendeu ser o pedido de inconstitucionalidade da antiga Lei de Imprensa, formulado pelo PDT, inteiramente improcedente. Assim, segundo seu entendimento, a antiga Lei de Imprensa deveria continuar vigente, pelo menos até que outra a substituísse, sob pena de, em não se mantendo a referida Lei – e estabelecendo,

assim, o vácuo normativo -, ficar instalada a desordem, a babel e a insegurança jurídica.

Ainda mais interessante é constatar que há prevalência do interesse público sobre o interesse privado, conforme o entendimento proferido pelo Ministro Marco Aurélio, assim como também o apontou o Ministro Celso de Mello.

Os motivos apresentados pelo Ministro Marco Aurélio para tal prevalência, encontram-se assim consignados, com base em citação da doutrina de René Ariel Dotti:

Foi o que disse: a quem interessa o vácuo normativo? Aos jornais? Aos jornalistas? À cidadania brasileira? A resposta, Presidente, somente pode ser, com a devida vênia, negativa:

"Em todas as democracias modernas existe um conflito clássico entre dois valores fundamentais: o direito à informação, de um lado, e os direitos ligados àpersonalidae, de outro. As constituições resolveram o dilema conferindo primazia ao primeira termo, em nome do **interesse público**. Como contrapartida, criaram mecanismos para reparar excessos cometidos no livre exercício da imprensa". 98 (Destacou-se)

A preponderância do interesse público sobre o privado não foi feita através da ponderação de valores, mas sim, por meio da mera observação da realidade tal como ela já se encontra posta.

Conferiu-se, pelo estudo de seu voto, que o Ministro Marco Aurélio chegou à sua decisão de forma a consagrar o interesse público porque este já se encontra protegido na prática, no que se refere à liberdade de imprensa em contraposição com os interesses privados.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009.

Ainda assim – e também pela observação da praxe – o Ministro Marco Aurélio propõe uma impossibilidade de se atribuir valor absoluto ao interesse público, encarnado na crítica jornalística. De tal modo, é preciso que haja, conforme se entendeu do voto proferido pelo Ministro, uma regulamentação da crítica jornalística para que não sejam cometidos abusos em nome do interesse público.

O elemento que pautaria esta regulamentação seria, para o Ministro, a dignidade do homem, senão vejamos:

Não posso – a não ser que esteja a viver em outro Brasil – dizer que nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada, presente a Lei n. 5.250/67. Digo – e sou arauto desse fenômeno – que se rem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação a homem público ou privado, pouco importa, a dignidade há de ser mantida. 99

Aqui, um ponto notório de divergência com o entendimento proferido por Celso de Mello. Constatou-se que para o Ministro ora apreciado, pouco importa se a crítica jornalística é dirigida à pessoa pública ou à pessoa privada. Em ambos os casos, o direito de crítica, revestido sempre de interesse público deverá ceder, e não esmaecer, em nome da dignidade do homem. Continua o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

#### E consigna René Ariel Dotti:

"É essencial considerar que, enquanto na lei especial, o bem jurídico prevalente é a liberdade de informação como interesse coletivo" – e digo, aqui, de todos nós – "no Código Penal, a

\_

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 / Distrito Federal – DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 30.04.2009

proteção tem caráter individual. Consideremos aí, os crimes de injúria, difamação e calúnia"

Conforme se verifica da leitura do inteiro teor, há, em verdade, uma relativização daquilo quanto tido como supremacia do interesse de crítica, que no caso é classificado como o próprio interesse da coletividade, em nome do interesse privado, de caráter individual.

#### V – CONCLUSÃO OBTIDA A PARTIR DA ANÁLISE

A análise da amostra demonstrou que o termo *supremacia* do interesse público foi muito pouco utilizado como razão de decidir dos ministros, ao contrário do que se pensou na hipótese.

A *supremacia* do interesse público está intimamente ligada à idéia de existência de um *princípio* da supremacia, tal como concebida por aquela que convencionamos chamar de *doutrina clássica*.

A partir do exame dos casos concretos foi possível perceber que a **prévia** primazia de interesses públicos sobre privados, que é a tradução simplória daquilo quanto preconizado pela doutrina tradicional a respeito deste *princípio* - deste *postulado* - tem sido pouco utilizada na jurisprudência do STF.

O *princípio* praticamente só foi utilizado como artifício meramente retórico. O que quero dizer com isso, é que os ministros que se utilizam do *princípio* não fazem um esforço argumentativo no sentido de justificar o motivo pelo qual o interesse público preponderaria sobre o interesse particular.

A utilização da supremacia do interesse público como *postulado* – de acordo com os ditames da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e de quem com ele compactua – concede, ao interesse público, um valor inquestionável, e que, talvez por isso, faz com que os ministros se utilizem desse sentido inviolável do interesse público para se desincumbirem do ônus de justificar suas decisões. É como se a mera citação do *princípio* atribuísse força incontestável ao julgamento proferido.

Desta feita, quando da utilização do *princípio*, não foram apresentados, pelo minsitros, quaisquer pensamentos logicamente construídos e argumentos solidamente utilizados que levassem à adoção de referido princípio como núcleo de uma decisão.

O que ocorre, em verdade, é a utilização do *princípio* da supremacia do interesse público como uma razão que independe de construção

argumentativa e que, isoladamente, constitui uma justificativa para se defender que um interesse (aquele classificado como público) sempre sobrepujará o outro (o privado).

Importa notar, ainda, que a utilização do *princípio* se fez de maneira puramente retórica, como *obiter dictum* e, muitas vezes, a impressão que se teve foi que a utilização de tal *princípio* da supremacia se deu unicamente para conferir maior ênfase para um pensamento construído independentemente da afirmação de que exista supremacia de um interesse (público) sobre outro.

Neste sentido, é possível dizer, como uma primeira conclusão da pesquisa, que ainda se apresentam, nas decisões dos ministros, uma presunção de que os interesses coletivos sempre prevalecerão sobre os interesses particulares, mas esta presunção somente é utilizada de forma subsidiária ao núcleo argumentativo apresentado nas decisões dos ministros.

A despeito da utilização do *princípio* da supremacia, o que concomitantemente se verifica é a significativa apresentação pelos ministros de um *processo de atribuição de valor* aos interesses contrapostos, feito de acordo com o caso que se apresenta. Tal processo de atribuição de valor para os interesses contrapostos é feito, pelos ministros do Supremo, por meio da ponderação dos valores de acordo com as condições apresentadas nos casos concretos.

Conforme se percebeu dos dados aqui apresentados, a idéia de existência de um direito absoluto, ou de prévia supremacia de um interesse é bastante refutada pelos ministros da Corte em seus votos. Essa impossibilidade de atribuição de caráter absoluto a algum valor resguardado pela ordem constitucional, inclusive, serviu como motivação para que os ministros indeferissem pedidos formulados com base no *princípio* da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em decorrência das considerações acerca da inexistência de direitos - ou interesses - imbuídos de caráter absoluto dentro do sistema constitucional, a noção de prevalência de determinado interesse sobre outro advém de uma relação de ponderação de interesses, conforme restou caracterizado pelo estudo da amostra. De tal sorte, a valorização de interesses, e a

atribuição de prevalência de determinado interesse em face de outro, somente se pode efetivar a partir da análise de caso-à-caso.

Conforme se verificou da análise da amostra, interesses públicos e contrapostos interesses particulares foram identificados pelos ministros em cada caso, embora essa identificação do que é "interesse público" e o que é "interesse privado" no campo da jurisprudência da Corte, tende a não seguir uma regra de coerência.

O que quero dizer é que, apesar dessa verificada incoerência de classificação dos interesses, a *idéia de supremacia de interesses públicos sobre interesses privados* pode, sim, existir. No entanto, essa prevalência se fez possível não por uma prévia concepção de que os interesses públicos devem sobrepujar os interesses privados, mas, sim, porque tais interesses, classificados no caso concreto como públicos, demonstraram ser os que atingem os fins objetivados pela decisão.

Ou seja, a jurisprudência do STF não negou a possibilidade de a um interesse público ser atribuído maior valor do que ao interesse particular. No entanto, este não é um fato presumido, mas sim comprovado, de acordo com o caso concreto e por meio da ponderação.

Assim, chegou-se à conclusão de que a *idéia* de supremacia, esta sim, se faz bastante presente, mas não categoricamente, como se postulado fosse. Ou seja, para a maioria dos ministros do STF, a primazia do interesse público sobre o privado pode, sim, existir. No entanto, há de haver um ônus argumentativo no sentido de demonstrar essa preponderância.

Por fim, pode-se dizer que presenciamos, atualmente, uma discussão marcada pela coexistência do *princípio* da supremacia concebida pela doutrina clássica e da *idéia* de prevalência de um interesse sobre o outro. Entretanto, o que se fez evidente, é a reiterada negação, pelos ministros, de atribuição de valor absoluto a quaisquer direitos ou interesses.

#### VI - BIBLIOGRAFIA

MOTTA PINTO, Henrique. *Princípios do Direito Administrativo*. Publicação do livro Introdução ao Direito Administrativo, da série GV*law* (Direito Administrativo: *introdução ao direito administrativo /* Carlos Ari Sundfeld, Vera Monteiro coordenadores – São Paulo: Saraiva, 2008. – Série GV*law*).

DE PALMA, Juliana Bornacorsi. *Atuação Administrativa Consensual – Estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador.*Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. A respeito do posicionamento doutrinário acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conferir este mencionado trabalho, págs. 49 e seguintes.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. São Paulo – SP. Malheiros Editores, 2007. págs. 56 a 96

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2009. págs. 64 a 66

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma tória do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 2ª Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro – RJ. Renovar, 2008. págs. 81 a 124

HÜBNER MENDES Conrado, Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão. http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19 Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf

Crítica feira por Paula Gorzoni ao artigo *Entre o Princípio e a Regra – Teoria dos direitos fundamentais*, de Robert Alexy e traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008 <a href="http://www.scielo.br/pdf/nec/n85/n85a13.pdf">http://www.scielo.br/pdf/nec/n85/n85a13.pdf</a>

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicabilidade dos princípios jurídicos*. 9ª Ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2009. págs. 161 e 162