



**CENTRO UNIVERSITÁRIO FG-UNIFG
DIREITO**

KARLA ADRIANY DE ARAÚJO MOREIRA

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O SEU REFLEXO
NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

Guanambi - BA

2021

KARLA ADRIANY DE ARAÚJO MOREIRA

**O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O SEU REFLEXO
NO DIREITO DE PROPRIEDADE**

Artigo científico apresentado ao curso de
Direito do Centro Universitário FG – UNIFG,
como requisito de avaliação da disciplina
de Trabalho de Conclusão de Curso II.

Orientador: Murillo Ricart Mendes Souza
Silva

Guanambi - BA

2021

SUMÁRIO

RESUMO	3
PALAVRAS-CHAVE:	3
ABSTRACT	3
KEYWORDS:	3
INTRODUÇÃO	3
MATERIAL E MÉTODOS	4
RESULTADOS E DISCUSSÃO	5
DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	5
DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	7
INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO.....	9
INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE INDISPONÍVEL.....	10
NUANCES DA APLICAÇÃO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO.....	10
O INTERESSE PÚBLICO E SUA SUBMISSÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E SUA CORRELAÇÃO COM O INTERESSE PÚBLICO.....	12
DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE.....	13
O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSÍVEL ADMISSÃO DE RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE	14
CONSIDERAÇÕES FINAIS	17
REFERÊNCIAS	19

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O SEU REFLEXO NO DIREITO DE PROPRIEDADE

Karla Adriany De Araújo Moreira¹, Murillo Ricart Mendes Souza Silva²

¹Graduanda do curso de Direito, Centro Universitário FG-UNIFG

²Docente do curso de Direito, Centro Universitário FG-UNIFG

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a correlação entre o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado frente ao direito fundamental a propriedade, previsto na Constituição Federal de 1988. Desta forma, pretende-se demonstrar a evolução do constitucionalismo no âmbito do direito administrativo, o tratamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro, a maneira como o direito de propriedade é tratado na Constituição Federal de 1988 e por fim, utilizando-se da metodologia exploratória, apresentar os requisitos necessários para que o poder público imponha qualquer tipo de restrição ao direito de propriedade, em razão da relevância que os direitos fundamentais possuem na Constituição Federal de 1988, de maneira que não é possível admitir que o interesse público sempre terá supremacia em relação ao particular. Destarte, a primazia in concreto de um chamado interesse público legal, constitucional, que atenda também os direitos fundamentais é que deve prosperar.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Direito de propriedade. Interesse público. Supremacia.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the correlation between the Principle of the Supremacy of Public Interest over Private in relation to the fundamental right to property, foreseen in the Federal Constitution of 1988. In this way, it is intended to demonstrate the evolution of constitutionalism in the scope of administrative law , the treatment of the principle of supremacy of the public interest over the private in the Brazilian legal system, the way in which the right to property is treated in the Federal Constitution of 1988 and finally, using the exploratory methodology and a dialectical analysis, presenting the requirements area for the public authorities to impose any type

Endereço para correspondência: Travessa 2 da Rua Leonor Pereira nº 24- Bairro: Ovídio Teixeira-
Caetité- Bahia. CEP: 46400.000

Endereço eletrônico: e-mail: karlaadrianycte@gmail.com

of restriction on the right to property, due to the explanation that fundamental rights have in the Federal Constitution of 1988, so it is not possible to admit that the public interest will always have supremacy over the private. Thus, the primacy in concrete of a so-called legal, constitutional public interest, which also meets fundamental rights, must prosper.

KEYWORDS: Constitutionalism. Property right. Public interest. Supremacy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho presta-se a analisar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e seus reflexos no direito fundamental à propriedade, então contemplado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja finalidade consiste em debater a pertinência na manutenção do postulado do direito administrativo brasileiro.

Na presente pesquisa será utilizada a metodologia exploratória, tendo embasamento na constitucionalização do Direito Administrativo, bem como na dimensão constitucional do direito fundamental a propriedade.

Neste sentido, na construção do presente trabalho, no primeiro capítulo, busca-se tecer uma análise do fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo, demonstrado como as mudanças no Estado de Direito, tornou a Constituição parâmetro de interpretação do Direito Administrativo (BARROSO, 2005).

Na sequência, será apresentado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, traçando a sua origem histórica, principais vertentes, características, bem como sua relação com os direitos fundamentais.

O exame da problemática envolvendo a supremacia do interesse público sobre o particular e os direitos fundamentais, é alvo de muitas discursões doutrinárias, vez que autores, como Abboud (2011), destacam que a inobservância dos direitos fundamentais por parte do poder público em suas ações, pautando-se na supremacia do interesse público, ofereceria risco aos referidos direitos, isso porque estes constituem uma das principais metas do Constitucionalismo, de maneira que não é possível a realização de um Estado Constitucional com a exclusão destes direitos.

Posteriormente, far-se-á uma análise do Direito de propriedade e seus desdobramentos na Constituição Federal de 1988, com vistas a expor a importância

do referido direito e como ele é tratado hodiernamente, especificando ainda, quais requisitos devem ser observados pelo poder público, para restringir o direito fundamental de propriedade.

No decorrer do presente estudo, serão sanados os seguintes questionamentos: como se deu a evolução da Constitucionalização do Direito Administrativo e quais os seus principais reflexos no atual ordenamento jurídico brasileiro; até que ponto é possível que o interesse público tenha supremacia sobre o particular; como o direito de propriedade é tratado na Constituição Federal de 1988; quais requisitos devem ser observados pelo poder público para restringir o direito fundamental à propriedade, para, por fim, nas considerações finais, apresentar o entendimento obtido no decorrer do estudo e o ponto de vista a que se chegou.

MATERIAL E MÉTODOS

O presente trabalho foi desenvolvido e estruturado com arcabouço na pesquisa bibliográfica, que, para Cervo, Bervian e da Silva (2007, p.61), “constitui o procedimento básico para os estudos monográficos, pelos quais se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema”.

Constitui, portanto, uma revisão de literatura do tipo sistemática, que foi realizada de forma abrangente, em que foram localizadas, avaliadas e sintetizadas as evidências de estudos científicos encontrados na literatura sobre o tema proposto, nas seguintes etapas:

a) Primeiramente, foram feitas consultas de dados bibliográficos publicados nas plataformas Scielo e Google Scholar. Os descritores de busca utilizados foram: “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, “direito de propriedade”, “função social da propriedade” e “restrição de direito fundamental”. Entre os termos foi utilizado o operador *booleano* “and”.

b) Houve realização de leitura dos títulos dos artigos, com exceção aos estudos anteriores ao ano de 2005.

c) Foi realizada também a leitura dos resumos dos artigos para verificação da elegibilidade do estudo, sendo incluídos aqueles que atendessem aos seguintes critérios:

i) estudos que tenham a supremacia do interesse público sobre o privado como temática principal;

ii) recorte temporal nos últimos 16 (dezesesseis) anos (2005-2021); e

iii) texto disponível na íntegra em formato eletrônico.

d) finalizando, foi realizada a leitura e análise dos artigos escolhidos, a fim de garantir a elegibilidade e construção do artigo.

A técnica utilizada se deu a partir de uma análise profícua da pesquisa bibliográfica, assim como participações em curso, palestras e fórum, os quais estavam relacionados com o tema, como também artigos e livros de autores renomados da matéria em questão.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

De início, contextualizando o tema proposto, a fim de situar o leitor, o presente tópico presta-se a analisar brevemente a constitucionalização do direito, que servirá de base para a compreensão desse fenômeno no Direito Administrativo, o qual possui como conjectura a supremacia do interesse público sobre o privado, que por sua vez, em determinados casos conflita-se com os direitos fundamentais, como o da propriedade, previsto na Constituição Federal de 1988 (ABBOUD, 2011).

A demarcação do intitulado novo direito constitucional, na Europa continental, trata-se do constitucionalismo pós-guerra, de modo especial na Alemanha e na Itália. Destarte, no Brasil, pode-se afirmar que o fenômeno se deu com a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar (BARROSO, 2005).

Explica Luís Roberto Barroso (2005), que o Constitucionalismo do direito, simplificada e falando, refere-se, por exemplo, a todo e qualquer ordem jurídica, na qual vigore a Constituição dotada de supremacia, de maneira que as normas constitucionais possuem força normativa diante de todo o sistema jurídico. Destarte, a Constituição é vislumbrada como sendo o centro do sistema jurídico e dela emana a validade para a ordem infraconstitucional, assim como toda e qualquer interpretação da ordem jurídica, bem como nas relações entre particulares.

Ressalte-se, que a manutenção dos direitos fundamentais é entendida como uma das principais metas do constitucionalismo, de maneira que é inadmissível a caracterização do Estado Constitucional afastando os direitos fundamentais (ABBOUD, 2011).

Nesse sentido, no que diz respeito ao Direito Administrativo a Carta Magna de 1988 trouxe a constitucionalização dos princípios base desse ramo do direito, de modo mais detalhado se comparado a Constituição de 1934. Frise-se, que as normas da Administração Pública são entendidas como garantias individuais dos administrados face ao Poder Público, que possui como fim limitar o arbítrio estatal, para que a Administração Pública efetivamente cumpra seu papel de ponderar entre a liberdade e autoridade, frente a princípios e metas constitucionais, de maneira que chamado princípio da legalidade, não leve em conta somente a lei formal, mas todo o peso jurídico (FALDINI, 2010). Vejamos o Constitucionalismo no que se refere ao Direito Administrativo:

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo (BARROSO, 2005, p. 30).

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a Administração Pública sofre limitações quanto a sua discricionariedade, uma vez que sua atuação deverá pautar-se na aplicação direta e imediata da Constituição, para que o ato seja válido (FALDINI, 2010).

Cumprе esclarecer, que o Direito administrativo, aqui entendido como um sistema jurídico de normas e princípios, somente foi vislumbrado com a implantação do Estado de Direito, momento em que o criador do Direito passou a identificá-lo. O Direito administrativo nasce, pois, com os movimentos constitucionais ocorridos no final do século XVIII, motivo pelo qual, considera-se o século XIX o momento em que efetivamente se conhece o novo ramo jurídico (CARVALHO FILHO, 2006).

Nas palavras de Daniel Wunder Hachem (2011), o Direito Administrativo desenvolveu-se como um emaranhado de normas, cuja finalidade consiste em condicionar o exercício do poder político. Vejamos:

Desde o início de sua formação, desencadeada pela submissão estatal ao ordenamento jurídico, o Direito Administrativo desenvolveu-se como um conjunto de normas destinadas a condicionar o exercício do poder político, orientando a relação entre o Poder Público e os cidadãos. Essa regulação jurídica do relacionamento Estado/indivíduo, possibilitada pela afirmação do Estado de Direito, teve por escopo assegurar o equilíbrio entre duas ideias opostas: de um lado, os poderes conferidos pelo sistema normativo à Administração, sem equivalentes no Direito Privado; de outro, a liberdade dos

particulares, garantida pelas restrições especiais que o mesmo ordenamento jurídico impõe ao Estado, mas não dirige aos sujeitos privados (HACHEM, 2011, p. 27).

Em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual marca a redemocratização do País, ocorreu uma ruptura de regime, de modo que nesta fase, há uma grande preocupação no que diz respeito à efetivação dos direitos humanos e sociais elencados no bojo da Carta Magna de 1988. Importa registrar que o chamado constitucionalismo moderno nasce a partir do momento em que há necessidade que conter o exercício do poder estatal. A Constituição torna-se a norma hierarquicamente superior, de maneira que nela encontra-se positivados os direitos fundamentais individuais e o homem passa ser o centro da Constituição. Tais direitos estão ancorados na dignidade da pessoa humana e no Estado Democrático de Direito, representando a real limitação do poder estatal (BINENBOJM, 2007).

Neste diapasão, os princípios presentes na Constituição foram inseridos nos atos da Administração Pública. A partir de então a interpretação do direito administrativo deve pautar-se na própria Constituição. Deste modo, pode-se afirmar que a Constitucionalização do Direito Administrativo implica na atuação da Administração Pública tendo como base as normas e princípios constitucionais (JUSTEN FILHO, 2009).

Sobre os princípios que embasam esta atuação, Atienza e Manero (2017), destacam que estes se variam, como instrumentos que condicionam o desenvolvimento de determinada realidade, de maneira que os princípios possuem uma função explicativa, visto que são capazes de sintetizar muitas informações que permitem a construção do conhecimento, cumprindo uma função didática demasiadamente relevante, tal qual será abordado no próximo tópico.

DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frise-se que o direito administrativo nasce face aos abusos de uma administração absolutista. Em verdade, as pessoas pediram intervenções estatais na sociedade, economia, bem como no que diz respeito à dignidade do ser humano. Os efeitos da ampliação das atribuições administrativas do Estado tornaram-se consistentes e a Administração tornou-se responsável por cuidar do interesse público, de modo a compartilhar tal atribuição com a sociedade (MENDONÇA, 2008).

Inicialmente, o direito administrativo possui, em tese, características demasiadamente favoráveis à administração Pública. Nesse cenário, o poder público, colocava-se, pois, superior aos seus destinatários, utilizando-se, para tanto, do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular (BINENBOJM, 2005).

Ensina Meirelles (2010, p. 51), que “o impulso decisivo para a formação do Direito Administrativo foi dado pela teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu”. De modo que, segundo ele:

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos Tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como corolário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas. Era o advento do Direito Administrativo (MEIRELLES, 2010, p. 52).

Na atualidade o Estado atua na proteção de abuso de particulares, visando justamente à supremacia do interesse público. Há de se ressaltar que, nos dizeres de Hachem (2011, p. 14), “a supremacia do interesse público foi afirmada como norma jurídica norteadora do regime jurídico-administrativo a partir de construções doutrinárias, delineadas ao final da década de 1960”.

O princípio da supremacia do interesse público, por vezes foi questionado, haja vista a sua capacidade de fundamentar e legitimar as ações do poder público que, muitas vezes chocam com interesses individuais.

Ocorre que, com o advento da constitucionalização do direito administrativo, marcado pela implantação de princípios ao ordenamento jurídico, princípios este que resguardam o ser humano e garantem a sua dignidade, a administração pública viu-se compelida a atuar de acordo os ditames democráticos e morais de um Estado Democrático de Direito, que por sua vez, eleva o ser humano a categoria máxima, de modo que, o Estado deve servi-lo e garantir a sua dignidade. A administração pública deverá, portanto, resguardar o individual e o coletivo (BAPTISTA, 2003).

INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

O interesse público não se confunde com interesse do Estado. Nesse sentido, expõe o jurista Luís Roberto Barroso, vejamos:

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) primário - isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social e (ii) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto (BARROSO, 2005, p. 31).

Logo, tendo em vista o narrado acima, pode-se dizer que o chamado Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado, deve ser compreendido, aplicado e interpretado de acordo a sua finalidade, vez que o Estado possui também, os interesses da pessoa jurídica de direito público.

Nesse sentido, Mello (2010), explica que:

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderia defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o seja, caso em que sua defesa será, ipso facto, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles (MELLO, 2010, p. 66).

Desta forma, o interesse primário traduz-se aquele direcionado à coletividade como um todo. Já o interesse público secundário pode ser entendido como o interesse do Estado como ente personalizado (MELLO, 2010).

INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE INDISPONÍVEL

O arcabouço do Direito Administrativo abrange dois princípios, o primeiro diz respeito a supremacia do interesse público sobre o privado e o segundo trata-se da indisponibilidade do interesse público.

Destarte, para distingui-los é necessário levar em conta, que a supremacia do interesse público diz respeito ao chamado poder da Administração. Já a indisponibilidade do interesse público versa sobre um dever imposto a esta (ZIMMER JÚNIOR, 2009), de maneira que a junção destes princípios, “[...] compõe a síntese do regime jurídico administrativo, em outras palavras, o poder-dever ou o dever-poder de o Estado realizar o interesse público” (ZIMMER JÚNIOR, 2009, p. 100).

Por conseguinte ensina Gasparini (2006), que de acordo com o princípio da indisponibilidade do interesse público, os bens, direitos, interesses e serviços públicos não poderão ser livremente dispostos pelos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los para a sua real finalidade. O detentor dessa disponibilidade é o Estado, motivo pelo qual para alienar bens, outorgar concessão de serviço público, para transigir, renunciar, confessar, para revelar a prescrição e demais atividades da administração pública, faz-se necessário a criação de leis.

NUANCES DA APLICAÇÃO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Inicialmente, cumpre esclarecer que, para uma parte da doutrina o interesse público, aqui entendido como o interesse da coletividade, constitui, em síntese, a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (MELLO, 2005).

Conforme ensina Mello (2012), o princípio do interesse público sobre o privado representa uma categoria elevada dos interesses individuais numa dimensão pública, a qual abarca toda a sociedade, vez que “seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem”. (MELLO, 2012, p. 60).

Nesse prisma, o professor Binenbojm (2007) entende que havendo conflito de interesses, de acordo ao caso concreto, pautado nos valores constitucionais, deverá o administrador alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. O resultado da ponderação é entendido como o melhor interesse

público, sendo, portanto, a finalidade legítima que embasa a ação da Administração Pública.

Abboud (2011), já explica que a ponderação é insuficiente quando se trata de conflitos desta natureza e elenca quatro requisitos para serem utilizados, nas ocasiões em for necessária a restrição de direitos fundamentais, os quais serão tratados em momento oportuno.

Ávila (1998) ao negar a supremacia do interesse público sobre o privado como norma-princípio esclarece que este carece de referibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como reafirma o peso dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal de 1988. Em alusão a Friedrich Müller, Ávila explica que “a qualificação jurídica de um princípio permanece questionável se ele se apresenta em absoluta contradição com outras normas-princípios, se ele não se deixa reconduzir à natureza das coisas ou à ideia de Direito” (ÁVILA, 1998, p.190)

No tocante a aplicação da Supremacia do interesse público frente aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana, Sarmento (2012, p. 134) expõe à necessidade de “uma fortíssima carga argumentativa para a superação do direito fundamental em proveito do interesse público em confronto”.

Frente a esta linha de entendimento, é possível aferir, categoricamente, que a problemática em torno do referido princípio ainda é motivo de negacionismos e críticas ferrenhas. Por outro lado, há uma parte da doutrina que o defende com veemência, ressaltando a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

O INTERESSE PÚBLICO E SUA SUBMISSÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Abboud (2011), em análise aos requisitos necessários para de autorizar restrição a direitos fundamentais, elucida que os referidos direitos abraçam os direitos universais e os nacionais das pessoas. Segundo ele, os modelos de fundamentação dos direitos fundamentais, sendo eles historicista, individualista e estatalista contribuíram, em especial o historicista e o individualista, para os constitucionalismos que temos na atualidade. Isso porque, no modelo inglês/historicista os direitos fundamentais foram historicamente garantidos pela própria jurisprudência. Os direitos fundamentais, portanto, devem ser preservados, porque perfazem uma conquista histórica da formação política e jurídica da nação, de modo que a sua observação deve ser realizada pelo poder público e pelos particulares.

Assim sendo, a inobservância dos direitos fundamentais por parte do poder público, pautando-se na supremacia do interesse público, pode ser vista como inconstitucional e ilegítima, isso porque eles constituem uma das principais metas do Constitucionalismo, de maneira que não é possível a realização de um Estado Constitucional com a exclusão destes direitos.

Dworkin (2003), denomina como utilitarista, os argumentos de que restringir direitos fundamentais vai gerar benefício a toda uma coletividade. O autor ainda evidencia a grandiosidade dos direitos fundamentais. A doutrina aponta conflitos existentes na relação entre interesse público e direitos fundamentais, no sentido de definir qual destes deve prevalecer nos casos em que há conflito de interesses.

Conforme explica Sarmiento (2011), há doutrinadores que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, tendo como base, alegações de que o referido princípio possui caráter autoritário, indo de encontro aos princípios estabelecidos pela Constituição de 1988.

Acerca dos valores constitucionais para ponderação dos “interesses públicos”, Binbojm ensina que:

[...] não é livre o agente público para decidir por um ou por outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo (BINENBOJM, 2005, p.19).

Para Abboud (2011, p.103), o interesse público “não constitui argumento jurídico, político ou técnico apto a justificar e legitimar qualquer restrição a direito fundamental”. Segundo o autor, a atuação da administração pública não encontra limites somente no princípio da legalidade, como também nos direitos fundamentais, vez que estes são o cerne da Constituição, da qual emana todas as demais normas, as quais, por sua vez, sempre devem estar em consonância com o disposto na carta maior.

DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA E SUA CORRELAÇÃO COM O INTERESSE PÚBLICO

Findada a análise do acima, o presente tópico, sem a pretensão de esgotar o tema, tem por finalidade apresentar o direito fundamental a propriedade e demonstrar a sua importância, o qual em ocasiões determinadas pela lei pode vir a ser restrito em

razão de interesse social, o que não representa, em tese, a supremacia do interesse público, mas sim o atendimento a toda uma coletividade, pautada no interesse social, haja vista tratar-se a propriedade de um direito fundamental, que constitui o cerne da Constituição Federal de 1988, e que, portanto, não pode sofrer restrições, salvo se cumprido os requisitos que serão expostos no último tópico deste capítulo.

DO DIREITO FUNDAMENTAL A PROPRIEDADE

Conforme perfilha Caio Mario da Silva Pereira (apud LEAL, 1981, p. 7) o direito de propriedade “é a pedra de toque dos regimes jurídicos e dos regimes políticos. É através de sua análise que se pode apurar a tendência de um poço num determinado momento de sua evolução jurídica”.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald relatam a evolução da concepção de propriedade individual e absoluta com raízes no feudalismo até a concepção de função social da propriedade das constituições atuais:

Da propriedade quirítária dos romanos, passando pelas múltiplas titularidades das sociedades feudais do medievo até a propriedade individual dos modernos, cada povo buscou uma resposta para o que seria justo na apropriação e repartição dos bens. E a sociedade contemporânea conseguiu ir além, criando novas respostas para o pertencimento, à medida que paulatinamente vem valorizando o compartilhamento ao lado do pertencimento exclusivo. A propriedade romana foi erguida sob o pilar do civismo. A medieval sobre a terra. A moderna sobre o indivíduo. A contemporânea sobre a sociedade. Os ordenamentos ocidentais da era moderna foram pensados para uma relação indivíduo x indivíduo, como marca do individualismo assentado nas ideias de Locke, Rousseau e Voltaire. A mudança do milênio tem estabelecido uma nova realidade, a qual tem gerado novas demandas sociais, estabelecendo um novo modelo de relação jurídica envolvendo indivíduo e sociedade (CHAVES; ROSENVALD, 2020, p. 271-272).

Desta forma, pode-se afirmar que o direito à propriedade, na atualidade, passou a ser também estudado e vislumbrado pelo direito constitucional e administrativo, indo além dos estudos civilistas, haja vista sua relação direta com o envolvimento do indivíduo e sociedade.

O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição é a lei fundamental de um Estado, a qual possui anseios ideológicos e políticos da sociedade, com cunho de normatividade. Conforme perfilha Canotilho (1999),

Para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento. É necessário que o conteúdo desse documento obedeça aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo. Por isso,

a constituição deve ter um conteúdo específico: (1) deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do “corpo político” e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, mesmo ao poder soberano (antidespotismo, antiabsolutismo); (2) esse corpo de regras vinculativas do corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais, como o princípio da separação de poderes, a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, a garantia de direitos e liberdades, a exigência de um governo representativo, o controle político e/ou judicial do poder. (...) O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados (em termos jusnaturalistas, em termos racionalistas, em termos fenomenológicos) fundamentais numa ordem jurídico-política materialmente legitimada. (CANOTILHO, 1999, p. 1056)

Destarte, a Constituição Federal de 1988, coloca o direito de propriedade como sendo fundamental (art. 5º, XXII) e a propriedade privada como princípio da ordem econômica (art. 170, II).

O direito subjetivo de propriedade caba por se firmar como o mais amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. Há sólidos argumentos que mantêm o caráter fundamental do direito a propriedade. Para além de seu reconhecimento constitucional expresso, são inegáveis a sua imutabilidade formal e material e a judicialidade plena. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas. Com efeito, a propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. (CHAVES; ROSENVALD, 2020, p. 294)

Frisa-se que a elevação da propriedade como direito do homem, agarra-se a sua função de proteção pessoal do seu titular. A propriedade tem o papel de ensejar a autonomia privada do ser humano, bem como basilar o desenvolvimento de sua personalidade, visto que os direitos reais de uma pessoa beneficiam a sua realização pessoal e sua superioridade sobre as demais coisas (ROSENVALD; FARIAS, 2020).

DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSÍVEL ADMISSÃO DE RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a chamada função social da propriedade é mencionada em alguns dispositivos do texto legal. Primeiramente no art. 5º, por meio do qual a propriedade é caracterizada como direito fundamental. Em um segundo momento, tem-se o art. 170, o qual representa a maior inovação sobre o conceito, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira, e posteriormente no título da política urbana, art.182, vejamos:

Art. 5º 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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;
 XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
 XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;
 XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;
 (...)
 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: III - função social da propriedade.
 (...)
 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
 § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
 § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

A constituição Federal, que possui como base a dignidade da pessoa humana, traz garantias fundamentais, tal como o direito à propriedade. Todavia esse direito não é absoluto e deve, pois, a propriedade cumprir sua função social (art. 5º, XXIII). Destarte, cumprir a função social, não caracteriza uma restrição do direito individual de propriedade, mas diz respeito à observância de toda uma coletividade. Nesse sentido, Di Pietro (2015, p. 52) explica que:

Reconhecendo a função social da propriedade, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o seu uso seja condicionado ao bem estar geral. Não ficou, portanto, o constituinte longe da concepção tomista, segundo a qual o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora pertençam a um só (DI PIETRO, 2015, p. 52).

Destarte, o direito de propriedade está previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe os direitos e garantias fundamentais. Está presente ainda, no inciso XXII do mesmo artigo. Já o Código Civil, preleciona em seu art. 1228, as faculdades do proprietário, quais sejam, “usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Das formas de restrição à propriedade, existe a de caráter exclusivo, que é limitada pelas requisições civis e militares e está prevista na Constituição Federal, art. 5º, XXV, em que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá

usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Atualmente, no Brasil, sabe-se que o direito de propriedade não é mais um direito absoluto, haja vista, além da necessidade de cumprimento da função social, a presença de limitações no seu exercício por meio de atos do poder público.

Farias e Rosenvald (2020, p. 295), explicam que a:

Em esforço à tutela genérica da inviolabilidade do direito de propriedade (art.5º, caput), o art. 5º, inciso XXII, explicita que “é garantido o direito de propriedade”. Uma leitura completa do princípio seria o seguinte: “é garantido o direito subjetivo as propriedade em caráter *erga omnes*”. De fato, a propriedade é um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de dominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista da coletividade. Além do direito subjetivo e fundamental, a propriedade é garantia institucional, prestando-se a assegurar bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais em certa ordem jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2020, p. 295).

Importa destacar, que os autores trazem a ideia de colaboracionismo, haja vista a existência do princípio da função social da propriedade, ou seja, o direito de propriedade é de fato assegurado ao indivíduo, contudo, ele pode vir a sofrer limitações em decorrência dos interesses da coletividade para efetivação de direitos fundamentais de outros indivíduos. Veja-se que o Estado garante o direito fundamental à propriedade, todavia, estabelece medidas, por meio das quais este direito pode vir a ser restrito.

Contudo, a restrição de um direito fundamental, como o direito à propriedade, não pode ser realizada de maneira discricionária pelo poder público, é necessário obedecer a requisitos. Frise-se que a previsão constitucional se trata de um requisito que autoriza a restrição a direito fundamental, ao lado de outros requisitos, como o caráter proporcional da limitação, o atendimento ao interesse social, o qual privilegia outros direitos fundamentais, bem como a motivação do ato do poder público (ABBOUD, 2011).

A necessidade de previsão legal, se dar pelo fato de que a Constituição Federal constitui a norma maior do estado, que estabelece e permeia os direitos fundamentais do ser humano, de modo que resta prejudicada qualquer espécie de restrição a direitos fundamentais, salvo se autorizado por ela mesma, ou ainda que não autorizada, a restrição venha a preservar outros direitos fundamentais. Ademais, deve obedecer ao requisito da proporcionalidade, não de maneira discricionária, mas

obedecendo a proibição de proteção deficiente e a proibição de excesso (ABBOUD, 2011).

Outro requisito é o atendimento ao chamado interesse social, nesse sentido:

A restrição dos direitos fundamentais pode estar constitucionalmente autorizada e fundamentada em interesse sócia, mas não no interesse público. A restrição deve ocorrer para amparar e conferir maior tutela e proteção para a sociedade civil, ao passo que o interesse público novamente nos remete a um doutrina estatalista que subjuga a sociedade (autonomia social). Daí a restrição fundada no interesse social somente pode ocorrer a partir da explicitação de que direitos fundamentais da sociedade estarão sendo privilegiados. Ao passo que, fosse admitida a restrição com fundamento no interesse público, bastaria tão somente ao Estado afirmar que a mencionada restrição contribuiria para a coletividade como um todo (ABBOUD, 2011, p.108).

Deste modo é possível afirmar que o interesse social pressupõe o benefício de outros direitos fundamentais, e não de um interesse do administrador estatal. Por fim, a doutrina traz a necessidade de revisão do ato do Poder Público que restringe direito fundamental, uma vez que, dentre outras razões, o poder judiciário tem o papel de examinar a constitucionalidade do ato (ABBOUD, 2012).

Assim sendo, havendo necessidade de restringir o direito fundamental a propriedade, não é possível que o poder público atue de maneira discricionária, tão pouco o judiciário. É necessário que o ato do poder público possua motivação, que seja proporcional, esteja previsto na legislação e atenda ao interesse social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho era demonstrar a im(possibilidade) da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado frente ao direito fundamental à propriedade, com vistas a averiguar como é possível restringi-lo/limita-lo, visto que, os ramos direito brasileiro contemporâneo devem ser interpretados de acordo a Constituição Federal, em razão da Constitucionalização do Direito.

Ressalte-se que é possível a restrição de direito fundamental, mas não em razão do interesse público, e sim do interesse social, aquele que também irá atender direitos fundamentais de outros indivíduos, tendo em vista que os direitos fundamentais constituem o arcabouço do Estado Constitucional e sua preservação é obrigatória. Logo, se o poder público vem a restringir de maneira arbitrária o referido direito, pode se afirmar que a conduta é ilegal e ilegítima.

Para restringir o direito fundamental à propriedade em razão de interesse social, a restrição deve estar permitida pela própria Constituição, deve ser proporcional, atender ao interesse social, bem como a atitude do poder público para limitar o direito à propriedade deve ser revisado pelo poder judiciário.

Assim sendo, a conjectura do Direito Administrativo, que assevera a princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não poder ser entendida como absoluta, uma vez que este não é direito fundamental, logo não pode ser utilizado como parâmetro para limitar direito fundamental. (Abboud, 2011, p.95).

Não é possível admitir que a doutrina considere que o interesse público sempre terá supremacia em relação ao particular. Somente a primazia in concreto de um chamado interesse público legal, constitucional, que atenda também os direitos fundamentais é que deve ser acolhida.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. **O Mito as Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado**. A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. Disponível em: http://capa.trers.jus.br/arquivos/Abboud_Georges_O_mito_da_supremacia_do_interesse_publico_sobre.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid, 2007.

ATIENZA, M.; MANERO, J. R. Sobre Princípios e Regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 1, 2017. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144/56>. Acesso em: 19 nov. de 2020.

ÁVILA, H. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” **Revista Trimestral de Direito Público**, 1998.

BAPTISTA, P. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro e São Paulo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm. Abr./Jun. 2005.

BERVIAN, P. A.; CERVO, A. L.; SILVA, R. **Metodologia Científica**. 6ª ed. São. Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BINENBOJM, G. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro, 2014.

BINENBOJM, G. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

BINENBOJM, G. **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>. Acesso em: 11 abr. 2021.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CADEMERTORI, L. H. U.; OLIVEIRA, V. C. **Constitucionalismo do Direito Administrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário**. Disponível em file:///E:/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. 2016. Acesso em: 21 de abr. de 2021.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito Administrativo. **Rev. Amp. e Atual**. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FALDINI, C. C. C. **A Constitucionalização do Direito Administrativo**. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil**. 16. ed. Rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPoivm, 2020.

FILHO, J. S. C. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 11º edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2006.

GUEDES, A.; CATUNDA, R. N. Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, 2007.

HACHEM, D. W. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte, Editora: Fórum, 2011

HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. 2011. 420 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LEAL, C. B. **A função social da propriedade**. Edições Imprensa Oficial do Ceará – IOCE, Fortaleza, 1981.

MATTOS, M. R. G. **Tratado de Direito Administrativo Disciplinar**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2010.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 19º edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, M. L. C. A. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

PESSOA, F. M. G. **Curso de direito constitucional do trabalho: uma abordagem à luz dos direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2009.

PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

SARMENTO, D. **Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos**. In: SARMENTO, D; GALDINO, F. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, D. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade**. In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TACITO, C. **Temas de direito público**. v.1, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN, 2009.