



LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: Alguns contornos acerca da interação entre a supremacia da Administração Pública e a liberdade individual.

MAURO MATHEUS GOMES CALDEIRA

Acadêmico do curso Direito da UNIRENTEOR

mauromatheuscaldeira@outlook.com

DANIELA GARCIA BOTELHO

Advogada. Professora do Centro Universitário Redentor (UniRedentor) em Itaperuna/RJ e do Centro Universitário São José de Itaperuna/RJ. Graduada em Licenciatura Letras/Literatura pela Universidade Federal Fluminense (2022). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (2017). Bacharel em Direito pela Faculdade Redentor (2016).

daniela.botelho@uniredentor.edu.br

RENATO MARCELO RESGALA JR.

Docente Centro Universitário Redentor Doutor em sociologia política- Uenf

renato.resgala@uniredentor.edu.br

Resumo

Pretende este ensaio traçar o panorama de tensionamento existente entre a liberdade de expressão e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, à vista da aplicação indistinta deste sobre garantia fundamental constitucionalmente consagrada e clausulada como pétrea, conforme verifica-se do disposto aos arts. 5, inc.IV e 60, inc. IV, da CRFB/88. Superado o absolutismo despótico, cujo apogeu data do Antigo Regime, alçados ao ápice da ordem social os direitos libertários, políticos e individuais, o Estado passa a ter seu poder de ingerência sobre seus administrados cerceados por direitos que lhe impõe posturas abstencionistas. Ocorre que o despotismo não desaparece de uma vez nem de uma vez por todas, mas deixa reminiscências, as quais, modernamente, vislumbram-se na principiologia da supremacia do interesse público sobre o privado. Em essência considerada, a linha principiológica não equivoca-se, mas o faz quando de sua aplicação, porquanto indiscriminada. Daí o flagrante tensionamento entre direito dotado de fundamentalidade e prerrogativa de que é municiado o Estado. Veja-se que a Administração Pública acha-se em posição de hierarquia face ao indivíduo, dado o ostento de seu poder de império. Assim, nasce a famigerada eficácia verticalizada dos direitos fundamentais, em ordem a resguardar os cidadão frente a desmandos estatais. Todavia, nem mesmo a fundamentalidade de um direito constitucional pétreo ou sua eficácia vertical escudam, integralmente, o indivíduo de ver-se violado em sua esfera libertária, expressiva e comunicativa. Como já dito, a máxima da supremacia do interesse público sobre o privado exsurge do prestígio ao poder de império do ente estatal e de toda a principiologia que lhe é peculiar. Contudo, peca de obscuridade quanto à sua aplicabilidade, visto que não há critérios concretos de incidência. Na vagueza, dessarte, encontram

os administradores públicos azo para desvirtuar a *ratio essendi* deste princípio, tornando o interesse público privado. O Estado Democrático de Direito, apresentado por administradores sufragados nas urnas, pretende-se imparcial quanto ao trato de seus cidadãos, pois não possui rosto os seus diregentes tampouco sobrenome seus administrados. Aí também uma falácia, na exata medida em que ausência de critérios objetivos de incidência faz com que seja resfriada a liberdade de expressão das pessoas, submetidas a um poder fundado na preconização do interesse, em princípio, público, mas em concreto particular. Ante tais justificantes, objetiva-se, através da compreensão do quem vem a ser a supremacia do interesse público sobre o privado, vislumbrar mecanismos de proteção à liberdade de expressão, que goza de posição preferencial no sistema jurídico nacional, abordando os referenciais teóricos “*void for vagueness doctrine*” e “*chilling effect*.” Para que tais desideratos sejam levados a efeito, proceder-se-á vasta pesquisa doutrinária e jurisprudencial, das quais serão extraídos os aportes teóricos e pinçados os reflexos que tais referenciais geram nos tribunais pátrios, bem como do estudo das normas constitucionais versantes sobre o tema.

Palavras-chave: Supremacia do interesse público sobre o privado e liberdade de expressão. Tensionamento entre direitos fundamentais.

Abstract

This essay aims to outline the tension existing between freedom of expression and the principle of the supremacy of public interest over private interest, in view of its indiscriminate application to a constitutionally enshrined and unamendable fundamental guarantee, as evidenced by Articles 5, clause IV, and 60, clause IV, of the 1988 Brazilian Constitution. Having moved beyond despotic absolutism, which reached its zenith during the Old Regime, and with the rise of libertarian, political, and individual rights to the pinnacle of the social order, the State's power of interference in the lives of its citizens becomes constrained by rights that require abstentionist behavior. However, despotism does not vanish all at once or entirely; it leaves traces, which, in modern times, are found in the principle of the supremacy of public interest over private interest. In essence, the principled approach is not flawed, but it falters in its application due to its indiscriminateness. Hence, the evident tension between a right endowed with fundamental status and the prerogative vested in the State. The Public Administration holds a hierarchical position over individuals due to its display of imperial power. Thus, the infamous vertical effectiveness of fundamental rights emerges to protect citizens from state abuses. Nevertheless, not even the fundamentality of a constitutional right, whether unamendable or its vertical effectiveness, completely shields the individual from violations of their expressive and communicative sphere. As mentioned before, the maxim of the supremacy of public interest over private interest arises from the prestige of the state entity's imperial power and the entire principled framework that is unique to it. However, it is obscure regarding its applicability because there are no concrete criteria for its incidence. In this vagueness, public administrators find room to distort the essence of this principle, turning public interest into private interest. The Democratic Rule of Law, represented by administrators elected by the people, strives to be impartial in dealing with its citizens, as its leaders have no faces and its administrators have no surnames. However, this is also a fallacy, precisely because the lack of objective criteria for incidence chills the freedom of expression of individuals, subjecting them to power based on the promotion of interest, in principle, public but in practice, private. Given these justifications, the objective is to understand what the supremacy of public interest over private interest entails and to identify mechanisms for protecting freedom of expression, which holds a preferential position in the national legal system, addressing the theoretical references of the “*void for vagueness doctrine*” and the “*chilling effect*.” To achieve these goals, extensive doctrinal and jurisprudential research will be conducted, from which theoretical contributions will be extracted and the effects of these references on national courts will be examined, as well as the study of constitutional norms related to the subject.

Keywords: Supremacy of public interest over private interest, freedom of expression, tension between fundamental rights.

CALDEIRA, Mauro Matheus Gomes. BOTELHO, Daniela Garcia. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: Alguns contornos acerca da interação entre a supremacia da Administração Pública e a liberdade individual.** Itaperuna: UNIRENTOR/ AFYA, 2023.

INTRODUÇÃO

Quando se aprofunda um pouco mais dos conhecimentos quanto à principiologia do Direito Administrativo, afere-se que a supremacia do interesse público sobre o privado é, por vezes, demasiadamente utilizada pelo Poder Público para justificartodas as suas ações. É como se fosse um elixir adequável a todos os atos administrativos, no que sensível à sua motivação. Ocorre que essa baliza, largamente utilizada, é desprovida de critérios objetivos, a ensejar seu uso indiscriminado, mascarando, em última análise, desvio de finalidade, por exemplo.

Os Direitos Penal e Tributário são exemplos do império da taxatividade. No Direito Penal, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal. Do mesmo modo, ao se analisar a esfera tributarista, não há espécie de tributo afora as previstas em lei, pois é ela em si que confere legitimidade ao ato de se instituir e cobrar um tributo. Veja-se que a taxatividade justamente se posta nas linhasda segurança jurídica, a qual, de sua vez, tem por fim precípua a limitação do poder, seja o *ius puniend*, seja o de arrecadar impostos; nesse caso, a superação do Antigo Regime,vocacionado ao despotismo.

Exsurge daí a imprescindibilidade do estudo desta temática, ainda novel entre os doutos da doutrina nacional e pouquíssimo explorada pelas arcadas dos Tribunais. A supremacia do interesse público sobre o privado é, sem resquício algum de dúvida, o queimanta de legitimidade os atos da Administração Pública. Ressalte-se, entretanto, que o agir administrativo subordina-se antes de tudo ao Império da Lei, cujo diploma e vértice máximo consubstanciam-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.Nela, em seu art. 37, *caput*, sagram-se os princípios basilares da gestão administrativa edo Poder Executivo, por conseguinte, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Outro ponto goza de relevância: não se trata o ideal de supremacia do interesse público sobre o privado de princípio expressamente denotado do texto contitucional. Em verdade, sua existência é decorrente da interpretação sistemática e teleológica do próprio texto constitucional e das legislações esparsas versantes sobre os

deveres e prerrogativas da gestão pública. Já nesta linha de cognição, resgate-se alguns dos princípios primados pelo citado art. 37, cujo lastro será o subsídio para a proposição de algumas provocações.

A ausência de critérios minimamente objetivos de aplicação do princípio em debate pode ferir a impessoalidade? Nesse trilhar, ensina Figueiredo (1999, p.144):

[...] Sem dúvida alguma, o princípio da impessoalidade, como bem afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha, 'traz o sentido de ausência de rosto do administrador público; de outro, significa a ausência de nome do administrado'.

Máxima que pode vir a perder sua vigência fática quando se vale o administrador do poder de império administrativo para perseguir objetivos não pautados no resguardo de interesses sociais ou públicos, mas estritamente privados ou mesmo escusos. Com base em qual fundamento se promove a desapropriação de determinado imóvel, urbano ou rural? O regramento de regência informa que a *ratio essendi* reside na necessidade ou utilidade pública, bem assim no interesse social. E em qual substrato escoram-se estes conceitos? Na supremacia do interesse público sobre o privado. E em que premissas razoavelmente delimitadas funda-se este princípio? Em nenhuma.

A afronta não queda-se aí adstrita, pois também malferida a moralidade. Cuida-se de um agir ético e moral que distancia-se da moral comum vertida pela sociedade, pois não está o Direito Administrativo, e nem o poder, à mercê da subjetividade do administrador público, mas exige respeito aos padrões éticos, de boa-fé, de honestidade, de lealdade e de probidade administrativa. O administrador que, na vagueza da supremacia do interesse público, busca, como no exemplo didaticamente dado acima, desapropriar um imóvel de um desafeto político para intimidá-lo, em patente resfriamento de suas opiniões opositores, de sua liberdade de expressão. Mas esse agir desvirtuado pelo desvio de finalidade estaria mascarado pela aparência de resguardo do interesse público. Cogitar-se-ia o socorro às arcadas judiciárias, mas lá não se ingressa no mérito administrativo, porquanto conveniência, oportunidade, interesse social e necessidade são de apreciação exclusiva do poder executivo. Ao Judiciário, resta controlar a legalidade do ato. Mas como a parte poderia provar uma trestinação ilícita? É, de fato, ônus do qual muito dificilmente se desincumbirá.

Dessarte, é imperativo que tal princípio seja estudado com arrimo nas teorias que melhor lhe esclarece e aponta seus consectários nocivos à liberdade de expressão. Por isso, o enfoque deste estudo será pautado nas teorias da *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*. É salientar, buca-se revelar como a vagueza ou ausência de critérios quanto à aplicabilidade de um princípio, como neste caso, pode gerar o cerceamento de um direito fundamental. Noutro dizer,

como o uso indistinto e indiscriminado de um fundamento principiológico do direito administrativo poderá resfriar a liberdade de expressão dos administrados, os quais atuarão em aniquilação do próprio pensamento ante o temor de represálias.

Diante do exposto, este artigo busca responder à seguinte questão-problema: que limite há aos administradores públicos quando amparados pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado? E mais, qual é o impacto dessa utilização indiscriminada sobre a liberdade de expressão?

No afã de responder a tais questionamentos, adotar-se-á por objetivo geral:

- Discutir o efeito resfriador operado sobre a liberdade de expressão em virtude da aplicação indistinta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado à luz da *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*;

Ao incalço do mesmo intento, tomar-se-á por objetivos específicos:

- Delimitar o ideal principiológico da supremacia do interesse público sobre o privado, sua origem histórica, conceito, aplicabilidade e evolução jurídica;
- Compreender a liberdade de expressão em posição preferencial, como escudo do indivíduo ante os arbítrios estatais.
- Explicar o conceito de *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*, referenciais teóricos que ganham concretude através do tensionamento entre a supremacia do interesse público sobre o privado e a liberdade de expressão.

METODOLOGIA

Em sendo o presente ensaio científico fundamentalmente teórico, de caráter qualitativo, cujos alicerces situam-se no pormenorizar das teorias da *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*, buscar-se-á na doutrina a conceituação necessária para a compreensão destes referenciais teóricos, a partir dos quais se ambicionará compreender e perscrutar como a supremacia do interesse público sobre o privado vema resfriar a liberdade de expressão. Mas não só. A questão é teórica, mas não adstrita apenas ao plano abstrato. Colima-se, outrossim, delinear a faticidade do tema por intermédio de percuciente exame jurisprudencial, objetivando colher-se daí como os tribunais pátrios comportam-se diante destes marcos teóricos, bem como recepcionam a liberdade de expressão quando contrastada com os outros princípios ou direitos fundamentais. O procedimento metodológico, à vista da complexidade da temática, será igualmente complexo, conglobando sua análise vieses seletivos e reflexivos, consolidados na

defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e em teses que defendem sua desconstrução, ante a ausência de critérios de aplicabilidade, de modo a coaduná-lo ao Estado Democrático de Direito. Seletivos, porquanto demanda o presente estudo de referenciais doutrinários e científicos de nomeada, dada sua especificidade. Como base de estudo, utilizar-se-á por referenciais os contributos de Gustavo Binbenjimin e Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Reflexivo, porque, como cidadãos, todos devem repensar e até mesmo ressignificar os limites de seus direitos e, sobretudo, os limites que o Estado pode lhes impor, arbitrariamente.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DIGNO DE ESPECIAL TUTELA:

A liberdade de expressão é dos direitos mais relevantes ao ser humano, porquanto consagrador de sua própria dignidade. Ao afeiçoar-se como valor tão caro a cada indivíduo, o legislador constituinte originário assentou como cláusula pétrea, ao inc. IV, do art. 5º, da CRFB/88, o direito à liberdade de expressão, pilar dos pilares dos direitos individuais, como ilustra-se:

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Mas não só, o texto constitucional ostenta o referido direito de modo complexo, ligando-o a outros preceitos do mesmo quilate, tal como se denota da análise dos incisos V, IX, XIV e XVI, todos insculpidos no já citado art. 5º (CRFB/88).

Em um Estado que se pretende democrático, como *in casu*, a eterna esperança brasileira, a liberdade de expressão vem a conferir tônica ao pluralismo identitário, manifesto na miscelânea política, econômica, social, étnica e cultural. Todo indivíduo, portanto, detém em seu compêndio de direitos a prerrogativa constitucionalmente assegurada de externar seus pensamentos, das mais diversas ordens, sejam políticos, sociais ou culturais, por ilustração. Ainda que tais sejam minoritários face ao ideário comum, fato é que a todos é firmado o direito de assim exercer sua expressão diante do mundo, colorindo-o com sua perspectiva.

É, outrossim, como afirmam os doutos da doutrina geracional ou, consoante novel nomenclatura, dimensional, dos direitos fundamentais, direito de primeira vanguarda, vocacionado que é aos espectros e nuances das liberdades e direitos civis e políticos. É escudo e lança defronte à ingerência estatal, que há de derrocar-se perante o exercício de tais direitos, que assim se desenvolvem, plenamente livre de embaraços. O sujeito protagoniza ao pináculo social, enquanto o Estado, outrora despótico, queda-se ao abstencionismo, às sombras do *non facere*.

Ambiciona-se, nesse passo, uma liberdade de expressão numa posição preferencial. Não se pretende dizer que passará este direito a ser cogitado por absoluto, jamais. Assim afirmar traduzir-se-ia numa hierarquização de direitos fundamentais, acepção absurda aos horizontes de um arquétipo jurídico-constitucional que estatui a igualdade não apenas como direito, mas também como vetor de interpretação de todos os demais direitos e garantias fundamentalizados.

Nesse sentido, a tese firmada quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187:

A impossibilidade de hierarquização dos direitos fundamentais não obsta que o sistema constitucional atribua uma proteção privilegiada a alguns bens jurídicos e estabeleça posições de preferência *prima facie* em relação a determinados princípios ou valores dotados de elevado valor axiológico.

Nessa perspectiva, a isonomia entre os direitos conserva-se incólume, mas inegável, contudo, que determinados direitos, dada sua magnitude axiológica, gozam de prevalência sobre outros. Daí o exsurgir da teoria da doutrina da posição preferencial da liberdade de expressão. Acerca deste referencial teórico, surgido nos Estados Unidos da América, cujo mais seguro precedente histórico remonta à Primeira Emenda à Constituição norte-americana de 1787, sob o batismo de *preferred position*, Barroso (2007, p. 82-83) leciona:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência - *preferred position* – em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados. Tal posição, consagrada originariamente pela Suprema Corte americana, tem sido reconhecida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e pela do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Com estribo na jurisprudência pátria, máxime o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação n° 22328, a teoria é revestida de contornos concretos, afirmando – se que “a liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades.”

Em mesmo sentido, a ADPF n. 187, nacionalmente conhecida por seu conteúdo, a (i)legitimidade da marcha da maconha, movimento tendente descriminalização desta substância entorpecente. Em realce, algumas palavras do ministro Luiz Fux veementizam que “a liberdade de expressão, como direito fundamental, merece proteção qualificada, de modo que, quando da ponderação com outros princípios constitucionais, possua uma dimensão de peso, *prima facie*, maior.”

E aqui, em lembrança às lições de Sarmiento (2018, p. 260-268), o regime democrático de direito arrima-se fundamentalmente na plenitude de exercício da liberdade de expressão, a qual, acaso, obstada, aquele vem soçobrar. E tal liberdade está em cada indivíduo, que despido de neutralidade, participa de certa ordem de ideias, dota-se de uma visão própria do mundo, argui suas convicções, influenciando eficazmente na formação da vontade coletiva.

Nessa ordem de ideias, Miranda citando Osório (2018, p. 496) veementiza que:

A liberdade de expressão também viabilizaria o exercício dos demais direitos fundamentais. Isso porque não se pode conceber o pleno usufruto de direitos civis e sociais, por exemplo, sem a garantia de articulação de grupos e ideias com vistas à implementação de normas gerais ou políticas públicas. Nesse sentido, “a crítica e a reivindicação política são as formas mais eficazes de conquista dos direitos e de melhoria dos serviços públicos.

Daí, dessarte, sua proteção *prima facie* face aos demais direitos, porquanto matiz que viabiliza o exercício destes.

A liberdade de expressão, frise-se, dota-se de conteúdo amplíssimo, dada a própria subjetividade de seus titulares, os seres humanos tomados em toda suas singularidades, peculiaridades, idiosincrasias e adjetivações outras que numa palavra externam o mesmo significado: alteridade. Todos os indivíduos possuem autenticidade, indubitavelmente. Há aqueles que buscam informar-se, contra-argumentar, revolucionar conceitos e defender ideias. Doutro lado, existem aqueles alheios às ágoras do debate social, sendo-lhes a informação e a interação quanto a ela despiciendas a seu cotidiano. Seja qual for o comportamento individual face à liberdade de expressão, fato é que todos, num estado que se pretenda democrático, possuem o resguardo constitucional a suas convicções ou à ausência delas.

Assim, em alusão a Mendes e Branco (2015, p. 264 e 265) “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não”.

Engloba, ainda, a face oposta dessas condutas, qual seja, o direito de não seexpressar, de calar e de não se informar.

A faceta plúrima da atual sociedade democrática, mormente a brasileira, dada a sua tenra idade, visto que na cronologia histórica, a era democrática sorriu quase que ontem às terras onde cantam o sábia. É a *terrae brasiliis* amálgama de povos e culturas, cada qual com suas acepções, cada qual com seus valores, cada qual com suas expressões e pensamentos. Coadunam entre si todos estas singularidades? Crê-se quenão. Mas que força permite que todas elas coexistam harmoniosamente num sistema onde gravitam diversos bens jurídicos em rota de colisão? A resposta é simples, a liberdade expressão.

O debate faz parte do jogo democrático e corrobora essa máxima Miranda (2021,p.5):

Nota-se que o reconhecimento dessa liberdade, quando não colide com outros direitos fundamentais, independe de juízo de valor acerca da veracidade, moralidade ou seriedade da ideia transmitida. É inerente à caracterização da liberdade que o discurso ou conduta seja viabilizado mesmo (e especialmente) nas hipóteses em que se verifique divergência quanto à adequação de seus termos ou da forma pela qual o pensamento foi propagado. A possibilidade de divergências é a essência do discurso e do debate público.

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NA ATUALIDADE:

Como enunciado no capítulo antecedente, a liberdade de expressão conclama ao debate, mas eis o que irá conflitar com a liberdade de expressão: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Distintamente do direito fundamental em lente, o princípio vertente não encontra-se, ao menos às expensas, talhado no texto constitucional. Em verdade, é decorrente de interpretação sistemática e teleológica dos textos normativos e da própria constituição, que atribuem à Administração Pública o seu poder de império. Na linguagem da majoritária doutrina, trata-se de princípio implícito ou reconhecido, assim cuida-se de princípio do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não esteja contemplado expressamente em nenhum texto normativo.

Conceitualmente, conforme Bandeira de Mello (1994, p.20), parafraseado por Fishgold (2015):

A prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável e justifica a existência de diversas prerrogativas em favor da Administração Pública, tais como a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais e prescricionais diferenciados, o poder de autotutela, a natureza unilateral da atividade estatal, entre outras.

Alguns, a despeito de Meirelles (2000, p. 95), advogam em prol de uma observância obrigatória deste princípio na linha exegética do direito administrativo. Como bem se sabe, tipicamente incumbe ao Poder Público a tarefa precípua de administrar, que, por sua vez, ocupa-se de afazeres residuais, que não sejam, de sorte, jurisdicionais ou legislativos. O teor de tal função está na concretização de tarefas precipuamente entabuladas pela CRFB/88, assentes na prestação de serviços públicos, fomento público, exercício do poder de polícia e intervenção na ordem econômica e social, tudo com vistas à consecução de um fim: a salvaguarda do interesse público.

É que o poder de império distancia hierarquicamente Administração Pública e administrado, de modo tal que aquela está muito verticalmente acima deste. E, como

aquela atua em prol do interesse público, incogitável e mesmo deletério que interesse público e privado caminhassem *pari passu*.

Portanto, a consequência é uma, apenas: entre o interesse público e privado, não haverá sopesamento ante eventuais casuísticas, o que nomina-se, outrossim, de ponderação dos interesses em conflito, porquanto impõe a aplicação do princípio uma resposta pronta para todos os casos, qual seja, a preeminência do interesse público.

Essa assertiva, contudo, assemelha-se a silogismo eivado de falácia. Não são os princípios mandamentos de otimização? Espécies de normas jurídicas que subordinam-se à ponderação, de cujo resultado não sobrevém hierarquia, mas adequação, proporcionalidade e razoabilidade? Sim, a todas as indagações. Como então adjuvindo ao regime democrático constitucional inaugurado pela Constituição Cidadã um princípio imponderável, sempre tendente a uma classe de interesses, ainda que público? Mais do que isso, o que vem a ser interesse público senão um conceito jurídico indeterminado tomado por tamanha vagueza ao ponto de ser o interesse público subvertido, de modo egóico, àqueles estritamente particulares?

Daí a sonoridade das vozes doutrinárias que clamam pela extinção deste princípio. Oliveira (2022, p.45) bem ilustra:

O debate atual a respeito da subsistência do princípio da supremacia justifica-se pela própria dificuldade natural de se estabelecer uma noção uniforme de interesse público. Certamente, não se pode confundir interesse público com interesse da Administração Pública (interesse público secundário), pois apenas o interesse público primário pode ser considerado como objetivo finalístico da atuação administrativa (ex.: a Administração não pode deixar de pagar suas dívidas, sob o argumento de que isso é bom para o interesse público secundário).

As relações sociais complexizaram-se. Conseqüentemente, as relações entre Poder Público e administrado também o fez. E isso reflete-se na publicização do direito privado e na moderna privatização do direito público, a superar a antiga dicotomia assinalada por Telles Jr (2010. p. 17):

O direito público seria o que protege interesses preponderantemente públicos, regulando relações jurídicas de subordinação, e o direito privado, o que concerne a interesses preponderantemente particulares e que regula relações jurídicas de coordenação.

A perda da supremacia do interesse público, ainda consoante Oliveira (2022,p.45) dá-se porque:

(...) em verdade, nunca existiram um único “interesse público” tampouco um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).

Igualmente, erige uma nova roupagem para conceituar a supremacia do interesse público sobre o privado, para a qual não é este antagonístico àquele, na medida em que o interesse privado acha-se inserto no conteúdo e finalidade do interesse público, pois (*ibidem*):

(...) mesmo nesses conflitos, não estaríamos necessariamente diante de um verdadeiro confronto dicotômico entre interesse público, de um lado, e o interesse privado, de outro, pois a promoção do interesse público significa a promoção de interesses privados (ex.: na desapropriação, o direito fundamental de propriedade do particular é excepcionado para se atender ao “interesse público” que será concretizado pela satisfação de outros direitos fundamentais, tais como o direito à educação na hipótese de construção de uma escola pública). Há, portanto, uma conexão necessária entre o interesse público e os interesses privados.

Se não satisfatoriamente conceituado o cerne do espírito deste princípio, exsurte outra problemática: a vagueza e obscuridades conceituais dão azo para desvios de finalidades no agir administrativo. Mais claramente:

É inadmissível a fundamentação da atuação estatal em um abstrato e indecifrável interesse público (“razões de estado”), típico de atuações arbitrárias. A juridicidade dos atos estatais deve ser auferida à luz da ordem jurídica, notadamente dos princípios norteadores da atividade administrativa e dos direitos fundamentais. Com isso, cresce a importância da motivação e justificação das atuações administrativas (*ibidem*).

A construção conceitual arvora-se pela resignificação do que vem a ser supremacia do interesse público, não mais devendo ser vislumbrada como supremacia umbilicalmente correlata ao interesse público. Com mais verdade e argúcia, cuida-se de

uma máxima efetivação dos direitos fundamentais, que, na era democrática nascida em 1988, são cultivados à luz do interesse público. Assim:

(...) não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto com os interesses privados, razão pela qual seria mais adequado falar em “princípio da finalidade pública”, em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”, o que reforça a ideia de que a atuação estatal deve sempre estar apoiada em finalidades públicas, não egoístas, estabelecidas no ordenamento jurídico. A atuação do Poder Público não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos (ibidem).

Por mais que se tente conceituar o que é ou não interesse público, de antemão, deve-se saber que não é ele supremo, nada o é. Nem os direitos fundamentais assim o são. A ponderação é medida, é técnica, é instrumento que, informado pela proporcionalidade, guia à resolução mais racionalmente democrática. É dizer, conduz àquela assazmente efetiva direitos fundamentais. A supremacia, então, pertence aos direitos fundamentais, estes essenciais e indisponíveis, que por isso classificam como públicos. Todavia, essa supremacia não diz com “verdade” apriorística de absoluta prevalência, mas, “em real verdade”, de máxima efetivação de seu conteúdo norteada pela ponderação em concreto.

Nesse sentido, Binembojm (2014, p. 33) esclarece a lídima supremacia e a qual preceito é pertencente:

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a ideia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência dever ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.

Veja-se, do exposto, que a real problemática vem do embate deste princípio, pecador de obscurantismo quanto seu teor e aplicabilidade, com a liberdade de expressão, direito fundamental alçado como pétreo, que resfria-se ante o desvirtuar do agir administrativo, que, na vagueza principiológica, encontra azo para prover interesses, ao longe de primários, particulares.

VOID FOR VAGUENESS DOCTRINE E CHILLING EFFECT, UMA RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

Baliza melhor esta faticidade dois substratos teóricos: *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*.

As teorias *void for vagueness doctrine* e *chilling effect* laboradas sob o prisma da supremacia do interesse público sobre o privado é, indubitavelmente, uma temática pouquíssimo explorada pela doutrina e de aplicabilidade ainda muito tímida na amplitude jurisprudencial. Todavia, tal escassez não obsta que a proposta seja explorada com riqueza de escólios.

Antes de adentrar às fontes jurisprudenciais e tudo o demais que corporificará o presente estudo, ressalte-se que é novel o recorte temático em lume. Há vastos estudos na doutrina e jurisprudências norte-americanas acerca das indigitadas teorias, na mesma proporção em que, em solo pátrio, fartos são os debruçamentos acerca da supremacia do interesse público sobre o privado. Entretanto, o amálgama entre tais pilares focalizados à luz da liberdade de expressão é pretensão que se pretende um tanto quanto inédita.

Traçado com brevidade o panorama principiológico, adentra-se ao jurisprudencial, obrado sobre o âmbito nacional e internacional, acerca das teorias *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*.

A teoria *void for vagueness doctrine* possui como matriz de origem o direito norte-americano e busca combater às restrições indeterminadas e vagas aos direitos fundamentais, em especial, ao direito fundamental à liberdade de expressão. Na jurisprudência pátria, O Supremo Tribunal Federal já se valeu deste argumento para reconhecer a inconstitucionalidade da lei alagoana que disciplinava o projeto "Escola Livre", com fulcro em vedações excessivas e genéricas à liberdade de expressão (STF, ADI 5537/AL).

Outrossim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também possui entendimento no sentido de reconhecer a inconveniência de leis que vedam de

forma excessivamente genérica e desproporcional a liberdade de expressão dos agentes comunicativos, a exemplo do Caso Kimel vs. Argentina.

De sua vez, o efeito resfriador à liberdade de expressão consiste em uma autocensura realizada pelos próprios agentes comunicativos que, receosos de políticas sancionatórias e seguidas de censura por parte do Estado, acabam evitando adentrar assuntos polêmicos ou deixam de se expressar da forma que gostariam, o que ocasiona um "resfriamento", do direito à liberdade de expressão.

Outro exemplo emblemático da aplicação da teoria diz com a intitulada "Escola Livre", referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537/AL. Nesta ocasião, o Supremo Tribunal Federal apreciou em sede liminar a constitucionalidade da lei alagoana que regravava o programa denominado "Escola Livre". O ato normativo alagoano estipulava uma série de vedações genéricas de condutas aos professores do Estado de Alagoas sob o pretexto de se evitar a doutrinação ideológica dos alunos. Nesse trilhar, ao reconhecer a inconstitucionalidade do referido diploma normativo, o Ministro Luis Roberto Barroso, sabiamente, utilizou como um de seus argumentos justamente a possibilidade da incidência do *chilling effect* no desempenho da liberdade de expressão e de cátedra dos professores alagoanos, assentando que:

O nível de generalidade com o que as muitas vedações previstas pela Lei 7.800/2016 foram formuladas gera um risco de aplicação seletiva e parcial das normas (*chilling effect*), por meio da qual será possível imputar todo tipo de infrações aos professores que não partilhem da visão dominante em uma determinada escola ou que sejam menos simpáticos à sua direção. (STF ADI 5537/AL)

Outro nítido exemplo de seu perfilhamento queda-se na afamada Elaboração de "dossie" de servidores "antifacistas" pelo Governo Federal, cujo teor extrai-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 722, oportunidade em que os ministros do Supremo Tribunal Federal assim dispuseram:

Ressalto, ainda, que a mera insegurança decorrente do conhecimento de que se está sendo monitorado, bem como a da ameaça de sofrer sanções, constitui, em si mesma, efeito inibitório (*chilling effect*) prejudicial ao pleno exercício legítimo dos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento, expressão, reunião e associação: os cidadãos podem mudar o modo de se expressar ou até mesmo absterem-se de falar sobre certos assuntos (Voto da Ministra Rosa Weber)

Além disso, essa atuação estatal indevida também tem um efeito pernicioso sobre a sociedade como um todo, a partir do momento em que gera desestímulo ao debate de ideais contrárias àquelas defendidas pelo governante, caracterizando o denominado efeito dissuasório ou "chilling effect" (Voto do Ministro Gilmar Mendes)

Por fim, não se olvide, a título exemplificativo, da Marcha da Maconha, obra da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, ressaltando o voto do Ministro Celso de Mello:

(...)a proibição do dissenso equivale a impor um 'mandado de conformidade, condicionando a sociedade à informação oficial [...]. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório ('chilling effect'), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão (...) (Voto do Ministro Celso de Mello)

À luz destes lenitivos, vislumbra-se a crucial importância de se operar uma reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, visto que sua vagueza e abstração acarretam, consoante esclarece a teoria da *void for vagueness doctrine*, um efeito resfriador (*chilling effect*) aos administrados, causando-lhes a aniquilação do próprio pensamento. Assim, a liberdade de expressão enquanto direito digno de tutela *prima facie* acha-se ameaçado por eventuais arbítrios estatais, os quais servem-se de solo fértil para germinar diante da ausência de balizas conceituais do que é, de fato, interesse público. Em tal obscuridade, o público vem a se tornar o egoisticamente privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O amplamento exposto há de conduzir a uma singela ilação: estão a sociedade brasileira e o Estado Brasileiro sob o jugo democrático e não sob o jugo autocrático. Conquanto aparente, não se trata de obviedade. Ao se mencionar a tão afamada expressão Estado Democrático de Direito, o que de inopino salta à mente são noções democraticamente constitucionalizadas, tais como o pluralismo político, a liberdade de expressão, de imprensa, de pensamento, o império da lei perante ao qual dobram joelhos Administração Pública e administrados. Tudo nas vastas linhas do garantismo

constitucional, ductível às idiosincrasias desta multifacetada, miscigenada e colorida nação.

Mas uma indagação ressoa no obscurantismo: o que pode ameaçar todos estes preciosos alicerces? O que abala, no plano fático, o que fincado com esteio no poder constituinte originário? A resposta não reside no revolucionário, extraordinário ou no incrível, mas, sim, no simples. Fala-se, então, nos apagões da lei, que somente a estas não se restringem. Mas, em si, também combalem os próprios princípios. Se são estes matizes primeiros, vigas mestras, verdades fundamentais e tantas outras locuções adjetivas que externam a semântica de início de algo, não seria sua vulneração ainda mais grave?

A resposta aquiesce, infelizmente. Regras e princípios, como do mais trivial conhecimento, compõem o dúplice conceito de norma jurídica, ambas dotadas de força cogente. Mas não se olvida, outrossim, que os princípios possuem carga valorativa, axiológica e abstrata evidente e inegavelmente mais avantajada se cotejado às regras, aplicáveis na modalidade do tudo ou nada. Podem os princípios nortear a aplicação de uma regra? Como não poderiam, já que fundamentos que se espriam por todos os vértices do ordenamento jurídico?

Uma reflexão incauta faria esta indagação soar leiga ou mesmo evaziada de sentido. Mas um olhar atento revela sua real preocupação: se vigente a verdade de que está o princípio despojado de hipóteses minimamente delineadas quanto à sua aplicabilidade, aduzível que todo o arcabouço normativo que esteja ladeado à sua amplitude temática será interpretado consoante seus vícios. Basta pensar num dos mais clássicos princípios do Direito Penal, o princípio da insignificância, nominado, também, de criminalidade de bagatela. Seu maior desiderato é resguardar a índole de *extrema ratio* da esfera penal, a qual conclamada tão só quando não tenha outro ramo do direito forças para prevenir ou tutelar a lesão provocada ao bem jurídico. Daí que a corte máxima do país assinalou que não de se presentificar, ao fito de sua incidência, a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta e inexpressividade da lesão jurídica provocada. Assim, situa-se sua aplicação nem tanto ao mar nem tanto à terra, na exata proporção em que se afasta de extremos, pois ao mesmo tempo que não vem a placitar indistintamente a prática de crimes como se salvo-conduto fosse, se mostra eficaz no resguardo à necessária aplicação do Direito Penal, a qual reclamada quando a lesão jurídica é tamanha a exigir o exercício do *ius puniendi* estatal.

Mas qual a *ratio* dessa digressão? Simples, porquanto em relação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ocorre o diametral oposto. Não houve, não há, mas é pungente a necessidade de se edificar balizamentos para sua aplicação. Como já se deu notícia ao longo desta construção, a Administração Pública encontra-se

secundada ou, melhor, blindada por um plexo principiológico que lhe alça em superioridade quanto a seus administrados. O vértice dessa verticalização cinge-se na supremacia do interesse público sobre o privado.

E não é tarefa árdua imaginar o porquê, basta um levíssimo esforço para compreender, sua nomenclatura é reflexo de seu conteúdo. O interesse público é, sempre o será, supremo face ao interesse privado. Uma equivocidade, a qual este ensaio filia-se, salta os olhos: um princípio de cuja aplicabilidade resulta um mesmo resultado é ou imponderável ou não é um princípio. A verdade de que a ordem dos fatores não altera o produto é verdade no âmbito das ciências exatas, mas flagrante inverdade quando diante da sistemática jurídica. Os princípios são ponderáveis em essência, dado existirem como mandamentos de otimização. As circunstâncias concretas, perscrutadas em suas singularidades, fornecerão a resposta a ser dada a cada caso concreto. Pondera-se, portanto.

Num embate entre interesses públicos e privados, qual prevalecerá? Sob o estribo da acepção tradicional, a pergunta apresenta-se risível, porque óbvia: prepondera o interesse público. Mas quais os critérios de aplicação deste princípio? Nenhum. Supreendentemente ainda mais enteneblado é o que se tem por conceito de interesse público.

Não seria o interesse público a soma de interesses individuais, e não seriam estes assentes na preconização de direitos fundamentais, dentre os quais insere a liberdade de expressão? Do que exposto, reputa-se como a melhor resposta.

A vagueza é, sim, uma forma de violação de direitos fundamentais, a mais sutil delas e, por conseguinte, uma das mais nocivas.

O liame, como se viu, entre liberdade de expressão e a supremacia do interesse público sobre o privado dá-se numa palavra: resfriamento.

Muito se abordou o elevado valor axiológico de que dotada a liberdade de expressão, pelo que ocupante de uma posição preferencial no vigente ordenamento jurídico. Malgrado tal *status*, não se verifica proteção robusta o bastante para escudá-la dos demandas estatais travestidos de sufrágio público. O despotismo ainda não deixou a *terrae brasilis*. Ao revés, aqui ainda encontra solo fértil. As nuances tão tímidas entre público e privado ensejam o desvirtuamento da *res publica*, que passa operar os comandos egóicos de seus administradores, cuja legitimidade é sufragada nas urnas, mas os poderes que lhe revestem não vislumbram, faticamente, fronteiras, conquanto detenham aparência de legalidade.

E aí a *vexata quaestio*: aparência de legalidade. De que meios municiam-se os cidadãos de eventuais represálias empreendidas movidas pela supremacia do interesse

público sobre o privado. A liberdade de expressão se torna uma vulnerabilidade, para a qual é antídoto a aniquilação do próprio pensamento.

Assim, os referenciais teóricos explorados, *void for vagueness doctrine* e *chilling effect*, bem corroboram a urgência em se dar a este princípio efetivamente as feições de um, tornando-o, essencialmente, ponderável. Daí, também, por decorrência lógica, resultariam seus limites, haja vista o delineamento do que é interesse público, quando se dissocia dos interesses privados, porquanto este compõe-lhe o conceito.

Deixar-se-á o jugo democrático, em que presos os administrados às amarras de um interesse privado mascarado de público, para o jogo democrático, onde todos manifestam livremente seu pensamento, em ausência de sobrenome e rosto perante a administração pública. Assim, a verdade constitucional de que estão a sociedade brasileira e o Estado Brasileiro sob o jugo democrático e não sob o jugo democrático será verdade para além das quatro linhas da Constituição Federal, porque não mais semântica a supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação.** In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 82-83.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. - 3ª ed. revista e atualizada - Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 de maio de 2023.

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Kimel vs Argentina. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2016/04/e95cf28bb8698e06093722cc2352bc83.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2023.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O Controle da Moralidade na Constituição.** São Paulo: Malheiros, 1999.

FISHGOLD, Bruno. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/230028/o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-interesse-privado-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em 27 de maio de 2023.

JÚNIOR, Goffredo Telles. Apud DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 20.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 264.

MIRANDA, Ana Elisa Silva. Apontamentos sobre a posição preferencial do direito à liberdade de expressão. Disponível em: <<https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-57-julho-dezembro-2021/apontamentos-sobre-a-posicao-preferencial-do-direito-a-liberdade-de-expressao>>. Acesso em 28 de março de 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 10. ed., rev., atual. e reform. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

SARMENTO, Daniel. Art. 5º, IV. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 260-268. STF, Rcl 22328, Relator(a): Min Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018). No mesmo sentido: STF, MS 34493 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 722. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754179572>>. Acesso em 17 de abril de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>. Acesso em 10 de abril de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5537, do Estado de Alagoas. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753837203>>. Acesso em 15 de abril de 2023.