

A Relatividade da Supremacia do Interesse Público: um Estudo Comparado

FREDERICO RODRIGUES SILVA

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2006), Professor da Faculdade Nacional em Vitória.

DOI: 10.11117/22361766.43.01.03

Submissão: 06.05.2011

Parecer 1: 10.10.2011

Parecer 2: 14.10.2011

Decisão Editorial: 14.10.2011

RESUMO: O direito administrativo moderno funda-se, essencialmente, sobre duas ideias fundamentais que constituem sua finalidade, quais sejam, (I) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se construiu o princípio da legalidade e (II) a obrigação de satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja implementação sujeitava-se à concessão de prerrogativas e privilégios próprios à Administração Pública. Diante disso, é fundamental o estudo crítico da evolução do conceito de interesse público, bem como do paradigma tradicional do direito administrativo brasileiro, consubstanciado na existência de uma dita supremacia do interesse público. Tendo em vista a análise dos conflitos entre interesses públicos e entre esses e os interesses privados, busca-se, por meio de uma perspectiva comparada, reformular o princípio base do direito administrativo brasileiro, propondo-lhe uma nova dimensão, com vista à constante evolução do Estado.

SUMMARY: The modern administrative law is based mainly on two fundamental ideas that constitute its purpose, namely (i) protection of individual rights against the state, from which was built the principle of legality and (II) the obligation to meet the collective needs and interests, whose implementation is subjected to the granting of privileges and prerogatives of the government themselves. Therefore, it is essential the critical study of the evolution of the concept of public interest, as well as the traditional paradigm of the Brazilian administrative law, embodied in the existence of a so-called supremacy of public interest. In order to analyze the conflicts between public interests and between these and private interests seeking to, through a comparative perspective, to reformulate the basic principle of Brazilian administrative law, offering you a new dimension with a view to changing the state.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Interesse público; 1.1 Do interesse público aos interesses públicos; 1.2 Titularidade do interesse público; 1.3 O Estado como gestor do interesse público; 1.4 Definição de interesse público; 1.5 Espécies de interesse público; 1.6 Conceito negativo; 1.7 Determinação do interesse público no caso concreto; 1.8 Multilateralidade e colisão de *interesses públicos*; 2 Supremacia do interesse público; 2.1 Origem; 2.2 Fundamentos do princípio da supremacia do interesse público; 2.3 Supremacia do interesse público e soberania popular; 2.4 Críticas à supremacia; 2.5 Teoria da ponderação dos direitos fundamentais; 2.6 Limitações ao princípio da supremacia do interesse

público; 3 O tratamento do interesse público em Portugal; 3.1 Princípio da prossecução do interesse público; 3.2 Definição do princípio; 3.3 Consequências do princípio da prossecução do interesse público; 3.4 Princípios relacionados; 3.5 O princípio da legalidade e margem de livre decisão administrativa; 3.6 Princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares; Conclusões; Referências.

“A questão do interesse público, contudo, permanece, sem dúvida, sendo a grande questão do direito administrativo, ainda que os administrativistas, em regra, não a discutam.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 124)

INTRODUÇÃO

A figura do cidadão é inerente ao desenvolvimento social e à própria solidificação do Estado, visto seu poder de manifestação de interesses individuais ou coletivos, com o objetivo de tornar sua vida em comunidade mais confortável e provida de elementos essenciais.

Contudo, o cidadão não é capaz de, sozinho, satisfazer todas as suas necessidades. Daí surge a figura do Estado, ente responsável por prover, em nome de todos os cidadãos, a execução de serviços e atividades que atendam às demandas política e social.

Com o advento do Estado de Direito, como decorrência da busca pela submissão do poder do soberano à legalidade, houve o delineamento do direito administrativo, que se constituiu como o ramo jurídico voltado à proteção dos cidadãos em face dos poderes despóticos, assim como relacionado à disciplina jurídica dos fins do Estado, que se subsumiam à chancela do *interesse público*.

O direito administrativo moderno funda-se, essencialmente, sobre duas ideias fundamentais que constituíam sua finalidade, quais sejam, (I) a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, da qual se construiu o princípio da legalidade e (II) a obrigação de satisfação das necessidades e interesses coletivos, cuja implementação sujeitava-se à concessão de prerrogativas e privilégios próprios à Administração Pública.

Entre esses privilégios caberia à Administração a escolha de quais necessidades coletivas e quais interesses públicos deveriam ser satisfeitos e, após a definição, a sua realização não poderia ser objeto de transigência, pois estaria no âmbito de sujeições da Administração Pública.

Àquela época, apesar da obrigatoriedade da realização das atividades que se sintetizavam na ideia de interesse público, não se buscava compreender, no âmbito da Administração Pública, o que de fato poderia ser declarado como interesse público. Em razão disso, a doutrina, nos últimos anos, passou

a examinar o que integraria o conceito de interesse público¹, tendo em vista que, como categoria derivada de um modelo de Estado autoritário², representava uma fórmula de imunização das decisões políticas, as quais, abrangendo as mais variadas situações e posições fático-jurídicas, eram subsumidas a esse interesse tido como público.

Ultimamente, questiona-se, além do que efetivamente seria o interesse público, quais seriam as questões de interesse público presentes na sociedade³. Entretanto, como se trata de um conceito jurídico indeterminado, que varia conforme o tempo em que se analisa, sua compreensão depende da deliberação política para se obter um mínimo consenso sobre ele.

Na atualidade, não se pode descuidar que os interesses públicos são formados a partir de acordos na esfera pública, desde que, utilizando conceito de Habermas, se compreenda esta esfera como um *locus* onde são identificados os interesses públicos, ou seja, como um local da disputa intersubjetiva, no qual será formado o interesse público⁴.

Pelo exposto, conveniente se mostra o estudo de como pode se dar a delimitação desse conceito a partir dos limites e das possibilidades que os debates político, jurídico e social propiciam, consoante será adiante apresentado.

Além disso, o presente trabalho visa a um estudo crítico acerca do paradigma tradicional do direito administrativo brasileiro consubstanciado na existência de *uma supremacia do interesse público*.

Tendo em vista a análise dos conflitos entre interesses públicos e entre esses e os interesses privados, busca-se, através de uma perspectiva comparada, reformular o princípio base do direito administrativo brasileiro, propondo-lhe uma nova dimensão, com vista à constante evolução do Estado.

Pretende-se, portanto, mostrar a diretriz para a busca da harmonia entre os interesses públicos e os interesses privados, através de uma solução primada na ética e na justiça.

1 BRAYBROOKE, David. O interesse público: o presente e o futuro do conceito. In O interesse público: Chave Essencial da Política pública. in: FRIEDRICH, Carl. (Org.). O interesse Público. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967. p. 135.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, n. 26,.

3 O entendimento geral, normalmente influenciado pelas teorias de comunicação social, faz crer que, para que algo seja de interesse público, é necessário que atraia a atenção de uma multiplicidade de pessoas em determinado tempo e local, o que é bem diferente da acepção jurídica do termo.

4 HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural na esfera pública. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

1 INTERESSE PÚBLICO

1.1 DO INTERESSE PÚBLICO AOS INTERESSES PÚBLICOS

Não há como negar que o interesse público é que deve nortear as ações do Estado. Contudo, nem sempre o interesse público esteve à frente das funções do Estado e recebeu a devida importância por parte do administrador.

Isso somente ocorreu ao longo da evolução e das várias transições do sistema de Estado e de sua organização administrativa, posto que a Administração Pública e o direito administrativo variaram de acordo com o conteúdo e a amplitude do Estado em vigor.

Os grandes filósofos da antiguidade enxergavam o interesse público como um caso particular do problema mais geral da justiça. Entretanto, Maquiavel desmistificou essa ideia afirmando que o interesse público objetivava a formação e manutenção de um Estado forte que proporcionasse paz às pessoas e o consequente progresso da sociedade

Ocorre que essa busca conduziu ao absolutismo, no qual o interesse público era o interesse do déspota, e à crença de que, livre das disputas políticas, a coletividade poderia evoluir. Acontece que não houve o esperado progresso porque, com a patrimonialização do aparato estatal, o povo trabalhava para custear o Estado, que, por sua vez, sustentava a nobreza. O Estado era um instrumento de dominação e nunca se cumpriu o verdadeiro interesse público, porque este se confundia com os interesses pessoais dos detentores do poder.

Com o advento do iluminismo, retoma-se o ideal de justiça, apresentando a teoria do Estado como pacto da sociedade, objetivando garantir a ampla liberdade de ação dos indivíduos e o modelo capitalista. Sendo um pacto, não poderia ser o poder personalizado ou patrimonializado em certas pessoas⁵.

Assim, tornou-se necessário separar e contrapor as esferas privada e pública⁶, chamando à atenção o fato de que o público deveria ser único. A Ad-

5 O histórico até aqui delineado encontra-se descrito em SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral. Introdução e princípios fundamentais*. Lisboa: Dom Quixote, t. I, 2006. p. 100 e 101.

6 Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto define esfera privada como o predomínio da vida econômica e da ação individual e a esfera pública como campo de imposição das regras de manutenção das condições básicas de preservação do sistema econômico, concluindo que, a partir do momento em que este poder (e os instrumentos e estruturas a ele inerentes – v.g., o aparato burocrático) não pode mais ser apropriado patrimonialisticamente pelo soberano nem depende mais intrinsecamente da sua pessoa ou de seus laços pessoais, será necessária a construção de uma argumentação que justifique a existência autônoma deste poder e que viabilize sua efetivação. Para tanto, este poder precisa ser único, pois será concebido como originado e dirigido a todos os indivíduos (então concebidos como livres, iguais e autônomos) que compõem uma dada coletividade (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 43 e 44).

ministração Pública surge, então, para gerir o interesse público monolítico⁷. Portanto, “o direito nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública”⁸.

O grande interesse público era assegurar a autonomia da vontade. Todavia, o caos urbano e social que se seguiu à revolução industrial redimensionou o interesse público de forma a exigir uma atuação estatal positiva.

Surge, então, o Estado Social, também chamado de Estado Administrativo, Estado Cultural, Estado de Bem-Estar e Estado-Providência. e foi influenciado por vários acontecimentos sócio-políticos, dos quais cinco linhas foram expressivas: a transformação do Estado em um sentido democrático, intervencionista e social; o aparecimento e o desaparecimento de regimes políticos autoritários e totalitários; a luta das mulheres ao acesso à igualdade na família, no trabalho e na participação política; a emancipação das colônias e sua transformação em Estados com sistemas político-constitucionais diferentes; e a organização de uma comunidade internacional que defende e protege os direitos do homem.

É nesse modelo de Estado que, finalmente, revelam-se a todos, além dos direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, as liberdades e garantias individuais, o sufrágio universal e os partidos de massa.

Além disso, houve a substituição da Monarquia pela República, o enriquecimento das Constituições e o alargamento dos fins do Estado e o crescimento de sua função administrativa, bem como a multiplicação dos grupos sociais, do papel que desempenham na sociedade e dos seus interesses⁹.

O Professor Marcelo Rebelo de Souza narra que o alargamento da função administrativa do Estado fez surgir neste período uma Administração Pública que não atuava apenas por atos unilaterais de autoridade, mas que utilizava-se de instrumentos contratuais de natureza pública, o que permitia que ela viesse a realizar uma maior gama de necessidades coletivas.

Essa pluralidade dos fins do Estado revelou diversos interesses públicos. Contudo, o Estado Social mostrou-se limitado e incapaz de dar uma resposta eficiente aos recentes problemas oriundos da evolução da sociedade¹⁰.

7 A pluralidade e as contradições deveriam ser superadas no Parlamento quando da edição das leis que definiriam o interesse público e vinculariam a Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representava a vontade geral do povo” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 30, p. 48, mar./abr. 2005).

8 Idem, p. 39.

9 MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Preliminares. O estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra, t. I, 2003. p. 91 e 92.

10 O Professor Vasco Pereira da Silva enumera algumas características da crise do Estado Social, destacando: 1) a insuficiência e limitações das políticas econômicas baseadas no expansionismo da procura; 2) a ineficiência econômica da intervenção de um Estado que se alargou demasiadamente; 3) o surgimento da questão ecológica; 4) a insegurança pública decorrente do constante aumento das contribuições dos indivíduos para o Estado; 5) o risco de menor imparcialidade do Estado em função do abandono de sua clássica função de separação e superioridade relativamente à sociedade; e 6) o alheamento dos cidadãos em face dos fenômenos

Em razão da Administração haver sido a função “carro-chefe” do Estado-providência, a crise daquele modelo de Estado trouxe consequências à Administração, que viu-se obrigada a readequar suas tarefas e formas de gestão, diante da pluralidade de administrações (públicas e privadas)¹¹.

A partir daí, assiste-se a uma verdadeira mudança de compreensão das funções e deveres da Administração Pública, que, nos dizeres do Professor Vasco Pereira da Silva, “toma uma dimensão infraestrutural” deixando de “estar orientada unicamente em função da resolução pontual de questões concretas para se tornar conformadora da realidade social”¹².

Essas mudanças implicaram múltiplas transformações da Administração Pública, assumindo relações multilaterais, segundo o Professor Vasco Pereira da Silva, levaram a uma

proliferação de actuações administrativas de carácter geral, ou de medidas individuais de alcance não limitado aos imediatos destinatários, ou ainda ao surgimento de formas de actuação de carácter misto, que combinam aspectos genéricos com individuais, e que só muito dificilmente se enquadram nos esquemas tradicionais.¹³

Além dessas mudanças na reestruturação da Administração Pública, o novo modelo de administração¹⁴ introduz uma nova lógica que permite e organiza a colaboração entre entidades públicas e privadas no exercício da função administrativa, o que permitirá a parceria com instituições privadas ou mesmo com outras entidades públicas.

Enfim, analisadas as mudanças estruturais do Estado, é possível verificar também as diferenças das relações mantidas entre Administração e particulares. Portanto, é imprescindível visualizar que o direito administrativo, que surgiu dando superprivilégios à Administração, transforma-se no Direito que regula as relações jurídico-administrativas, que possuem natureza multilateral.

1.2 TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O desenvolvimento histórico da noção de *interesse público* sempre esteve associado à ideia de titularidade do interesse tido como público. Nos séculos XVI e XVII, quando do surgimento do Estado Moderno, não seria exagerado afirmar que a totalidade dos interesses públicos estaria na titularidade estatal. O *interesse público* e o interesse do soberano, neste momento, confundiam-se.

políticos (SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Coimbra: Almedina, 2009. p. 151 e ss).

11 Idem.

12 Idem, p. 155.

13 SILVA, Vasco Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 2003. p. 128.

14 O Professor Vasco Pereira da Silva destaca que esse novo modelo de Administração, prospectiva ou prefigurativa, caracteriza-se pela “multilateralidade, alargamento da protecção jurídica subjectiva, durabilidade das relações jurídicas, esbatimento da diferenciação entre formas de actuação genéricas e individuais” (Idem, p. 130).

Daí porque a clássica apreciação circular de que o interesse é público porque atribuído ao Estado e atribuído ao Estado porque público sempre esteve presente na tradição jurídica ocidental¹⁵.

Entretanto, o próprio conceito de titularidade do interesse público deve ser visto com reserva, haja vista a ideia de domínio a ele inerente e a sua intrínseca divergência com a noção de administração¹⁶. Com efeito, cumpre à Administração Pública o exercício da função administrativa, visto que não possui a titularidade do *interesse público*. Para Santi Romano, a titularidade do interesse público é “poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”¹⁷. Destarte, a função administrativa estatal está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de *interesse público*.

Pode-se afirmar que a titularidade do *interesse público* esteja na sociedade, contudo, a sua gestão está a cargo especialmente do Estado, observada ainda a impossibilidade, cada vez mais presente e discutida, de particulares exercerem e gerirem muitos dos interesses classificados como públicos.

Ainda deve-se ressaltar que o desenvolvimento das sociedades e a urgente necessidade do cumprimento de atividades relacionadas com o *interesse público*, como a proteção ao meio ambiente, promoveram o surgimento de entidades paraestatais que pudessem desempenhar estas atividades relacionadas intrinsecamente ao *interesse público*. É o que se pode denominar de espaço público não estatal, vez que realiza atividade cujo fim é próprio do *interesse público*, todavia, desvinculado diretamente de órgãos estatais.

1.3 O ESTADO COMO GESTOR DO INTERESSE PÚBLICO

Apesar do surgimento dessas entidades, pode-se afirmar que o Estado ainda é o gestor por excelência dos interesses públicos existentes na sociedade, seja porque os particulares ainda não possuem condições de atingi-lo individualmente, seja porque demandam recursos e técnicas complexas que somente o Estado está apto a desempenhar.

A Professora brasileira Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que,

em primeiro lugar, não se pode dizer que o *interesse público* seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 116.

16 Nesse sentido, assevera Ruy Cirne Lima que a utilização da palavra “administração” designa a atividade de quem não é proprietário, distinguindo a administração da propriedade, nos seguintes termos: “Propriedade lato sensu pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não entende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir” (LIMA, Ruy Cirne. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86).

17 SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 145.

Por isso, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão “*interesse público*”, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do *interesse público*, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção.¹⁸

O desenvolvimento político e social experimentado pelas sociedades e o reconhecimento de interesses públicos não estatais¹⁹ trouxeram à tona a discussão acerca da titularidade do *interesse público* pelo Estado e a superação da ideia de que todos os interesses titularizados ou geridos pelo Estado seriam públicos. O Professor Marçal Justen Filho afirma que assertivas dessa ordem exigem “exame crítico, haja vista que o conceito de *interesse público* não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função”²⁰.

Portanto, cumpre reconhecer que a titularidade ou mesmo a gestão do *interesse público* mais se mostra como critério adequado para a determinação ou mesmo para a delimitação de interesses classificados como públicos, derivando daí a importante constatação de que “o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”²¹.

1.4 DEFINIÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

Conforme já se viu, o interesse público se constituiu como a principal categoria do direito administrativo²². Foi em torno dele, com vistas à sua persecução pela Administração Pública, que essa disciplina jurídica desenvolveu a maioria dos seus caracteres.

Apesar disso, a doutrina, ainda que sempre estudando questões que apresentem imediata pertinência com o tema, raramente voltou-se a examinar, com afinco, o que seria efetivamente esse *interesse público*.

É árdua a missão de definir o conceito de interesse público. Ao longo do amadurecimento da presença do interesse público nas funções do Estado, o seu conceito evoluiu de forma pragmática, englobando não somente um único

18 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2001. p. 161.

19 Com destaque para as atividades desempenhadas pelas ONGs (Organizações não governamentais), pelas OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse público) e pelas OSs (Organizações Sociais).

20 Continua o autor afirmando que “definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do interesse público não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quanto ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o Estado é instrumento de realização de interesses públicos, tem de reconhecer-se que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 117).

21 Idem, p. 116.

22 Para autores como Héctor Jorge Escola, ele foi tomado, inclusive, como o fundamento do Direito Administrativo, como se observa em sua obra *El interes público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989).

entendimento, mas vários. A confusão sobre o que seja interesse público resulta do histórico processo de despatrimonialização e despersonalização do poder.

É por esse motivo que a definição do que seja concretamente *interesse público* é oferecida à luz do instituto jurídico analisado e do próprio sistema em que está inserido, não se encontrando expresso de maneira literal em nenhum documento²³.

Buscando uma origem etmológica, tenta-se uma aproximação da noção de interesse público. Os dicionários vinculam a palavra “interesse” ao valor ou à importância que uma coisa ou bem tem para uma pessoa. “Interesse” deriva da forma verbal latina “interest”, que vem dos vocábulos “inter” e “esse”, que significam, literalmente, “estar entre”. Posteriormente, essa forma verbal se substantivou, passando a significar “aquilo que é importante”.

“Público”, por sua vez, refere-se ao que pertence ou interessa ao povo, à comunidade, ao Estado. O interesse, portanto, passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de alguém ou de um grupo restrito de pessoas, mas quando dele participam um número tal de pessoas de uma comunidade determinada que podemos chegar a identificá-lo como de todo o grupo, inclusive daqueles que não compartilham desse interesse.

A maior parte dos doutrinadores tradicionais brasileiros classifica o interesse público como a pedra basilar do regime jurídico administrativo, vez que contemplado por seus princípios estruturantes, quais sejam, segundo eles, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Contudo, não existe entre os estudiosos um consenso da definição de interesse público. Como se verá, a noção de interesse público apresenta um conteúdo flexível, não havendo como definir seu sentido de uma forma rígida e invariável. É importante que assim o seja, para que o conceito acompanhe a evolução da sociedade. O que no passado foi considerado de interesse público pode não o ser hoje, da mesma forma que o que hoje não é conveniente ao interesse público talvez o seja no futuro.

Assim, diferente de outros conceitos teóricos existentes no Direito, o interesse público, para ser decodificado, exige que se faça a análise do contexto em que está inserido, da época em que se discute, das metas que deve atingir, entre outras referências concretas.

Em função do seu alto grau de abstração, o conceito pode ser determinado de várias maneiras, de acordo com a ótica do seu aplicador. Dessa forma, pode ser definido desde simplesmente como o interesse de uma determinada comunidade, ligado à satisfação das necessidades coletivas desta, o seu “bem

23 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 65.

comum”²⁴, ou, ainda, partindo de uma visão social como aquele “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”²⁵.

O eminente Professor Freitas do Amaral, ao tratar do tema, assim conceitua o interesse público: “Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o *interesse geral de uma determinada comunidade, o bem-comum* – na terminologia que já vem desde São Tomás de Aquino, o qual definia bem-comum como ‘aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem’”²⁶.

Partindo para a esfera jurídica, com base na obra de Jean Rivero, o interesse público é visto como uma satisfação por parte do poder público e da função administrativa, porque ele “representa a esfera das necessidades a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um de seus membros”²⁷.

Por tratar-se de um conceito jurídico indeterminado, é preciso que o significado de interesse público seja extraído dos princípios norteadores do ordenamento jurídico, mais especificamente do regime jurídico administrativo. Ademais, deve ser visto adequadamente inserido em um contexto social, político e econômico.

Nesse sentido, também não deve ser tido como o interesse que se contrapõe aos interesses individuais, como era nos primórdios do Estado. O “interesse público” deve sim se harmonizar com o direito individual e não ser conceituado como uma categoria antagônica, apartada dos interesses privados²⁸. Mas também não pode ser entendido apenas como o somatório dos interesses individuais²⁹, pois não é simplesmente o interesse da maioria.

Ainda, como expõe Santos de Aragão³⁰, em uma sociedade complexa e pluralista, não existe apenas um interesse público, mas vários, tais como preser-

24 CAUPERS, João. Introdução ao direito administrativo. Lisboa: Ancora, 2003. p. 60.

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 53.

26 AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de direito administrativo. Coimbra: Almedina, v. II, 2003. p. 35.

27 Idem, ibidem.

28 Nessa esteira de raciocínio, Renato Alessi expõe que “o interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo das liberdades não prevê de maneira adequada e cuja a satisfação, todavia, condiciona a satisfação dos destinos individuais. A delimitação do que entra no interesse geral varia com as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia, o fim continua o mesmo: a acção administrativa tende à satisfação do interesse geral” (Renato Alessi apud NEQUETE, Eunice Ferreira. Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público. Porto Alegre: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005).

29 Marçal Justen Filho observa que reduzir o interesse público ao somatório dos interesses privados seria o mesmo que reconhecer que não há diferença qualitativa entre eles, mas tão somente diferença quantitativa, de modo que o interesse público ficaria reduzido ao interesse da maioria. (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 119).

30 O autor aduz ainda que este fato levou Odete Medauar a observar que “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma ideia de unicidade passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à

vação da saúde pública, maior liberdade de expressão, melhores meios possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, combate ao déficit público, melhoria e ampliação dos serviços públicos, entre outros.

1.5 ESPÉCIES DE INTERESSE PÚBLICO

Baseado em Carnelutti, Renato Alessi faz distinção os interesses públicos entre interesses *primários* e *secundários*, segundo a qual o interesse público primário é o conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento organizativo do Estado seria simplesmente um dos interesses secundários que se faz sentir na coletividade e que eventualmente pode ser realizado, contanto que coincida com o interesse primário (sempre prevalente, quando em conflito com o secundário) e dentro dos limites da coincidência³¹.

Interesses primários são aqueles cuja definição cabe ao legislador, quando este reparte bens materiais e imateriais da sociedade, segundo uma escala de fins a que adere. Não são interesses puramente formais, mas conflitos trazidos à luz de um interesse, de uma necessidade coletiva que pode ser interpretada amplamente e sua definição compete aos órgãos do Estado no desempenho das funções política e legislativa³².

Rogério Soares ensina que o interesse público primário trata-se do interesse público propriamente dito, ou seja, do interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro³³, inserido no ordenamento jurídico. Nas palavras de Luís Roberto Barroso, “o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade”³⁴.

Interesses secundários são aqueles inseridos nos interesses primários, cuja definição ainda cabe ao legislador, mas sua instrumentalidade é imediata, sendo sua satisfação pertencente à Administração Pública no desempenho da função administrativa. Seriam, pois, os interesses da própria pessoa jurídica da Administração Pública, a quem se imputa direitos e deveres, sendo desvinculados dos anseios do povo. São definidos por Luís Roberto Barroso como os interesses “da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada

impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera uma crise na sua própria objetividade” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 6-7.

31 Renato Alessi apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 114.

32 SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra, 1955. p. 101 e 102.

33 GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

34 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. XIII.

relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do Erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas”³⁵.

Diferenciam-se entre si, uma vez que os interesses primários são sentidos pelo legislador com toda a liberdade inerente à função legislativa, são deixados por ele indeterminados, como um padrão maleável de avaliação de outros interesses, enquanto que os interesses secundários são típicos, individualizados abstratamente pelo legislador como um elemento de integração desse interesse primário³⁶.

O interesse público de que trata o presente estudo é o chamado *interesse público primário*, material ou substantivo. Sua possível coincidência ou não com os interesses estatais não será aqui analisada, por envolver questões outras, de tal complexidade, que obrigariam a outra pesquisa.

1.6 CONCEITO NEGATIVO

Definidas as espécies e para melhor caracterização do interesse público, é necessário traçar um limite negativo do conceito, excluindo-se o que não pode ser definido como significado da expressão.

Como já dito, nem todo interesse do Estado é um interesse público³⁷. Não se confunde o interesse público com o interesse da Administração Pública. O termo “público” refere-se aos beneficiários da atividade administrativa, não aos entes que a exercem. Tratam-se de categorias distintas, pois a Administração, na busca por seus interesses, nem sempre visará ao interesse público, mas sim à sua própria manutenção, à solidez de seus recursos, entre outros. A Administração é apenas a guardiã do interesse público.

É de se notar também que o interesse público não corresponde ao interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, os quais, em regra, colidem pela própria característica de uma sociedade pluralista, como a atual. O interesse público é despersonalizado. Dar efetividade ao cumprimento do interesse público não é atender ao interesse comum de todos os cidadãos, mas beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que estes não correspondam à soma dos interesses individuais.

Ainda, o interesse público não se pode confundir com os interesses meramente privados. Não é o interesse do agente público que deve determinar as decisões administrativas, sob pena de, o fazendo, tornar-se inválido o ato.

35 Idem, ibidem.

36 SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Op. cit., p. 107 e 108.

37 Marçal Justen Filho afirma que “o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem sua promoção de modo imperioso” (Marçal Justen Filho apud BORGES, Alice Gonzalez, Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, 2007.

Há muito, a doutrina busca evitar tal confusão por meio da noção de “desvio de poder”, que ocorre quando o agente “usa de seus poderes para prejudicar determinada pessoa ou para beneficiar a si próprio ou algum aliado político”³⁸. Se o ato administrativo for praticado com desvio de poder, deverá ser considerado inválido. Trata-se, portanto, de uma patologia que compromete a validade de atos administrativos que não possam ser justificados com fundamentos jurídicos, por se basearem unicamente em preferências pessoais.

Também não se deve entender o interesse público como sinônimo de interesse coletivo e de interesse difuso, estes últimos são espécies, modalidades daquele. O interesse coletivo respeita o grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se unem precisamente porque têm um interesse comum. É, em regra, indisponível e de objeto indivisível: ainda que o titular possa exercê-lo individualmente, não poderá fazê-lo de forma exclusiva, já que outros titulares usufruem do mesmo direito. O interesse difuso, por sua vez, também implica a indivisibilidade e indisponibilidade, entretanto se caracteriza pela indeterminação dos indivíduos que dele se beneficiam.

1.7 DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO CASO CONCRETO

Em virtude do caráter flexível da noção de interesse público, dada a sua necessidade de acompanhamento da evolução da sociedade, a determinação do seu conceito deve ser obtida mediante análise em um caso concreto. Se fosse possível uma definição invariável de interesse público, certamente seria mais segura a utilização da expressão, contudo não seria operativa para dogmática jurídica.

Esse conceito deverá, necessariamente, possuir uma abertura para se adequar às circunstâncias e momentos históricos, para não tornar-se um empecilho à Administração Pública. Ao mesmo tempo, sua indeterminação não pode ser tal que permita seu uso abusivo, devendo-se estabelecer limites para as escolhas da Administração. Dessa forma, somente uma definição que remeta a um procedimento de determinação do interesse público será capaz de equilibrar essa adaptabilidade com a possibilidade de estabelecimento de critérios de controle³⁹.

Assim, o interesse público será o resultado do procedimento da escolha da medida administrativa que melhor atenda à realização dos interesses coletivos e individuais na análise do caso concreto, observadas as peculiaridades da época em que tal procedimento é efetuado.

38 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 387.

39 Iuri Mattos de Carvalho assevera que, “para se levar a sério a percepção de que o interesse público somente se verifica diante do caso concreto, deve-se considerar que o interesse público não é um dado a priori, que deveria ser comparado com a medida administrativa concreta, mas o resultado de um procedimento. Esse, por sua vez, é um método para se chegar à decisão, ou uma forma de se fundamentar, que atenda ao compromisso da Administração Pública com a realização dos direitos fundamentais” (CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, p. 9, 2007).

1.8 MULTILATERALIDADE E COLISÃO DE INTERESSES PÚBLICOS

Para se chegar a um conceito de interesse público que seja realmente correspondente ao pluralismo da sociedade contemporânea, é certo que ele precisa revelar a multiplicidade de interesses que devem ser levados em consideração, pelo agente público, no exercício da competência discricionária.

Alice González Borges observa que,

na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variada, depa-ramos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos e proteção, porém que assumem dife-rentes dimensões. Temos, por exemplo, interesses individuais também públicos, no mais elevado grau possível, porque correspondentes a direitos fundamentais; temos interesses transindividuais, coletivos e difusos, que frequentemente entram em conflito entre si.⁴⁰

É fato que essas relações multilaterais do Estado revelam que são muitos os interesses públicos reconhecidos pela Constituição como capazes de legiti-mar a atuação administrativa e que existem colisões entre os interesses públicos e entre esses e os interesses individuais que devem ser considerados para se estabelecer os limites da liberdade de escolha da Administração Pública.

Dessa forma, há uma necessidade extrema de ponderação entre os inter-resses em conflito, e, na expressão do Professor Gustavo Binjenbojm, a tarefa da Administração constitui “a busca do melhor interesse público”, ou seja, aquela “solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses em jogo”⁴¹.

2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Após delimitar a definição de interesse público, deve-se trazer à balia a discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público, objeto maior desse trabalho.

Sem dúvidas, a busca pela realização do interesse público é um compro-misso indisponível da Administração Pública. No direito administrativo brasi-leiro, ao interesse público é dado o tratamento de primazia frente ao interesse dos particulares. A função da supremacia teria duplo efeito: o primeiro remete às prerrogativas do Estado, em especial ao atributo de imperatividade, que justi-fica a Administração Pública constituir obrigações unilaterais aos particulares e também modificar unilateralmente as obrigações já constituídas; o segundo vin-cula a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois as prerrogativas atribuídas à Administração pelo sistema jurídico condicionam-se à realização do interesse público.

40 BORGES, Alice Gonzales. Op. cit., p. 13.

41 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 151.

Celso Antônio Bandeira de Mello, além de sistematizar a superioridade do interesse público sobre o privado, proclamou como consequências desse princípio: a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e exprimi-lo nas relações com os particulares; e b) a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações⁴².

Em virtude do conteúdo variado do conceito de interesse público e em decorrência de alguns desvios históricos no emprego da supremacia do interesse público por determinados governos, inclusive ditatoriais, ganha força uma visão crítica acerca do tema, o qual discute a própria viabilidade de se falar em princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

2.1 ORIGEM

O direito administrativo brasileiro tem como pilar, predominantemente, o direito administrativo francês, que, a partir da Revolução de 1789, apresenta-se com novo paradigma; o poder do Estado, antes identificado com o próprio soberano, é fracionado e atribuído a três órgãos distintos: os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Influenciado pela busca de liberdade e por ideais liberais, nessa época, em que era mínima sua interferência nas relações mantidas entre os particulares, nasce o Estado Liberal.

A partir do século XIX, principalmente pela observação das ideias iluministas, o Estado deixou sua posição passiva frente aos interesses particulares, que se relegava à mera fiscalização, e passou a buscar a justiça social e o bem comum, verdadeiro papel do Estado.

Desde então, o Estado tem que abandonar sua posição de mero espectador, passando a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada. Começam a surgir reações contra o individualismo jurídico, em decorrência das fortes transformações acontecidas nas ordens econômicas, social e política, ocasionadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado.

Surge, então, o Estado Social que toma para si o encargo de satisfazer as necessidades coletivas e também de colocá-las à frente de toda a função administrativa. Nessa época, ocorre a transição, em que o direito passa a ser visto como meio para a consecução da justiça social, do bem-estar coletivo, do bem comum, deixando de ser mero instrumento de garantia de direitos individuais.

O Estado torna-se verdadeiro defensor do interesse coletivo e ao interesse público é conferido um *status* de supremacia. Em nome dessa primazia do interesse público, ocorrem inúmeras transformações, como ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a ampliação

42 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 54.

do conceito de serviço público. Ocorrem mudanças também com o poder de polícia do Estado, que passa a impor obrigações positivas, deixando de impor apenas obrigações negativas. Além disso, também ampliou seu campo de atuação, passando a abranger a ordem econômica e social, além da ordem pública⁴³.

No plano constitucional, surgem novos preceitos que revelam a interferência estatal no direito de propriedade e na vida econômica, tais como as normas que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como minas e demais riquezas do subsolo. Também os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico, começam a ter tratamentos diferenciados do Estado.

2.2 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Como o direito administrativo brasileiro é de elaboração pretoriana, não sendo codificado, os princípios representam um importante papel nessa seara do Direito, possibilitando à Administração Pública e ao Judiciário definir o equilíbrio entre os direitos dos particulares e as prerrogativas da Administração.

Como já descrito anteriormente, a maior parte dos estudiosos tradicionalistas brasileiros⁴⁴ afirma que, no Brasil, o direito administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público pela Administração⁴⁵.

Segundo esses autores, esse princípio é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam se sentir garantidos e resguardados⁴⁶, se considerados os diversos grupos econômicos, culturais e ideológicos com demandas múltiplas, conflitantes e por vezes antinômicas. Asseguram que da superioridade do interesse da coletividade decorre sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último⁴⁷.

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2001. p. 76.

44 Vale aqui ressaltar os ensinamentos de Marçal Justen Filho, que afirma que, segundo a concepção prevalente no Brasil, o regime jurídico de direito público, que preside o direito administrativo, define-se pela supremacia do interesse público e por sua indisponibilidade pela Administração. Segundo o autor, o interesse privado não pode prevalecer sobre o público, razão pela qual a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Já a indisponibilidade é uma decorrência da supremacia, indicando a impossibilidade de sacrifício ou transigência do interesse público. Afirma que, para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente com o princípio da República que impõe a distinção entre a titularidade e o exercício do interesse público (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo, Saraiva: 2005. p. 35).

45 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 47.

46 Idem, p. 60.

47 O administrativa Cretella Júnior aduz que: “Este princípio, princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteador a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.

Os defensores do princípio indicam a necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público. Seria, pois, um pressuposto lógico do convívio social, inerente a qualquer sociedade⁴⁸ e deve inspirar tanto o legislador quanto vincular a autoridade administrativa em toda sua atuação. A supremacia do interesse público não seria, assim, um privilégio da Administração, mas sim uma garantia dos administrados de que o seu patrimônio comum será gerido de acordo com as finalidades eleitas pela coletividade.

Invocando os ensinamentos de Garcia de Enterría, Alice Gonzalez Borges revela que cabe à Administração Pública, no seu cotidiano, em um primeiro momento, interpretar o interesse público para aplicá-lo às hipóteses da realidade. em um momento posterior, cabe ao Judiciário, em juízo de legalidade, examinar o preenchimento desse conceito jurídico indeterminado em consonância com as leis e com a Constituição⁴⁹.

Marçal Justen Filho ensina que

afirmar sua supremacia corresponde a reconhecer natureza instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos. O exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público. Isso significa que a interpretação de todas as normas atributivas de poder fundase em diretriz hermenêutica fundamental, afetando todas as relações jurídicas contidas no âmbito do direito administrativo. A construção doutrinária que privilegia o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político.⁵⁰

2.3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOBERANIA POPULAR

Certos defensores da primazia dos interesses públicos, frente aos interesses dos particulares, vislumbram que a vontade geral popular, definida como aquela que representa o bem-estar geral de uma coletividade, é que determina o interesse público que deve ser atendido pela ação do Estado.

Assim, defendem que a supremacia do interesse público é reflexo do princípio da soberania popular, consagrado no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República de 1988 ("Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da Constituição").

Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado" (CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968).

48 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 87.

49 BORGES, Alice Gonzalez. Op. cit., p. 5.

50 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo, p. 115-116.

Nessa esteira de raciocínio, estaria amparado o princípio democrático difundido no ordenamento jurídico de que o governo “é do povo, pelo povo e para o povo”⁵¹, reforçando a ideia de que a Administração está apenas legitimada a cumprir os interesses previamente definidos em lei⁵².

Nos dizeres de Hidemberg Alves da Frota,

quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade mancomunada com ilegitimidade. Além de fraudar o Direito – máxime o direito legislado –, trai o povo.⁵³

Assim, para os defensores dessa ideia, o princípio da soberania popular é indissociável do princípio da supremacia do interesse público, vez que, se o agente público transgredir a finalidade da norma jurídica, estará desmerecendo a confiança depositada pelo povo no poder público para concretização do interesse público⁵⁴.

2.4 CRÍTICAS À SUPREMACIA

Apesar de no Brasil a maioria da doutrina⁵⁵ sustentar a existência de uma primazia do interesse público sobre o particular, existem posições divergentes, que recentemente têm ganhado força.

51 Segundo José Afonso da Silva, “governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo o regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apoia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máxime de segurança e bem-estar” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 135).

52 Para Digo de Figueiredo Moreira Neto, “a legitimidade deriva-se diretamente do princípio democrático, informando a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões política, administrativas e judiciárias. Ela é captada a partir dos debates políticos pelos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, e, daí, impregnando toda a estrutura do Estado democrático, passa a ser necessariamente informativa, em maior ou menor grau, de toda ação, conforme o grau de discricionariedade de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do País, aos legisladores, administradores ou juízes”. Ressalta o autor que, historicamente, a legitimidade precedeu a legalidade e por vezes a legalidade foi ilegítima e a legitimidade foi ilegal, “até que se fez sentir uma novíssima necessidade social” de conciliar os dois institutos pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. “Com a consciência desse fundamental interesse, foi possível estruturar-se uma organização política submetida simultaneamente à lei – o Estado de Direito – e ao interesse social prevalecente – o Estado Democrático de Direito – fundidos no conceito constitucionalizado do Estado Democrático de Direito” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto apud FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra, v. XLV, n. 1 e 2, p. 238, 2004).

53 Idem, p. 237.

54 Idem, p. 238.

55 Representada pelos administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e o constitucionalista José Afonso da Silva, entre outros.

A adequação do princípio da supremacia do interesse público foi expressamente questionada em 1998 por Humberto Bergmann Ávila, que, em seu artigo denominado “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”⁵⁶, iniciou um importante debate acerca do tema.

Fundamentando sua crítica, o autor estabelece as definições preliminares a partir das quais situa o tema: princípio como axioma, princípio como postulado e princípio como norma. Axioma denotaria uma proposição cuja veracidade é admitida por todos, não necessitando nem podendo ser comprovada. Postulado, como condição de conhecimento de determinado objeto, e postulado normativo, como condições de possibilidade de conhecimento do fenômeno jurídico. Por fim, princípio jurídico ou norma-princípio, como norma de otimização concretizável em diferentes graus, que necessita e permite ponderação.

A importância e a descrição do princípio não são contestadas por Ávila. Pelo contrário, haveria plena adequação do interesse público para a dogmática do direito administrativo. O problema estaria no seu funcionamento tal como está enunciado. O autor não pretende negar a importância do interesse público no direito administrativo, mas tão somente sua supremacia.

Para o autor,

o importante é que uma relação de prevalência (“*Vorrangrelation*”) entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional (“*bedingte Vorrangrelation*”) entre as normas-princípios envolvidas [...].⁵⁷

Para Humberto Bergmann Ávila,

o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma condição necessária à explicação do ordenamento jurídico (postulado normativo): o interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente no interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do direito administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável.⁵⁸

Gustavo Binenbojm também adota a mesma linha de pensamento. Indaga o autor sobre qual seria a justa medida da prevalência de um interesse

56 ÁVILA, Humberto Bergamann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 171-215.

57 Idem, p. 181.

58 Idem, p. 207.

público sem que haja a remoção total do interesse privado. Afirma ele que “o referido princípio, porquanto determine a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprir os espaços para ponderações”⁵⁹.

Não se pode questionar a pertinência das críticas sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O interesse público não é absoluto, conforme o regime de direitos fundamentais adotado pela Constituição de 1988, e, portanto, não prepondera, automaticamente, sobre os interesses privados. Como os direitos fundamentais não são absolutos, o interesse público também não pode ser. Nessa esteira, afirma Alexandre Santos Aragão que “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”, concluindo que “a tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”⁶⁰.

Paulatinamente, a posição de supremacia do interesse público tem sido modificada, a partir da compreensão de que o interesse público deve ser ponderado quando em conflito com interesses privados, especialmente quando esses interesses privados envolvam direitos fundamentais. O Professor Paulo Ricardo Schier explicita que

um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, [...] deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa, mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui, o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.⁶¹

Em função da grande diversidade de conteúdos que o conceito de interesse público comporta, Fábio Medina Osório reconhece uma dificuldade no tratamento do tema. Apesar de reafirmar a supremacia, o autor entende que seria ela uma norma constitucional direcionada especificamente ao controle das atividades públicas, contudo não acarretando “um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)”⁶². Ressalta que

a verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado não traduz possibilidade de arbítrio para os agentes públicos e tampouco significa que a

59 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 143.

60 ARAGÃO, Alexandre Santos. Op. cit., p. 4.

61 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 236.

62 OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? Revista do Direito Administrativo, São Paulo, p. 73, 2000.

Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares, ao contrário, [...], traduz limitações ainda mais rígidas à atividade administrativa.⁶³

A expressão “supremacia do interesse público” aponta para uma superioridade, prevalência ou preferência geral de todo interesse público sobre todo interesse qualificado como particular, razão pela qual Osório sugere uma inadequação terminológica, afirmando que a supremacia não é o termo mais adequado para indicar o princípio⁶⁴.

Para Odete Medauar, o princípio da prevalência do interesse público sobre o particular aparece como princípio do direito público em geral, regendo muitos institutos e normas do direito administrativo. Contudo, vem sendo matizado pela ideia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes em uma determinada situação, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse. O objetivo dessa função está na busca pela conciliação dos interesses com a minimização de sacrifícios. O princípio da proporcionalidade define também o sentido absoluto do preceito, porque implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa na obtenção de um resultado⁶⁵.

2.5 TEORIA DA PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na sua *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert Alexy destaca que o princípio da proporcionalidade indica critérios para análise da decisão administrativa⁶⁶. Quando a decisão da Administração Pública é praticada para a realização de direitos fundamentais, a medida deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, seguindo seus critérios de adequação, necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito).

Em breve síntese, pode-se dizer que a medida administrativa somente será adequada se demonstrado que é efetivamente capaz de alcançar os resultados pretendidos. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhuma outra medida administrativa que, de modo menos gravoso, possa alcançar resultado semelhante.

A adequação e a necessidade são critérios que levam em consideração as possibilidades fáticas, são questões de provas e dados técnicos. Não tratam

63 Idem, p. 89.

64 “De qualquer modo, não poderia ser mais apropriado, em meu juízo, o debate em torno ao papel e à funcionalidade do interesse público no direito administrativo brasileiro, na medida em que a terminologia empregada – princípio da supremacia do interesse público sobre o privado –, a indeterminação do termo (interesse público), a importância e atualidade do tema recomendam, sem dúvida, o aprofundamento de estudos e de polêmicas.” (Idem, p. 107)

65 MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

66 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 111-115.

de ponderação, mas procuram evitar restrições desnecessárias de direitos fundamentais⁶⁷.

Atendidos os critérios de adequação e necessidade, deve-se partir para a ponderação, com o objetivo de sopesar a restrição aos direitos fundamentais em virtude das possibilidades jurídicas existentes. A ponderação deve ser realizada em três momentos, identificados a seguir.

Inicialmente, é preciso identificar os direitos fundamentais em colisão, sejam coletivos ou individuais. Devem ser considerados apenas os interesses que se enquadram no rol de direitos fundamentais, descartando interesses coletivos e privados que não se encaixem naquele perfil, em razão de tratar-se de método de vinculação da atuação administrativa aos direitos fundamentais.

Daí é possível verificar a exigência de fundamentação constitucional dos direitos e interesses em conflito, evitando falsos problemas de ponderação, que podem ocorrer no momento em que se consideram interesses não tutelados juridicamente.

Identificados os direitos fundamentais em conflito, deve-se atribuir a cada um deles a importância que merecem, tendo em vista as circunstâncias do caso. Nessa etapa, devem ser formulados argumentos jurídicos em favor de determinados interesses individuais ou coletivos, levando-se em consideração que a restrição a um direito fundamental somente se justifica pela importância do cumprimento de outro⁶⁸. Simultaneamente, é preciso observar que a omissão na realização da medida implicaria violação do dever da Administração Pública de proteção de algum direito fundamental⁶⁹.

Por fim, deve-se decidir sobre a prevalência de um direito fundamental frente ao outro, com base nos fundamentos e justificativas encontrados nas etapas anteriores, bem como nas circunstâncias relevantes do caso. Essa decisão serve de parâmetro para a análise da validade do ato administrativo, não existindo prevalência abstrata de um ou outro direito.

2.6 LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Mesmo para os defensores da supremacia do interesse público sobre o privado, é nítida a existência de certas limitações a tal princípio. Ainda que

67 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 132.

68 A teoria dos princípios, por si só, não poderá auxiliar na construção de argumentos jurídicos que possam justificar a prevalência de alguns direitos fundamentais sobre outros. Alexy trata da “lei de ponderação” nos seguintes termos: “Quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (Idem, p. 133).

69 Alexy, rebatendo críticas de Jürgen Habermas, ressalta a “regra da desproporcionalidade”. Segundo o autor, “uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional se ela não é justificada com isto que a omissão dessa intervenção seria uma intervenção, pelo menos, do mesmo modo intensiva na realização de um outro princípio (ou do mesmo princípio em outros sentidos ou com vista a outras pessoas)”. É o que por vezes acontece no caso da preservação do patrimônio cultural. O dever da Administração depende de medidas que restringem o direito de propriedade. Contudo, se a restrição ao direito fundamental à propriedade não for realizado, o direito fundamental à preservação do patrimônio cultural poderia ser violado (Idem, p. 114).

pareça conflitante, existem ocasiões em que o interesse privado, a princípio, parece sobrepujar o público.

Para os agentes da Administração Pública, a supremacia deve coincidir com dois outros princípios que regem a atividade administrativa: o princípio da finalidade e o princípio da impessoalidade.

Para os particulares, de outra parte, a supremacia do interesse público sobre o seu interesse particular somente será admissível nos termos da Constituição da República, porque dela emanam os fins a serem realizados pelo Estado e por suas Administrações Públicas, em todos os níveis em que sejam exercidas, bem como aqueles fins com os quais o povo e suas instituições deverão, ou poderão, participar.

Ainda, é necessário conceber a dignidade da pessoa humana como valor de maior hierarquia nas sociedades contemporâneas. Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público só poderá ser invocado quando submisso ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois é inconcebível que se sacrifique a dignidade de um único homem a pretexto de se realizar o interesse público.

Na própria definição do conceito de supremacia, encontram-se limites ao princípio. Ao considerar como dignos de supremacia somente os interesses públicos primários, percebe-se que a pregada supremacia não é ilimitada.

Ademais, se, de um lado, existe necessidade de autoridade da Administração como fundamento das prerrogativas públicas embasadas na supremacia do interesse público, de outro, surge a necessidade de preservar a liberdade do indivíduo, impondo-se limitações aos agentes públicos. Destaca-se aí o princípio da legalidade, para submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro que impeça favoritismos, perseguições e desmandos.

Questão importante e que merece destaque no presente estudo é a discussão da chamada “politização do interesse público”. Apesar dos esforços para impedir a ocorrência dessa anomalia, por vezes as ações dos governantes são focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, em um claro desvio de finalidade da função pública.

Sobre o tema, Luís Filipe Colaço Antunes afirma que

a ausência de um conceito substancial de interesse público, aliada à inexistente densificação da sua natureza jurídica, caminha a par da sua mistificação e também da sua dissolvença nas mãos de uma Administração entendida subjectivamente. A tal ponto tem sido assim que, não raras vezes, em nome do interesse público, o entes públicos procuram justificar acções e actuações (de parte) nem sempre lícitas ou legítimas.⁷⁰

70 ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Constituição, administração e interesse público. O entorno ao momento originante ou o estado contra a administração. In: *Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. p. 513.

3 O TRATAMENTO DO INTERESSE PÚBLICO EM PORTUGAL

3.1 PRINCÍPIO DA PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Só se pode compreender o direito administrativo e a Administração Pública com fundamento na ideia de interesse público, sendo este quem norteia os atos da Administração. Contudo, em Portugal, não é dado o tratamento de primazia ao interesse público, assim como acontece no Brasil.

O verdadeiro orientador da Administração Pública, no Direito português, é o princípio da prossecução do interesse público⁷¹, vez que esta realiza todas as suas ações com este objetivo, o de satisfazer as necessidades coletivas. Esta é a carga ética desse princípio: a prossecução de valores, de vantagens e desvantagens a todo membro de uma comunidade política e social.

Assim, no direito administrativo, a relação entre administrador público e particulares exige um tratamento jurídico próprio, diferente do aplicado às relações travadas entre si pelos particulares. Existe, portanto, um conjunto de prerrogativas e restrições a que a Administração está sujeita, constituindo o regime jurídico-administrativo⁷².

Caracterizada a autonomia do direito administrativo por seu regime jurídico-administrativo, ele nos fornece alguns princípios fundamentais para a gestão da *res publica*, entre eles o objetivo inafastável de qualquer ato administrativo: a prossecução do interesse público.

3.2 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO

O princípio da prossecução do interesse público manifesta-se de variadas formas pelos órgãos e atos administrativos em prol da coletividade, sendo vinculado na relação Administração-particulares, como o exercício de um be-

71 O art. 266 da Constituição da República Portuguesa estipula:

“Administração Pública – art. 266.º (princípios fundamentais)

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé.”

Disponível em: <www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao>. Acesso em: 17 dez. 2008.

Tal princípio também está expresso no Código do Procedimento Administrativo:

“Art. 4º

Princípio da prossecução do interesse público

Compete aos órgãos administrativos prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”

Texto retirado do Decreto-Lei nº 442/1991.

72 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Curso de direito administrativo, p. 66.

nefício para a sociedade, mas que, por vezes, poderá acarretar alguma restrição a interesses restritos, privados individuais ou de grupos.

Esse princípio, expresso como fio condutor da Administração Pública, orienta a função administrativa de forma que esta não possa modificar nem decair dos interesses públicos cuja prossecução a lei lhe confiou, sendo seu dever concretizá-la pelos meios legais, possíveis e eficientes a que tenha acesso⁷³. Como essa é uma função secundária do Estado, ela se submete a diversas normas e princípios de Direito, sendo o de maior incidência o princípio da legalidade.

Por força da separação de poderes do Estado, cabe ao Legislativo definir os interesses públicos a serem perseguidos e executados pela Administração Pública. Dessa forma, garante-se aos cidadãos que seus interesses estejam legalmente assegurados, sem deixar margem de escolha ou de prossecução de quaisquer outros interesses para a Administração senão aqueles legalmente estabelecidos.

Deve-se afirmar, então, que o interesse público a ser perseguido deve ser o do cidadão, voltado ao bem comum, e não o interesse da Administração como seu próprio.

Como se vê, o princípio da prossecução do interesse público é delimitado pelo princípio da legalidade, vez que a definição dos interesses públicos que serão buscados pela Administração cabe somente à lei. Por estar vinculada, a Administração deve identificar a necessidade a ser atendida e definir o melhor processo coletivo a ser aplicado para a satisfação da demanda.

Como a lei não definiu os parâmetros para esse processo no caso concreto, cabe à Administração fazê-lo livremente. Por isso, o princípio da prossecução do interesse público assume um duplo alcance. Primeiro, determina que a Administração somente pode prosseguir o interesse público, proibindo de prosseguir, ainda que secundariamente, interesses privados. Segundo, significa que a Administração somente está apta a prosseguir aqueles interesses públicos devidamente estabelecidos por lei para cada concreta atuação administrativa normativamente habilitada⁷⁴.

3.3 CONSEQUÊNCIAS DO PRINCÍPIO DA PROSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A concretização desse princípio pela Administração Pública implica diversas consequências ao direito administrativo, das quais sete são tidas por Freitas do Amaral como relevantes e a seguir são destacadas.

73 CAUPERS, João. Op. cit., p. 61.

74 SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André. Op. cit., p. 205.

A primeira dessas consequências é que somente a lei pode definir os interesses públicos, sendo defeso tal definição à Administração Pública, exceto se a lei a habilitar, dando-lhe competência para concretizar certo tipo de conceitos indeterminados⁷⁵. Essa imposição traz à tona a vinculação desse princípio ao princípio da legalidade, manifestando ainda o princípio da separação de poderes do Estado, além de revelar certa influência do Poder Legislativo sobre a atuação da Administração.

A segunda relaciona-se diretamente com a primeira, em virtude de ser o interesse público um conceito de conteúdo variável, não podendo, assim, ser definido de maneira rígida, inflexível, esgotada. A Administração Pública, ao longo de sua atuação, desde que permitida por lei, pode e deve, em função de seu dever de prestação, adaptar as necessidades locais aos interesses previamente definidos por lei.

A terceira consequência está em um verdadeiro “dever de agir” da Administração Pública. Uma vez que os interesses estão definidos, eles devem ser obrigatoriamente perseguidos pela Administração, não podendo declinar de tal atribuição nem vindo a escolher uma finalidade diversa daquela a que está vinculada⁷⁶.

A quarta consequência demonstra a vinculação desse princípio ao princípio da especialidade. A prossecução do interesse público delimita a capacidade jurídica e a competência dos órgãos que a executam. Dessa forma, o princípio da especialidade impõe à estrutura administrativa do Estado sua existência especialmente para os fins que reconhecem sua personalidade e que o exercício de suas funções deve alinhar-se à sua finalidade, qual seja, a prossecução de um interesse público⁷⁷.

A quinta afirma que o interesse público é o “*motivo principalmente determinante*” dos atos administrativos. Dessa forma, se algum órgão da Administração Pública praticar algum ato que não seja aquele determinado em lei ou venha escolher uma satisfação que não possua interesse público, estará agindo ilegalmente e sua execução restará viciada por “desvio de poder”⁷⁸.

A sexta consequência revela-se nos casos em que a Administração Pública age com o mencionado “desvio de poder”, visando a atender a um interesse privado em detrimento do interesse público. Nesses casos, entende-se que o

75 Segundo Freitas do Amaral, “a concretização de certos conceitos indeterminados, traduzindo numa verdadeira intervenção constitutiva dos órgãos administrativos na concretização dos pressupostos que formam a hipótese legal, demonstra que a Administração pode, em certa medida, codeterminar o próprio interesse público que lhe cabe realizar” (AMARAL, Diogo Freitas. Op. cit., p. 36).

76 ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999. p. 171.

77 Idem, p. 201.

78 AMARAL, Diogo Freitas. Op. cit., p. 37.

agente ou órgão administrativo que assim proceder incorre em corrupção, estando sujeito às sanções penais e administrativas cabíveis⁷⁹.

Como ressalta Maria João Estorninho⁸⁰, essa consequência não é restrita às funções públicas do Estado, incidindo também na atuação privada da Administração. Quando esta encontra ou necessita do auxílio de meios privados para a execução de sua função administrativa, deve se pautar pela mesma finalidade: prossecução do interesse público. Assim, tanto no exercício de uma função inteiramente pública quanto no exercício de uma função pública que envolva um particular, o motivo determinante desse ato continua a ser definido pelo interesse público. Se por qualquer motivo haja distorção no desempenho dessa função, seus executores atentam contra a legalidade e estão sujeitos às penalidades cabíveis.

A sétima e última consequência elencada por Freitas do Amaral remete ao princípio do dever de boa administração. Ao prosseguir o interesse público, a Administração deve adotar as melhores soluções para o caso concreto, ponderando elementos técnicos e financeiros para sua execução⁸¹.

3.4 PRINCÍPIOS RELACIONADOS

À função administrativa não cabe qualquer ato decisório na escolha dos interesses públicos, mas tão somente concretizá-los. Como essa é uma função secundária do Estado, ela está subordinada a várias outras normas e princípios do Direito, em especial ao princípio da legalidade.

Para a prossecução do interesse público, a lei estabelece regras a que a Administração deve obedecer. Mas o simples respeito a essas regras somente delimita o espaço de decisão da Administração, não determinando a decisão administrativa. “Isto significa que a legalidade não garante a boa administração: somente autoriza um conjunto de decisões conformes à lei, entre as quais algumas serão, naturalmente, melhores do que outras”⁸².

Em razão de caber à Administração a melhor forma de alcançar o interesse público, percebe-se que a ela é dada certa margem de discricionariedade. Inerente a esta margem de discricionariedade da prestação estatal está o dever de boa administração⁸³.

Como é um princípio de Direito Público, a prossecução do interesse público é imprescindível para a Administração e traz consigo dois outros princí-

79 Idem, p. 37 e 38.

80 ESTORNINHO, Maria João. Op. cit., p. 172.

81 AMARAL, Diogo Freitas. Ob.cit. p. 38

82 CAUPERS, João. Op. cit., p. 61 e 62.

83 Freitas do Amaral ensina que mais que um princípio, a boa administração é um dever do Estado. Um dever jurídico imperfeito, em razão de não existir sanção prevista para o caso de seu descumprimento, mas é o dever da Administração prosseguir ao bem público comum da forma mais eficiente possível (AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 39).

pios que merecem especial destaque, quais sejam: o princípio da legalidade e o princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

3.5 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A MARGEM DE LIVRE DECISÃO ADMINISTRATIVA

Como se viu, o princípio da prossecução do interesse público está intimamente ligado ao princípio da legalidade, sendo por este delimitado. Sendo assim, são cabíveis algumas considerações acerca desse relevante princípio.

O princípio da legalidade é “toda zona da decisão administrativa em que esta é suscetível de um juízo de conformidade ou desconformidade com o bloco legal”⁸⁴. Ele concretiza o Estado de Direito e exprime a subordinação jurídica da Administração Pública. Tal subordinação apresenta duas diferentes dimensões: uma veda à administração que contrarie o direito vigente, prevalecendo o direito em caso de conflito com o ato administrativo; a outra exige a atuação administrativa fundamentada em uma norma jurídica, já que esta norma será a definidora do ato passível de ser executado; as dimensões anteriormente descritas são, respectivamente, a preferência de lei e a reserva de lei⁸⁵.

Freitas do Amaral define o princípio, de acordo com as concepções mais modernas, da seguinte forma: “Os órgãos e agentes da Administração pública só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”⁸⁶, ou, em outras palavras, a Administração só pode fazer aquilo que a legislação lhe permita.

Também o princípio da legalidade impede a Administração de invadir a esfera dos particulares ou prejudicar os seus direitos, podendo estes recorrer ao poder judicial para fazer valer os seus direitos legalmente protegidos, com a preocupação de conferir aos cidadãos as garantias jurídicas na aplicação do direito administrativo, tendo as leis como fundamento e limite de todas as atividades administrativas.

Dentro dos limites fixados à sua ação, a Administração Pública é muitas vezes investida pela lei de um espaço de autonomia. Essa autonomia implica uma parcial autodeterminação administrativa que consiste na margem de livre apreciação administrativa. Existem duas formas de margem de livre decisão: a discricionariedade e a margem de livre apreciação.

Para fundamentar a margem de livre decisão, existem tanto argumentos jurídicos quanto políticos. No plano jurídico, a base da margem de livre decisão é a lei. No plano político, as razões são duas: uma limitação prática da função legislativa, dando abertura a favor da Administração para que possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos e às evoluções tecnológicas, econômi-

84 CAUPERS, João. Op. cit., p. 62.

85 SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André. Op. cit., p. 157.

86 AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 42.

cas, sociais e culturais; em função do princípio da separação de poderes enquanto critério de distribuição racional das funções do Estado pelos seus órgãos, conduzindo, assim, à limitação da densidade normativa e a uma margem de liberdade da Administração em face do legislador⁸⁷.

Existe uma consequência crucial da margem de livre decisão: não existe controle judicial no seu âmbito. Não quer dizer que o atos praticados ao abrigo da margem de livre decisão não possam ser objeto do controle, resumindo-se apenas ao respeito pelas vinculações normativas e pelos limites internos da margem de livre decisão, não sendo possível na medida da liberdade⁸⁸.

Tal consequência mais uma vez consagra o princípio da separação de poderes. Existindo o controle judicial da margem de livre decisão, o Judiciário estaria exercendo a função administrativa, resultando, assim, em uma dupla administração. Se o legislador permitiu ao Executivo a ponderação e utilização da margem de livre decisão é porque o julgou mais preparado para o ofício, razão pela qual não faz sentido que o Judiciário exerça tal poder – mesmo porque não é especificamente preparado para o ato.

Mas a livre decisão não é ilimitada à Administração. A própria ideia de “margem” deixa claro o curto espaço disponível para atuação administrativa. Os limites da margem de livre decisão podem ser de dois tipos, conforme sua origem: as vinculações legais que são

estabelecidas pelas próprias normas que conferem a margem de livre decisão ou por normas que sejam contextuais em relação a elas e dizem respeito a requisitos de legalidade específicos de determinada conduta administrativa e os limites imanentes da margem de livre decisão, que decorrem de normas que, pelo seu âmbito de operatividade, incidem sobre todo e qualquer exercício da margem de livre decisão, independente das normas que a conferem ou de outras com ela conexas.⁸⁹

Percebe-se, assim, que o princípio da prossecução do interesse público é um dos limites imanentes da margem de livre decisão, posto que a busca pela satisfação do interesse decorre diretamente de determinação legal, sendo defeso qualquer escolha nos interesses públicos a prosseguir.

3.6 PRINCÍPIO DO RESPEITO PELOS DIREITOS E INTERESSES LEGALMENTE PROTEGIDOS DOS PARTICULARES

Neste princípio, reside a diferença primordial no tratamento do interesse público pelo Direito português, quando comparado ao Direito brasileiro. O art. 266, 1, da Constituição da República Portuguesa e o art. 4º, 2, do Código do Procedimento Administrativo demonstram uma nítida preocupação do legisla-

87 SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André. Op. cit., p. 62.

88 Idem, p. 182-184.

89 Idem, p. 199.

dor em não inferiorizar as posições jurídicas dos particulares em face da prossecução do interesse público.

Pela inteligência do texto normativo percebe-se que a prossecução do interesse público não tem um valor ou alcance ilimitado. Não há dúvidas de que se deva prosseguir ao interesse público, mas deve-se respeitar, simultaneamente, os direitos subjetivos e os interesses legalmente protegido dos particulares⁹⁰.

Contudo, o objetivo desse princípio não é o de impedir toda e qualquer afetação administrativa das posições jurídicas dos particulares, mas sim sua afetação com desobediência dos parâmetros de juridicidade da atuação administrativa. Desse modo, não são admissíveis as afetações que contrariam a lei ou que não estejam legalmente habilitadas.

Como afirma Marcelo Rebelo de Souza,

o princípio da protecção das posições jurídicas subjectivas dos particulares tem especial relevância ao nível da imparcialidade e da proporcionalidade: a dimensão positiva do princípio da imparcialidade impõe que as posições jurídicas subjectivas dos particulares sejam ponderadas entre si e com interesses públicos em presença para a decisão do caso concreto; o princípio da proporcionalidade proíbe que, como resultado dessa ponderação, se adoptem meios de prossecução do interesse público que lesem de forma inadequada, desnecessária ou desrazoável as posições jurídicas subjectivas dos particulares.⁹¹

CONCLUSÕES

Em tempos passados, quando ainda não existia o Estado de Direito, confundia-se interesse público com interesse do soberano. Com o desenvolvimento político, ficou clara a noção de que o titular do interesse público é a sociedade e não o Estado. Afinal, o Estado é o instrumento por meio do qual se realizam os interesses públicos.

Juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade, no todo ou em parte. No Brasil, afirma-se que o princípio da supremacia e indis-

90 Para Freitas do Amaral, "está aqui retratada a essência do direito administrativo, que se caracteriza pela necessidade permanente de conciliar as exigências do interesse público com a garantia dos particulares". Salienta o autor que, "durante muito tempo, pensou-se que a única forma de assegurar o respeito pelos direitos subjectivos e pelos interesses legalmente protegidos dos particulares seria proclamar e garantir o princípio da legalidade. Respeitando a legalidade, a Administração pública automaticamente respeitaria os direitos e interesses dos particulares. [...] Hoje, porém, vai-se mais longe. Embora o princípio da legalidade continue a desempenhar essa função, o certo é que se conclui, entretanto, que não basta o escrupuloso cumprimento da lei por parte da Administração pública para que simultaneamente se verifique o respeito integral dos direitos subjectivos e dos interesses legalmente protegidos dos particulares". Cita como exemplos dessas outras formas de protecção o estabelecimento da possibilidade de suspensão jurisdicional da eficácia do ato administrativo, quando da execução daquele possam resultar prejuízos de difícil reparação para o particular (cf. Lepta, arts. 76 e ss.); a concessão aos particulares de direitos de participação e informação, no procedimento administrativo, antes de tomada a decisão final (cf. CPA, arts. 100 e ss.); imposição expressa do limite do respeito pelos direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos às atividades de natureza policial, inclusive quando tiverem por objeto a prevenção de crimes contra a segurança do Estado (cf. CRP, art. 272º, n.º 3); entre outros (AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 62 e 63).

91 SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André. Op. cit., p. 208.

ponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, sendo suficiente para legitimar as decisões tomadas pelos administradores.

O princípio da supremacia do interesse público, tal qual está descrito no ordenamento jurídico brasileiro, abre margens para que o exercente do poder político nele se refugie com o escopo de evitar o controle de atos que violem garantias constitucionais dos cidadãos.

Como afirma Marçal Justen Filho,

fundamentar decisões no interesse público produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do interesse público imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e a conveniência coletiva.⁹²

Nessa linha de raciocínio, a chamada supremacia do interesse público somente tem sentido a partir da manutenção das garantias jurídico-políticas do cidadão, sob pena de tudo ser permitido, desde que seja da conveniência do Estado⁹³.

Atualmente, não há espaço para uma supremacia abstrata e absoluta do interesse público, sendo necessária uma redefinição do princípio. Como já dito, os interesses públicos e privados não são forças contrárias, mas sim complementares. Por isso, o tratamento de primazia dado ao interesse público não se justifica, porque sua prossecução está no mesmo patamar de outras garantias, não podendo prejudicar os interesses individuais nem ferir outros preceitos constitucionais de cunho subjetivo.

O verdadeiro interesse público é indissociável dos interesses que o compõem⁹⁴. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso “o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único particular”⁹⁵.

A tradicional compreensão do princípio da supremacia do interesse público pode proporcionar que o instituto funcione como uma verdadeira cláusula geral de restrição dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, olvidando seus limites e distorcendo o regime constitucional dos direitos fundamentais.

Não há que se falar, assim, em uma presunção *a priori* de supremacia, se a Constituição da República não a estabelece expressamente. Pelo contrário,

92 Marçal Justen Filho apud BORGES, Alice Gonzalez. Op. cit.

93 Caso não sejam garantidos esses direitos aos particulares, poder-se-ia, em um exemplo extremo, utilizar provas ilícitas na investigação, como a tortura, porque, eventualmente, conveniente ao Poder Público, na busca da apuração da verdade, à luz de seu interesse supremo.

94 Como aduz Humberto Ávila, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex., preâmbulo e direitos fundamentais)”, ou, ainda, como resume Gustavo Binenbojm, “a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro” (Humberto Bergmann Ávila apud BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 141/142).

95 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. XV.

a Carta Constitucional garante simultaneamente tanto a garantia dos interesses individuais quanto a garantia do interesse coletivo.

O único fundamento plausível, que justifica a habitual (não a abstrata) prevalência do interesse público, é para a manutenção do mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade.

Ainda quando referida supremacia do interesse público se manifesta, constitucionalmente, legalmente ou mediada pelo juiz, como critério de solução de colisão de interesses ou bens constitucionais, ela não poderá ser absoluta, tendo que ser utilizada como medida de ponderação. Acompanhando o raciocínio da tese de Humberto Bergmann Ávila, parece mais correto que o discutido princípio é uma regra de preferência e não de primazia.

O moderno direito administrativo reconhece, respeita e protege, com apropriadas medidas compensatórias, o interesse individual que legitimamente se contraponha ao interesse da maioria da sociedade, tal como estabelecido na Constituição e nas leis. Por vezes o particular se vê obrigado a um sacrifício de direitos em benefício do interesse da coletividade. Contudo, esse sacrifício só será legítimo se houver previsão legal e minuciosa e fundamentada motivação, convertendo-se o direito sacrificado em justa indenização.

Na sistemática brasileira, a tarefa é mais simples quando o conflito abranja direitos fundamentais cuja prevalência é ditada pelo Texto Constitucional. A Constituição brasileira consagrou os direitos fundamentais consubstanciados como cláusulas pétreas contra a ação do próprio constituinte derivado, tornando-os, portanto, valores morais superiores ao próprio Estado.

Corroborando esse entendimento, Paulo Ricardo Schier aduz que,

quando a Constituição, por decorrência do princípio do Estado de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, pretende fazer com que os interesses do Estado, primários ou secundários (aqui não importa), prevaleçam sobre os privados, normalmente se refere direta ou indiretamente a isso. O Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Os direitos privados, ao contrário, presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional. É assim que funciona nos Estados Democráticos de Direito. Deste modo, *a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito de Direito Público.*⁹⁶

Ao mesmo tempo em que a Constituição contempla direitos fundamentais, também pressupõe algumas restrições ao seus exercícios em função de outros direitos, como ainda em razão de objetivos e desejos da coletividade. A tarefa do Estado, enquanto legislador e Administrador, é atuar como intérprete e realizador dos direitos, efetuando as necessárias ponderações entre interesses conflitantes.

96 SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 234.

Nas palavras de Gustavo Binzenbojm,

o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.⁹⁷

Entretanto, nem todos os interesses individuais têm berço constitucional, mas ainda assim se faz necessária a ponderação na busca da plena e efetiva realização do próprio interesse público, na sua real dimensão.

Daí não fazer sentido uma supremacia do interesse público prévia e abstratamente estabelecida, por afastar em si o processo de ponderação, restringindo as alternativas dos interesses privados que se fizerem presentes em prováveis conflitos.

Pelo que se percebe de tudo o que foi exposto, a ideia de supremacia abstrata do interesse público é ultrapassada, pois referia-se a antiga formação do Estado. Com a modernização da estrutura estatal, a atividade administrativa, mais que do que instrumento de definição autoritária do direito aplicável, solidifica a ideia de que deva funcionar como um mecanismo de composição de interesses e que os órgãos decisores devem buscar a melhor maneira para atender aos interesses em jogo, preservando-os⁹⁸.

Na verdade, o conceito da supremacia do interesse público no Brasil não possui mais a antiga valoração. Há, ainda, que, de forma não explícita, uma aproximação muito maior do tratamento dado no ordenamento português ao princípio do respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares do que propriamente uma soberania absoluta e abstratamente considerada.

Em virtude disso, há de ser revisto o tratamento dado ao interesse público no Brasil frente ao interesse dos particulares, no sentido de adequá-lo à atual forma de estrutura estatal, bem como para demonstrar a inexistência de inferioridade das posições jurídicas dos particulares em face ao interesse público, quando abstratamente considerados.

Por isso, concorda-se com Marçal Justen Filho, para quem importa revisar os pressupostos e as formas de abordagem do direito administrativo. Um dos possíveis novos eixos desse ramo jurídico decorreria de tese defendida pelo autor, que prega a *personalização do direito administrativo*, ao revelar que o núcleo da disciplina jurídica “não é o poder (e suas conveniências), mas a realização do interesse público – entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana”.

97 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 167.

98 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise, p. 158.

Veja bem. O que se pretende nesse estudo é tão somente apontar parâmetros para redefinição do conceito do princípio da supremacia do interesse público, de forma a limitar sua utilização, evitando sua aplicação de maneira desvirtuada.

Assim, é preciso aperfeiçoar os institutos para tornar mais eficazes as formas de controle da Administração e mais efetiva a proteção dos particulares. Dessa forma, evitar-se-á o abuso de poder por parte dos agentes públicos e, por via de consequência, dos agentes políticos. Somente assim dar-se-á mais um passo em direção à efetividade do Estado Democrático de Direito, rumo ao futuro e sonhado Estado de Justiça.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica – Pensamento formal e argumentação – Elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, v. II, 2003.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Constituição, administração e interesse público. O eterno retorno ao momento originante ou o estado contra a administração. In: *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Evolução constitucional e perspectivas futuras. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 2007.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. Lisboa: Ancora, 2003.

CRETILLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 30, p. 48, mar./abr. 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madri: Civitas, 1995.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo I*. Madri: Civitas, 2000.

ESCOLA, Hector Jorge. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado na Administração Pública. Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRIEDRICH, Carl (Org.). O interesse público. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: O Cruzeiro, 1967.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público no direito comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra: Coimbra, v. XLV, n. 1 e 2, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva: 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo, Malheiros, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo, Saraiva: 2005.

_____. O conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, 26/1999, São Paulo: Malheiros, p. 115-136.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1996.

MACHETE, Rui Chancerelle de. Conceitos indeterminados e restrições de direitos fundamentais por via regulamentar. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha*. Coimbra: Coimbra, 2005.

- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Preliminares. O estado e os sistemas constitucionais. Coimbra: Coimbra, t. I, 2003.
- MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- NEQUETE, Eunice Ferreira. Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista do Direito Administrativo*, São Paulo, 2000.
- SADER, Emir. Para outras democracias, capítulo 15. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Democratizar a democracia*. Os caminhos da democracia participativa. Porto: Edições Afrontamento, 2003.
- SANTI ROMANO. *Princípios de direito constitucional geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. *Revista Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, 1955.
- SOUSA, Antônio Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito administrativo geral*. Introdução e princípios fundamentais. Lisboa: Dom Quixote, t. I, 2006.
- VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.