

## Crítica à Supremacia do Interesse Público como Postulado de Interpretação do Direito Administrativo

### *A Critical on the Supremacy of Public Interest as an Interpretative Postulate of Administrative Law*

#### **EMANUEL ANDRADE LINHARES**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2013), na área de concentração Ordem Jurídica Constitucional, Especialista em Direito Público pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2008), Professor de Direito Constitucional na Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – Fametro, Professor convidado do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil do Centro Universitário Christus – Unichristus, onde ministra a disciplina Processo Civil e Constituição. Revisor da Revista Culturas Jurídicas (PPGDC/UFF). Foi Professor do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão – FLF, tendo lecionado as disciplinas Introdução ao Estudo do Direito, Teoria Geral do Processo e Direito Administrativo I (2009-2011). Coordenou o projeto de extensão Jurisdição Constitucional (2011) na FLF, voltado ao aprofundamento do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais. É Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Atualmente exerce o cargo de Secretário da 1ª Câmara Criminal do TJCE. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo Constitucional, Teoria do Estado, Teoria das Instituições, Ciência Política e Direito Administrativo.

Submissão: 01.05.2015

Decisão Editorial: 07.12.2015

Comunicação ao Autor: 07.12.2015

**RESUMO:** Tradicionalmente, a doutrina juspublicista brasileira aponta o “princípio da supremacia do interesse público” como sendo uma das “pedras de toque” do Direito Administrativo, autêntico dogma da interpretação e da aplicação das normas deste ramo da ciência jurídica. Ao termo “princípio jurídico”, entretanto, é atribuído múltiplos significados. Neste estudo, rejeita-se a noção de “princípio” associada a axiomas ou dogmas, por entendê-la incompatível com o constitucionalismo democrático contemporâneo. O artigo objetiva alimentar o salutar debate por um novo olhar ao Direito Administrativo brasileiro, revisitando e desconstruindo paradigmas de um dos seus mais tradicionais dogmas: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A metodologia utilizada é bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética, com predominância indutiva. Far-se-á um apanhado dos principais argumentos suscitados na doutrina, percorrendo a histórica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado nas diversas concepções de Estado, a difícil tentativa de conceituação jurídica da expressão “interesse público”, uma abordagem crítica com relação à origem do Direito Administrativo, e, sobretudo, uma reflexão a respeito do “princípio” da supremacia do interesse público à luz da(s) teoria(s) dos princípios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremacia do interesse público; teoria dos princípios; direitos fundamentais.

**ABSTRACT:** Traditionally, the Brazilian jus-publicist doctrine shows the “principle of the supremacy of public interest” as one of the “touchstones” of Administrative Law, authentic dogma of interpretation and application of the rules on this part of legal science. However, for the term “legal principle” is assigned multiple meanings. In this study, it’s rejected the notion of “principle” associated with axioms or dogmas, by understanding its incompatibility with the contemporary democratic constitutionalism. This article aims to feed the healthy debate for a new look at the Brazilian Administrative Law, revisiting and deconstructing paradigms of one of its most traditional dogmas: the supremacy of public interest over private interest. The methodology used is bibliographic, theoretical, descriptive, exploratory and dialectics, predominantly inductive. Far will be an overview of the main arguments raised in the doctrine, covering the historic dichotomy between Public Law and Private Law in the various conceptions of the State, attempted the difficult legal concept of the term “public interest”, a critical approach regarding the origin of Administrative Law, and, especially, a reflection on the “principle” of the supremacy of public interest in light of the theory of legal principles.

**KEYWORDS:** Supremacy of public interest; theory of legal principles; fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O clássico debate acerca da distinção entre Direito Público e Direito Privado, objeto de estudo da Teoria Geral do Direito, tem ganhado, particularmente ao longo das últimas duas décadas, novos e instigantes contornos na era do “pós-positivismo jurídico”, em que a constitucionalização do Direito, a atribuição de normatividade aos princípios, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, a reabilitação da argumentação jurídica e a consolidação de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana trazem ao cerne dessa discussão a centralidade ética e antropológica da ciência jurídica.

Esse conjunto de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo, é definido por Luis Roberto Barroso como sendo “[...] um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo”<sup>1</sup>.

Nesse contexto, destacado grupo da nova geração de juristas brasileiros, tais como Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Daniel Sarmento e Gustavo Binembom, vem desenvolvendo estudos em direção a uma superação, desconstrução<sup>2</sup>

---

1 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. vii-xviii, p. x-xi.

2 Cf., entre outros, Humberto Ávila, *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular”*; Daniel Sarmento, *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*; Paulo Ricardo Schier, *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*; Alexandre Aragão, *A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*; todos in: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., 2007.

ou reconstrução<sup>3</sup> do dogma da supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

Na tradicional lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo tem como “pedras de toque” a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Para o administrativista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, a supremacia do interesse público sobre o interesse privado constitui um

[...] *verdadeiro axioma* reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, de sobrevivência e asseguramento deste último.<sup>4</sup> (Grifo nosso)

Por axioma entende-se como sendo uma premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, fundamento de uma demonstração, porém ela mesma indemonstrável. Na literatura jurídica, utiliza-se o vocábulo “axioma” para fazer referência a determinados tipos de raciocínio jurídico, em tese, aceitos por todos, e, por essa razão, não sujeitos a debates ou questionamentos. São, por assim dizer, autênticos *dogmas*<sup>5</sup>.

Humberto Ávila destaca que “[...] a veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se fossem auto-evidentes”<sup>6</sup>. Sendo assim, o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” é definido como um axioma por Bandeira de Mello justamente porque seria autodemonstrável ou óbvio.

Ao termo “princípio jurídico”, entretanto, podem ser aplicados múltiplos significados. Neste estudo, como se verá adiante, rejeita-se, peremptoriamente, a noção de “princípio” associada a axiomas ou dogmas, por entendê-la incompatível com as teorias dos princípios jurídicos edificadas à luz do constitucionalismo democrático contemporâneo.

Ainda que metodologicamente em alguns aspectos divergentes entre si, tais teorias apontam para a necessidade de interpretação dos institutos do Direito Administrativo sob uma filtragem constitucional, especialmente em respeito à teoria dos direitos fundamentais e ao reconhecimento, no Brasil, de um extenso rol de direitos e garantias individuais albergadas pela Carta Cidadã de 1988, os quais limitam a atuação estatal em face dos particulares. Demonstrar-se-á, in-

3 Cf., BARROSO, Luís Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69. [Grifo nosso]

5 Registre-se que, para efeito do raciocínio desenvolvido ao longo deste estudo, os termos “axioma” e “dogma” serão tratados indistintamente, como se sinônimos fossem.

6 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 176-177.

clusive, que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, a rigor, sequer pode ser tido como uma “norma-princípio”, por não preencher determinados requisitos estruturais básicos.

Evidentemente, não se trata de ignorar a essencialidade da persecução do interesse público e da proteção de direitos metaindividuais pelo Estado Democrático e Social de Direito, objetivos que, de fato, fundamentam a sua existência; mas sim o questionamento quanto ao método pelo qual deverão atuar o intérprete e o aplicador da lei.

Ora, partindo-se do entendimento de que “interesse público” é um conceito jurídico indeterminado, como sustentar sua “supremacia” *a priori* diante de outros interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal? Qual o sentido prático em afirmar que “o interesse público deve ser preferido”, se o grande problema é justamente saber qual dos interesses supostamente em conflito é o “público”?

Este estudo, sem pretensões de esgotar o tema, haja vista a sua complexidade, objetiva alimentar o salutar debate por um novo olhar ao Direito Administrativo brasileiro, revisitando e desconstruindo paradigmas de um dos seus mais tradicionais dogmas: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Para tanto, far-se-á um apanhado dos principais argumentos suscitados na doutrina juspublicista – nacional e estrangeira –, percorrendo a histórica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado nas diversas concepções de Estado, a difícil tentativa de conceituação e delimitação jurídica da expressão “interesse público”, uma abordagem crítica com relação à origem do Direito Administrativo, e, sobretudo, uma reflexão a respeito do “princípio” da supremacia do interesse público à luz da teoria dos princípios.

Ousa-se, assim, polemizar, praticar o dissenso. Para muitos, a supremacia do interesse público sobre o privado não é passível sequer de questionamentos, posto ser um axioma, ou mesmo um dogma. Dogma, como se sabe, é matéria de fé, não de conhecimento. A cientificidade, por sua vez, caracteriza-se justamente pela possibilidade permanente de divergências<sup>7</sup>. E, sob esse prisma, ciente da inafastável dialética do Direito, desenvolve-se os tópicos a seguir.

## 1 A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

A história da humanidade costuma ser (d)escrita por meio de movimentos pendulares, ora tendendo para determinado lado, ora para outro. Com isso, em determinadas épocas e contextos históricos é priorizada a dimensão pública da vida humana, em outros, o seu aspecto privado.

---

7 Nesse sentido, assevera Hugo de Brito Machado Segundo: “A cientificidade do estudo do Direito caracteriza-se, precisamente pelo questionamento. Aliás, não só do estudo do Direito, mas de qualquer objeto” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6).

Estudar a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado passa por uma reflexão acerca das diferentes concepções de Estado, construídas ao longo dos séculos, fruto de aspirações (e inspirações) políticas, econômicas e sociais prevalentes em cada época<sup>8</sup>.

A Grécia Antiga desconheceu por completo a distinção entre Direito Público e Direito Privado, prescindindo dela. O cidadão grego (*politiké*) era concebido, essencialmente, como o animal político (*zoon politikon*) ao qual se referiu Aristóteles em sua clássica *Política*. Realizava-se como ser humano na vida pública<sup>9</sup>.

Conforme destaca Daniel Sarmiento, “[...] a liberdade para os gregos era a possibilidade de tomar parte nos negócios públicos da *polis* e de exercer influência sobre as decisões coletivas tomadas na *Ágora*, inexistindo liberdades privadas, que protegessem os indivíduos das autoridades públicas”<sup>10</sup>.

Em Roma, a indistinção prevalece durante vários séculos. Somente quando o Estado romano se agiganta e se fortalece, e então passa a alimentar um viés expansionista para dominação de outros territórios, é que há uma separação mais nítida entre os interesses do Estado e dos indivíduos, com o surgimento da tensão entre *liberdade* e *autoridade*.

A origem da cisão entre Direito Público e Direito Privado teve no *Corpus Iuris Civilis* romano um marco fundamental. Nele está escrita a formulação clássica de Ulpiano, na qual afirma que

[...] dois são os aspectos do direito: o público e o privado. O direito público versa sobre o modo de ser do Estado romano; o privado sobre o interesse dos particulares. Com efeito, algumas coisas são úteis publicamente, outras privativamente (*Hujus studii sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*).<sup>11</sup>

O referido texto, portanto, associa a finalidade do Direito Público à tutela dos interesses gerais, contrapondo a tutela dos interesses individuais como finalidade do Direito Privado. Daí surgirem severas críticas a esse critério distintivo, por ser inconcebível uma separação tão rigorosa entre interesse público e inte-

---

8 Em sentido parcialmente contrário, Gustav Radbruch afirma sua crença no caráter apriorístico dos conceitos de Direito Público e de Direito Privado, segundo ele derivados do próprio conceito, *a priori*, de Direito. De acordo com o jusfilósofo de Heidelberg: “Os conceitos ‘direito público’ e ‘direito privado’ não são conceitos do direito positivo, que poderiam faltar num ordenamento particular, mas precedem logicamente a toda experiência jurídica, exigindo desta uma validade prévia” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 184).

9 Observe-se que essa concepção de cidadania destituía de “humanidade” todos aqueles excluídos da esfera pública, como as mulheres, os escravos e os metecos.

10 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 33.

11 RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 219-220.

resse particular. Na prática, esses interesses se interpenetram, pois “[...] o Estado não é nenhum ente superior e alheio à sorte dos indivíduos, e, sim, o meio pelo qual se visa a realização do bem comum, e, portanto, do indivíduo”<sup>12</sup>.

Tal contexto histórico favorece o florescimento do fenômeno da “privatização do Direito”: “o *jus civile*, que antes era Direito Público, privatiza-se, passando a constituir o bastião de defesa dos cidadãos contra as investidas do Estado”<sup>13</sup>, servindo à democratização política do regime.

Desse processo emerge o individualismo jurídico, alicerçado nas noções de liberdade contratual, de propriedade privada e de sucessão hereditária, futuramente convertidas pelos teóricos das revoluções liberais em verdadeiros dogmas do Estado Moderno.

Já na Idade Média Cristã, a prevalência do privado em detrimento do público se explica pelo imenso pluralismo político, caracterizado pela ausência de poderes soberanos e pela completa dispersão da autoridade por múltiplas e fragmentadas instâncias de poder, como a Igreja, o Império, os senhores feudais, etc.

Com o advento do Estado Moderno, centraliza-se o exercício do poder na figura do monarca, cristalizada na célebre frase atribuída ao Rei Luis XIV (“*L’État c’est moi*”), refletindo uma lógica privatista sobre o domínio das relações políticas. Por outro lado, o surgimento da noção de soberania, de certo modo, já implicava no predomínio da autoridade estatal sobre a vontade dos particulares. A concentração de poder e a consequente monopolização do uso legítimo da força física são tidos, assim, como “combustíveis”<sup>14</sup> de uma guinada para o lado público da dicotomia.

A separação entre as esferas pública e privada radicaliza-se com o surgimento do Estado Liberal, fruto dos movimentos revolucionários burgueses eclodidos na Europa Ocidental e nos Estados Unidos da América durante os séculos XVII (Revolução Inglesa) e XVIII (Revolução Norte-Americana e Revolução Francesa).

A Revolução Francesa de 1789, reação da classe burguesa contra os privilégios do clero e da nobreza no Antigo Regime (*Ancien Régime*), foi fortemente influenciada pelos ideais iluministas, para os quais em torno do Estado de Direito deveria gravitar as noções de separação e limitação dos poderes, legalidade, direitos fundamentais e democracia.

---

12 Idem, p. 220.

13 VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 214

14 Expressão utilizada por Daniel Sarmento. [Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 35].

Para o liberalismo clássico, o papel do Estado restringir-se-ia basicamente em cuidar da segurança interna e externa, protegendo a propriedade privada, não lhe cabendo intervir nas relações estabelecidas entre particulares. Partia-se, assim, de uma igualdade formal, conquistada após a abolição dos privilégios estamentais, para justificar que competiria a cada indivíduo a persecução dos seus próprios interesses privados, sem qualquer interferência do Poder Público.

Parafraseando Kant, Arnaldo Vasconcelos assevera que, para o filósofo de Knönigsberg,

[...] o Estado político (contratual) é o domínio do Direito Público. Seu advento decorre da necessidade de conferir investidura de Direito Público às normas de Direito Privado (Direito Natural), preexistentes no estado de natureza, que já é social. O Estado surge para garantir as normas jurídicas privadas, e não para criá-las.<sup>15</sup>

Naquele contexto histórico, a função primordial do Direito Público, portanto, era a de limitar ao máximo a atuação do Estado por meio de mecanismos de contenção de poder, em prol da preservação de uma esfera individual intocável, classificada pelos filósofos iluministas como representativa de direitos naturais e pré-políticos<sup>16</sup>. O Direito Privado, por sua vez, alicerçava-se sob dois fortes pilares de natureza econômica: a propriedade e o contrato, ambos tidos como expressões essenciais da autonomia individual.

Habermas afirma que o surgimento do Estado Liberal respondeu aos anseios de edificação de

[...] uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através dos direitos de propriedade e de liberdade de contratos), que deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea dos mecanismos de mercado.<sup>17</sup>

Gustav Radbruch destaca que a concepção liberal do Direito influenciou o aprofundamento da divisão e do distanciamento entre público e privado: “[...] para o liberalismo, o direito privado é o coração de todo o direito; o direito público apenas uma estreita moldura protetora colocada em torno do direito privado [...]”<sup>18</sup>.

A relativização dessa tendência, então dominante no pensamento jurídico até o final do século XIX e o início do século XX, veio com Hans Kelsen e sua *Teoria Pura do Direito*.

15 VASCONCELOS, Arnaldo. Op. cit., p. 299.

16 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 36.

17 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997. p. 138.

18 RADBRUCH, Gustav. Op. cit., p. 184.

Segundo os postulados Kelsenianos, todo o direito se reduziria, em última análise, ao direito positivo (ou direito estatal). Para ele, até mesmo o negócio jurídico seria, na verdade, a materialização da vontade estatal, por meio da formação de uma norma individual<sup>19</sup>.

A formulação de Kelsen é absolutamente válida e pertinente para a compreensão da realidade contemporânea do Direito, centralizada nos fenômenos da *publicização*, *socialização* e *constitucionalização* dos direitos.

As transformações sociais ocorridas nos séculos XIX e XX acabaram por evidenciar o descompasso entre o direito estatal e a realidade, trazendo consigo as novas teorias que viriam a criar as condições para o advento do chamado Estado Social<sup>20</sup>.

O individualismo, outrora dominante, paulatinamente cedeu espaço aos fenômenos da *publicização* e da *socialização* do Direito<sup>21</sup>. A doutrina do Direito Social nasce, portanto, como oposição ao Direito individual-liberal e se caracteriza como tal.

Esta visão passou então a inspirar as reformas políticas que se seguiram, com o advento das constituições sociais do início do século XX, particularmente com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Assim, com o advento do *Welfare State*, o papel do Estado passa a ser menos o de guardião das liberdades individuais e mais o de agente provedor da igualdade material dos indivíduos, mediante progressiva intervenção nos mais diversos domínios<sup>22</sup>.

Há quem critique a expressão “publicização” e repele a ideia moderna de se transformar o Direito Privado em Direito Público. Nesse sentido, Vicente Rao alerta sobre o perigo da intervenção desordenada do Estado nas relações civis e a redução da esfera do Direito Privado:

O “direito social” designa o conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações apesar das diferenças de fortunas, regras que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos e organizam a vida econômica segundo os princípios da justiça distributiva. Ora, para se alcançar esse resultado, preciso

---

19 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 310-311.

20 Sobre a passagem do Estado Liberal para o Social, cf. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

21 No contexto de socialização do Direito, surge o Direito do Trabalho, considerado por muitos uma espécie de *tercius* em relação à clássica *summa divisio*.

22 No liberalismo “[...] o Poder Público, de mero espectador, vai convertendo-se e, protagonista das relações econômicas, passando a discipliná-las de forma cogente, através da multiplicação de normas de ordem pública, que se impõem diante da autonomia da vontade das partes” (SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Op. cit.*, p. 39).

é recorrer-se a uma força superior a todos, ou seja, à força do Estado; e se esta força intervém nas relações privadas, o direito privado não pode deixar de ceder o passo às regras do direito público.<sup>23</sup>

As lições de passado não muito distante demonstram que a falência do modelo liberal por vezes desaguou “[...] em experiências autoritárias de maior ou menor ferocidade, como o nazismo, o fascismo e as ditaduras populistas ou militares latino-americanas”<sup>24</sup>, fruto do exacerbado poder do Estado em face dos indivíduos, o que levou a consequências desastrosas.

No final do século passado, com a crise do Estado Social, percebe-se um retorno do pêndulo em direção ao direito privado:

O Estado, antes visto como agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia, passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício. No mundo todo são promovidos extensos programas de privatização de empresas estatais, buscando o enxugamento da máquina pública e a devolução de amplos setores da economia à iniciativa privada.<sup>25</sup>

Na tentativa de modernizar-se, desburocratizar-se e tornar-se mais eficiente, o Estado passa por uma série de transformações, inspirando-se na lógica e nas experiências de gestão normalmente associadas à iniciativa privada<sup>26</sup>. Reflexo disso foi o acréscimo do “princípio da eficiência” ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, associado ao conceito de “administração gerencial” nos Estados Modernos (*public management*).

Com isso,

[...] passa-se a falar numa Administração Pública “consensual”, que substitui o uso de ordens cogentes pela *soft Law*, preferindo, em regra, induzir o administrado à adoção dos comportamentos desejados, através de negociações, incentivos etc., do que obrigá-lo verticalmente a agir desta ou daquela maneira.<sup>27</sup>

---

23 RAO, Vicente. Op. cit., p. 224-225.

24 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 40.

25 Idem, p. 41.

26 Sobre o tema, explica Gustavo Binenbojm: “Esta *privatização* da atividade administrativa tem se dado por variadas formas e em diferentes setores. A emergência do gerencialismo procurar aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A idéia de *consensualidade* tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por *parcerias* com a iniciativa privada, pelas quais empresas não-estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas a monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regular” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 20).

27 SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 42.

Na contemporaneidade, as fronteiras entre as categorias “público” e “privado” são cada vez mais tênues. Se, por um lado, o Direito Público, conforme destacado anteriormente, privatiza-se e busca na iniciativa privada parcerias e inspiração para novos modelos de gestão; por outro, é cada vez mais intenso o processo de *publicização* do Direito Privado, em decorrência da *constitucionalização*<sup>28</sup> de direitos e do fortalecimento da Jurisdição Constitucional<sup>29</sup>. Sob essa mesma ótica, consolida-se no Brasil o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, reflexo da doutrina e jurisprudência alemãs da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”<sup>30</sup>.

Por todos esses fatores, parece-nos que o critério público/privado tornou-se obsoleto para a resolução de conflitos de interesse que se estabeleçam em uma sociedade plural e democrática, tanto pela imprecisão e difícil delimitação dos respectivos conceitos quanto pela compreensão de que as duas dimensões da vida humana, pública e privada, são igualmente importantes para a plena realização existencial do indivíduo, epicentro axiológico do ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: A ORIGEM DO MITO

A versão oficial, majoritariamente difundida e consagrada na doutrina pátria, aponta que o Direito Administrativo surge da subordinação do poder à lei e da definição de um rol de direitos individuais que passaram a vincular a Administração Pública, resultado dos ideais defendidos pelas revoluções libe-

- 
- 28 Em apertada síntese, utiliza-se a expressão “constitucionalização do direito” para referir-se à ideia de irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do Direito. São exemplos desse fenômeno a função sócio-ambiental da propriedade, a função social do contrato, o valor solidariedade como limite à livre iniciativa, entre outros. Sobre este tema, cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- 29 Nesse mesmo sentido orienta-se o pensamento de Gustavo Binbenojm: “Assiste-se, assim, à emergência de filhotes *híbridos* da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública *privatizada* (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada *publicizada* ou *administrativizada* (regime privado altamente regulado). Essa hibridez de regimes jurídicos caracterizada pela interpenetração entre as esferas pública e privada, representa um dos elementos da crise de identidade do direito administrativo” (BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 20).
- 30 Leciona Luís Virgílio Afonso da Silva que “uma das principais mudanças de paradigmas que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si” (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 52). Desse modo, “não obstante, a constatação de que a opressão e a violência contra os indivíduos são oriundas não apenas do Estado, mas também de múltiplos atores privados, fez com que a incidência destes direitos fosse estendida ao âmbito das relações entre particulares. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica) vem sendo denominada de eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais.” (SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193-194).

rais do final do século XVIII e início do século XIX, particularmente daqueles relacionados à limitação e à contenção do poder de atuação estatal<sup>31</sup>.

Até então, as normas administrativas se enquadravam no *jus civile*, já que naquela época era ilimitado o direito dos soberanos para administrar, alicerçado no postulado “*the king can do no wrong*”<sup>32</sup>.

Essa noção garantística do Direito Administrativo, construída sob a ideia de que esse teria se formado a partir do momento em que o Estado teria “aceitado” submeter-se também ao Direito, e, conseqüentemente, aos cidadãos, alimentou, segundo defende Gustavo Binbenojm, “[...] o mito de uma origem *milagrosa* e de categorias jurídicas exorbitantes do direito comum, cuja justificativa teórica seria a de melhor atender à consecução do interesse público”<sup>33</sup>. Essas categorias jurídicas peculiares eram justamente a *supremacia do interesse público*, a *discricionariedade administrativa*, a *insindicabilidade do mérito administrativo*, entre outras; o que, para o professor de Direito Administrativo da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, “[...] representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que sua superação”<sup>34</sup>.

Tradicionalmente, costuma-se indicar, como marco jurídico inicial do surgimento do Direito Administrativo, a famosa *Lei 28 Pluviose*, do ano VIII, datada de 1800, que organizou juridicamente a Administração Pública na França<sup>35</sup>. Tal lei teria simbolizado não só a organização e a estruturação da burocracia estatal, mas, principalmente, a contenção do seu poder, que agora estaria subordinado à vontade geral expressa pelo Parlamento.

Todavia, a construção do Direito Administrativo deve-se principalmente à elaboração pretoriana do Conselho de Estado Francês, órgão de jurisdição

---

31 Essa romântica e idealizada versão para o surgimento do Direito Administrativo é acolhida, entre outros, por Caio Tácito, que assim a descreve: “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário” (TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1. v., 1997. p. 2).

32 Sob essa perspectiva, leciona José dos Santos Carvalho Filho: “No período anterior o regime vigorante era o das monarquias absolutas, em que todos os poderes do Estado desagüavam nas mãos do monarca, tornando frágeis as relações entre o Estado e os súditos. O brocardo da época era o célebre ‘L’État c’est moi’, para indicar a concentração de poderes exclusivamente sob o manto real. Com a teoria da separação de poderes concebida por Montesquieu, o Estado, distribuindo seu próprio poder político, permitiu que em sua figura se reunisse, ao mesmo tempo, o sujeito ativo e passivo do controle público. Nesse ambiente, foi possível criar normas próprias a execução desse controle” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7).

33 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-118.

34 Idem, p. 119-120.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

administrativa historicamente responsável pelo desenvolvimento e aprofundamento de inúmeros princípios informativos deste ramo autônomo do Direito<sup>36</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora refratária à ideia de desconstrução ou superação do “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, reconhece que “[...] o direito administrativo, desde as suas origens, é constituído por uma série de paradoxos”. Nesse ponto, exemplifica que “o direito administrativo francês, que coloca o princípio da legalidade como um dos esteios do direito administrativo, tem *na jurisprudência, e não na lei*<sup>37</sup>, a sua principal fonte do direito”<sup>38</sup>.

A mencionada origem pretoriana do Direito Administrativo, porém, traz em si uma latente contradição, qual seja a criação de um direito com prerrogativas especiais da Administração Pública, que surge não fruto da *volonté générale* preconizada por Jean-Jacques Rousseau, a qual deveria ser manifestada por meio do Poder Legislativo, mas mediante decisões autovinculativas do próprio Poder Executivo<sup>39</sup>.

Desse modo, não se sustenta a afirmação de que “o reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o “[...] um instrumento de libertação individual e não somente de dominação”<sup>40</sup>. Isto porque, conforme destacado pela própria Di Pietro, apesar de o princípio da legalidade ser considerado desde sempre um dos pilares do Direito Administrativo francês, deve-se à jurisprudência do Conselho de Estado (órgão vinculado ao Poder Executivo), e não ao Parlamento (expressão da soberania popular), a construção e a consolidação de inúmeros princípios e institutos do Direito Administrativo, posteriormente expandidos aos ordenamentos jurídicos de outros países, a exemplo do Brasil.

Note-se que tal circunstância histórica, portanto, viola de uma só vez os dois postulados básicos do Estado Liberal de Direito: o princípio da legalidade

---

36 Convém ressaltar que o Direito Administrativo surgiu e se desenvolveu em uma época marcada pela crença da completude das grandes codificações escritas, embora não haja registro até os dias atuais de nenhuma compilação geral de suas normas. Estas, ao contrário, são historicamente caracterizadas por sua natureza fragmentária e pela ausência de uma organização sistemática do seu conteúdo.

37 Grifos não originais.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

39 Na França, adota-se até hoje o sistema da dualidade de jurisdição, em que a jurisdição administrativa (ou contencioso administrativo) atua ao lado da jurisdição comum (Poder Judiciário). No Brasil, por sua vez, inspirado no direito anglo-saxônico, a jurisdição única sempre foi o modelo adotado em todas as nossas constituições.

40 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). Op. cit., p. 17.

e o princípio da separação de poderes<sup>41</sup>. Com efeito, “[...] a atribuição do Poder Legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade expressa na lei (Rousseau) e partilha de funções entre os poderes (Montesquieu)”<sup>42</sup>.

Observa-se, assim, que a invocação do princípio da separação dos poderes, na origem do Direito Administrativo, foi uma mera figura retórica utilizada com a finalidade de ampliar a esfera de autonomia decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer forma de controle jurídico e/ou social.

Dessa feita, constata-se que a justificativa para a instituição do contencioso administrativo não teve qualquer viés garantístico. Pautou-se tão somente na desconfiança dos revolucionários franceses – recém-ascendidos ao poder – contra os membros do Judiciário, tidos como aliados do Antigo Regime e relutantes aos ideais iluministas. Foi uma fórmula encontrada para evitar que os tribunais judiciais de então limitassem a ação das autoridades administrativas revolucionárias. O modelo contencioso, no qual a Administração julgaria a si própria, não representou qualquer inovação da Revolução Francesa, mas, ao contrário, permitiu a perpetuação daquele existente no Estado Absoluto<sup>43</sup>. Desse modo, é possível concluir que, “se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e o desenvolvimento da dogmática administrativista, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos”<sup>44</sup>.

Em síntese, Binenbojm refere-se a tais contradições históricas da origem do Direito Administrativo como sendo fruto de um *pecado autoritário original*<sup>45</sup>,

---

41 O princípio da separação dos poderes é interpretado de maneiras diferentes no direito francês e no direito anglo-saxônico. No modelo francês, há uma maior rigidez na ideia de separação dos poderes do Estado, de modo a impedir a apreciação, pelos juízes da jurisdição comum, dos atos praticados pela Administração Pública. Nos Estados Unidos e na Inglaterra, a separação é funcional, vedando à Administração o exercício da função jurisdicional como a que exerce o Conselho de Estado Francês. No sistema anglo-saxônico, o Direito Administrativo não surge em consequência dos princípios revolucionários, mas para satisfazer as crescentes demandas de uma sociedade moderna, em prol da crescente atuação do Estado no campo social e econômico, o que desaguava na necessidade de aumento da máquina administrativa e, simultaneamente, da elaboração de normas específicas voltadas à regular sua atuação. Afirma Di Pietro que “o direito administrativo brasileiro sofreu influência do direito norte-americano no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte do direito e à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. Todavia, no que diz respeito às teorias e aos princípios, a influência predominante foi a do direito francês criado pela jurisdição administrativa, que, aos poucos, pela decisão de casos concretos, foi deixando de lado o direito privado antes aplicado à Administração e criando um regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao Direito Administrativo” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 23).

42 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 121.

43 “Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.” (BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 15)

44 Idem, p. 42.

45 Nas palavras de Binenbojm: “Neste contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a de discricionariedade e sua insindisponibilidade perante os órgãos contenciosos, supremacia do interesse público e prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias desde *pecado original* consistente no estigma da suspeita de *parcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os

relacionando o antigo dogma absolutista da *verticalidade* das relações entre o soberano e seus súditos com a construção teórica de verdadeiros axiomas do Direito Administrativo, albergados sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares<sup>46</sup>.

Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, em sentido diametralmente oposto, refutam o suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo, criticando a tese de Binenbojm, nos seguintes termos:

A alusão a uma pretensa origem autoritária parece ter como escopo reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificamente, da “supremacia do interesse público” – sem dúvida uma interessante crítica que, por sua vez, merece ser refutada. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e flexibilização da vida. E embora seja uma “tese” muito atraente para o indivíduo pós-moderno, que é um sujeito por definição voltado à autonomia, à liberdade e à consensualidade negocial, trata-se de uma teoria de precária capacidade explicativa.<sup>47</sup>

No tópico seguinte, demonstrar-se-á, entretanto, que, em uma análise metodológica um pouco mais criteriosa, a “supremacia do interesse público” sequer pode ser – do ponto visto estrutural – considerada uma norma-princípio. Neste estudo, combate-se a ideia da utilização *apriorística* de uma pretensa supremacia de interesses públicos como parâmetro legítimo de interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo. De fato, o dito “indivíduo pós-moderno” é, efetivamente, um sujeito protegido por um considerável número de normas constitucionais assecuratórias de sua autonomia, liberdade e consensualidade negocial, sendo também dever da Administração Pública respeitá-las.

O modo como o interesse privado e o interesse público estão imbricados e igualmente protegidos pela Constituição brasileira de 1988 impossibilita que haja uma cisão rigorosa entre eles na análise da atividade estatal<sup>48</sup>. Assim, “a verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses

---

administrados. Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 123-124).

46 “Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.” (BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 15)

47 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). Op. cit., p. 15.

48 Conforme bem observou Humberto Ávila, “elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)” [ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 190].

públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados<sup>49</sup>. *Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular*, portanto, não devem ser tratados como se sinônimos fossem, pois “não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência”<sup>50</sup>.

### 3 A DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE OS INTERESSES PRIVADOS: POR UM DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Conforme evidenciado ao longo deste estudo, a noção de “interesse público”, de difícil precisão conceitual, pode variar em distintos contextos históricos, políticos, econômicos, jurídicos e sociais para atender a determinadas expectativas com relação ao papel do Estado em face aos indivíduos.

No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, difundindo lição originária do jurista italiano Renato Alessi, classifica o interesse público em *interesse público primário* e *interesse público secundário*<sup>51</sup>. Por interesse público primário entende-se o interesse da coletividade como um todo, conforme previsto na ordem jurídica posta. Seria, portanto, o “interesse do povo”, também denominados de “interesses gerais imediatos”. Já o interesse público secundário é o interesse do Estado, enquanto sujeito de direito (pessoa jurídica); são “interesses gerais mediatos”, normalmente coincidentes com estritos interesses patrimoniais ou financeiros.

Para Bandeira de Mello, os interesses públicos primários e secundários devem coincidir, e, caso colidam, deverá sempre prevalecer o interesse público primário (“interesse do povo”), posto que, nessa hipótese, o interesse público secundário nem mesmo poderá ser considerado interesse público, mas tão somente um interesse administrativo ou governamental ilegítimo. Em seguida, exemplifica interesses secundários contrários ao interesse público primário: o interesse que o Estado poderia ter em tributar desmesuradamente os administrados, ou pagar remunerações ínfimas a seus servidores, ou não pagar indenizações cíveis quando ocasionasse danos aos administrados, ou pagar indenizações irrisórias nas desapropriações, etc.<sup>52</sup>.

Dessas lições preliminares extrai-se, desde já, a pacífica compreensão de que o interesse público secundário, ou seja, da pessoa jurídica de direito público (Erário), jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do

49 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 191.

50 Idem, p. 191.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 72-73.

52 Idem, p. 72-73.

particular. Caso haja colisão entre tais interesses, caberá ao intérprete proceder à adequada ponderação, diante dos elementos normativos e fáticos relevantes para a solução do caso concreto.

Nas precisas palavras do jurista Luis Roberto Barroso,

o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro de ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.<sup>53</sup>

Dessa forma, uma adequada inteligência do que seja interesse público irá apontar para uma convergência entre os interesses de natureza coletiva ou metaindividuais e os interesses legítimos dos indivíduos, principalmente aqueles qualificados como direitos fundamentais. Tal conclusão deve-se ao fato de que, embora os valores intrínsecos aos direitos fundamentais independam de qualquer vantagem coletiva eventualmente associada à sua garantia e/ou promoção, na imensa maioria dos casos, quando efetivados, toda a sociedade também se fortalece<sup>54</sup>.

Por vezes, conflitos inexistentes entre “interesses públicos” e “interesses privados” são apontados em razão de incorreta identificação do real sentido de “interesse público”. Há, contudo, situações em que o interesse da coletividade pode efetivamente colidir com direitos fundamentais. Embora a proteção e a promoção dos direitos fundamentais sejam interesse público, existem outros interesses públicos igualmente legítimos, cuja busca talvez não corresponda a nenhum tipo específico de direito fundamental. É o caso, por exemplo, do interesse coletivo referente a maiores investimentos públicos em saúde, educação, infraestrutura, habitação, etc., ou mesmo no aumento do valor do salário-mínimo e dos proventos de aposentadorias, que eventualmente poderá colidir com a necessidade de observância da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e com o equilíbrio das contas públicas.

Ronald Dworkin utiliza o termo “princípios” para denominar, de maneira genérica, todo o conjunto de padrões que não são regras. Entretanto, de maneira mais específica, tenta distinguir alguns desses padrões a fim de que se possa

53 BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. vii-xviii, p. xvi.

54 Nesse sentido, corretamente leciona Daniel Sarmento: “As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados” [SARMENTO, Daniel. interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 36].

evitar a confusão entre seus respectivos significados para o mundo jurídico. É assim que estabelece a diferença entre *princípios* e *políticas (policies)*<sup>55</sup>.

Princípios, segundo o autor, seriam esses padrões que devem ser observados em função de alguma dimensão da moralidade. Portanto, não são padrões que são cumpridos simplesmente com a função de promover uma determinada situação considerada desejável. Há um fundo de justiça na observância dos princípios. As políticas, por outro lado, já dizem respeito justamente a um padrão que estabelece um objetivo. Pode-se dizer que são padrões de melhoria de aspectos sociais considerados desejáveis pelo corpo da comunidade.

Para Dworkin, não é possível a restrição de direitos fundamentais visando exclusivamente à tutela de interesses coletivos, sem a necessária ponderação diante de casos concretos<sup>56</sup>. afirmou que os princípios em sentido estrito, relacionados aos direitos fundamentais, não poderiam ser ponderados com as diretrizes políticas, tendo primazia em relação a elas. Já conflitos entre regras seriam solucionados no modo “tudo ou nada” (*all or nothing*), no qual a aplicação de uma das regras conflitantes excluiria a aplicação da outra no específico caso, porém não por meras considerações relacionadas ao interesse coletivo.

Humberto Ávila, por sua vez, leciona que

a teoria geral do Direito define os princípios jurídicos como normas de otimização concretizáveis em vários graus, sendo que a medida de sua concretização depende não somente das possibilidades fáticas, mas também daquelas jurídicas; eles permitem e necessitam de ponderação [...], porque não se constituem em regras prontas de comportamento, precisando, sempre, de concretização.<sup>57</sup>

O jurista gaúcho recorre aos ensinamentos de Robert Alexy para falar na existência de um verdadeiro *ônus argumentativo* em prol dos interesses privados e em detrimento de bens coletivos, “no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional”<sup>58</sup>. Para Ávila,

ambos os interesses estão atrelados *in abstracto* e somente poderão ser descritos como resultado de uma análise sistemática. Somente *in concreto* possuem eles

---

55 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 46-50. Título original: *Taking rights seriously*.

56 Nesse sentido, pertinentes são as reflexões levantadas por Daniel Sarmiento: “[...] parece-nos constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público. Mas será que os direitos fundamentais sempre cedem diante dos interesses da coletividade? Será que seu âmbito de proteção deve ser desenhado de modo a excluir qualquer tutela jurídica sobre exercícios que contrariem interesses da coletividade?” [SARMENTO, Daniel. *interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., 2007. p. 87.]

57 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 180.

58 Idem, p. 187.

conteúdo objetivamente mínimo e assumem uma *relação condicionada de prioridade*. Não antes.<sup>59</sup>

Com efeito, afirma que o “princípio da supremacia do interesse público” sequer pode ser considerado uma norma-princípio, se analisado pelo modo como a Teoria Geral do Direito modernamente concebe os princípios *prima facie*, já que

[...] sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “prevalência”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma tensão entre os princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade).<sup>60</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, argumenta que determinadas atividades administrativas sequer podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados legitimamente envolvidos. São exemplos:

- a) o esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos;
- b) a determinação dos meios empregados pela administração;
- c) a ponderação dos interesses envolvidos, pela Administração ou pelo Judiciário;
- d) a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes);
- e) a preservação do sigilo, etc.<sup>61</sup>

Dessa feita, exceto quando houver uma expressa regra constitucional de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer em determinada situação conflituosa concreta demandará uma ponderação proporcional dos interesses em jogo, a partir dos substratos fáticos e jurídicos extraídos do caso

---

59 Idem, p. 189.

60 Idem, p. 184-185.

61 Idem, p. 215.

específico, devidamente interpretados à luz do Texto Constitucional. O que será chamado de “interesse público” é, então, a síntese obtida desse processo ponderativo que ora apontará para a preponderância relativa ao interesse geral ou coletivo, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais<sup>62</sup>.

Para Humberto Ávila, o referido “princípio da supremacia do interesse público” também não pode ser havido como postulado explicativo do Direito Administrativo, pois:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;
- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um “princípio abstrato de supremacia” teríamos “regras condicionais concretas de prevalência” (variáveis segundo o contexto).<sup>63</sup>

Entende-se, portanto, em consonância com os diversos argumentos apresentados antes, que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas na persecução do interesse público é incompatível com soluções de caráter simplista, eivada de uma tendência argumentativa autoritária e demasiadamente genérica, como a baseada na ideia de uma pretensa supremacia do interesse público sobre o particular, que, como visto, a rigor, não deve nem mesmo ser considerado um princípio jurídico e/ou um postulado explicativo do Direito Administrativo<sup>64</sup>.

#### **4 O DEVER DE PROPORCIONALIDADE E AS NORMAS INSTITUIDORAS DE PRIVILÉGIOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: NOVOS PARÂMETROS DE FUNDAMENTAÇÃO**

As prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública em sua relação com os cidadãos<sup>65</sup> historicamente sempre foram justificadas pelos estudiosos do Direito Administrativo como sendo projeções do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, demonstração inequívoca da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses dos indivíduos, quando postos em juízo.

---

62 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 15.

63 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., 2007, p. 224.

64 Entende Daniel Sarmento que os limites aos direitos fundamentais podem apresentar-se, basicamente, sob três formas distintas: “(a) podem estar estabelecidos na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no Texto Constitucional. [SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Op. cit., p. 90-91].

65 Prazo em quádruplo para responder e em dobro para recorrer, desnecessidade de apresentação de procuração, não produção dos efeitos da revelia, duplo grau obrigatório de jurisdição, impenhorabilidade de bens, sistema de execução mediante precatórios, etc.

Por essa tese, o Estado corporificaria então o próprio interesse público, fazendo jus, assim, a um rol de privilégios processuais sem os quais os interesses da coletividade estariam seriamente ameaçados.

Raciocínio semelhante foi aplicado na fundamentação das prerrogativas administrativas de natureza material. As denominadas “cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos”, por exemplo, são até hoje justificadas, pela maioria da doutrina juspublicista brasileira, como decorrência da *verticalidade* nas relações travadas entre o Estado e o particular, em oposição à *horizontalidade* das relações privadas<sup>66</sup>.

O “princípio da supremacia do interesse público” também é invocado para justificar uma série de outras prerrogativas materiais da Administração Pública: a inoponibilidade, pelo particular, da exceção de contrato não cumprido; os poderes de alteração e extinção unilateral dos contratos administrativos pela Administração; os poderes para fiscalizar as atividades da empresa contratada, intervir na sua gestão e aplicar-lhe sanções; etc.

As normas instituidoras de privilégios para a Administração Pública no Brasil, entretanto, carecem de nova fundamentação que seja compatível com a construção de um *Direito Administrativo Constitucional*, no qual tais normas não sejam legitimadas simplesmente por uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais.

Ao invés do autoritário argumento de supremacia, a fundamentação hermenêutica para as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem ser baseadas na ideia de isonomia, e obedecer a rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade<sup>67</sup>.

Nesse sentido, leciona Gustavo Binbenbojm que, para que um privilégio instituído em favor da Administração seja constitucionalmente legítimo, é necessário que:

- (I) a compreensão do princípio da isonomia (isto é, a extensão da discriminação em desfavor dos particulares) seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei;
- (II) o grau ou medida da compressão da isonomia (isto é a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares) deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição e pela lei.

---

66 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 113.

67 Cf. ADIn 1.753-2/DF (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 ago. 2012)

(III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.<sup>68</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vertente estudo aponta para a necessidade de desconstrução do tradicional “dogma” da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, por entender ser a sua utilização, enquanto postulado explicativo e interpretativo das normas de Direito Administrativo, frontalmente incompatível com uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, particularmente à luz da teoria dos direitos fundamentais e da teoria dos princípios edificada sob a égide do constitucionalismo democrático contemporâneo.

O “princípio” da supremacia do interesse público revela-se apartado da moderna concepção doutrinária acerca dos princípios jurídicos. Neste aspecto, fica evidenciada a contraposição entre a existência de uma regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios, proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos.

Por essa razão, a nosso ver, torna-se injustificável a manutenção de invocação do critério apriorístico da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”, de viés argumentativo autoritário, como justificativa racional para legítimas restrições a direitos fundamentais que corporificam interesses privados constitucionalmente protegidos.

O pluralismo jurídico, a heterogeneidade multicultural e os fenômenos simultâneos da “publicização do direito privado” e da “privatização da gestão pública” na sociedade pós-moderna fragmenta fortemente a noção de interesse público, cuja definição, em cada caso, tornar-se-á cada vez mais dependente de juízos racionais de ponderação.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

---

68 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 114.

- \_\_\_\_\_.; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Taking rights seriously*.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Reine Rechtslehre*.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Por que dogmática jurídica?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Rechtsphilosophie*.
- RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- SARMENTO, Daniel. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.
- TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*. In: *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1. v., 1997.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.