

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

**Guilherme Jantsch**

**CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA  
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE  
PARTICULAR**

Porto Alegre

2012

GUILHERME JANTSCH

**CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO  
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PARTICULAR**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientadora: Professora Maria Isabel de Azevedo Souza.

Porto Alegre

2012

GUILHERME JANTSCH

CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO  
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PARTICULAR

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado no Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza (Orientadora)

---

Professora Vivian Josete Pantaleão Caminha

---

Professor Humberto Bergmann Ávila

Conceito: ...

Porto Alegre, 10 de Dezembro de 2012.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a minha gratidão a Deus, por tudo.

Em segundo, aos meus pais, pelo exemplo de dignidade e de retidão, pelo incentivo à educação, pelo suporte material e afetivo. Ao meu irmão, pelo companheirismo diário, pela parceria constante.

Em terceiro, à professora Maria Isabel, por ter acreditado em mim e neste trabalho, pela atenção ao longo desse processo de orientação, pela leitura cuidadosa, pelos comentários precisos. Acima de tudo, pela inspiração de uma professora verdadeiramente comprometida com o Direito e com os seus alunos.

Aos amigos que a Faculdade me deu, cuja companhia foi essencial não só para a elaboração deste trabalho, mas para o transcurso feliz desses cinco anos.

Agradeço também à Luiza, pelo afeto e pelo apoio ao longo desses últimos semestres, que de tantas formas me marcaram e em muito contribuíram para que este trabalho viesse a lume.

Fosse adiante, não terminaria logo, pois tantas são as pessoas que nos influenciam - direta e indiretamente - ao longo dos anos, que se torna difícil nominá-las. Nessa jornada acadêmica, tantos professores me marcaram, tantos amigos do SAJU e do CAAR me ensinaram, que seria injusto mencionar apenas um ou outro. Em outros âmbitos, tenho a agradecer a diversos familiares, que desde sempre me acompanharam, e a muitas pessoas queridas que têm passado pela minha vida. A todas elas fica o agradecimento genérico, mas não por isso menos sincero.

Obrigado.

## **RESUMO**

O presente trabalho versa sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, comumente tido, no direito brasileiro, como um dos alicerces do Direito Administrativo. Pretende-se investigar se tal princípio realmente existe no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto, examinam-se, em sede introdutória, os conceitos de princípio jurídico e de interesse público, além de se descrever brevemente o surgimento e o desenvolvimento do debatido princípio na ordem jurídica pátria. Em seguida, passa-se às considerações críticas sobre o tema, tendo por escopo abordar os principais argumentos que lhe são pertinentes. A conclusão alcançada, ao fim, é de que esse princípio, a rigor, não existe no direito brasileiro.

Palavras-chave: Interesse Público. Supremacia. Interesse Particular. Crítica.

## **ABSTRACT**

The present work examines the principle of supremacy of public interest over private interest, commonly considered, in Brazilian Law, as one of the pillars of Administrative Law. It intends to investigate if such principle really exists within Brazilian Law. In order to achieve that goal, this study examines, in its first section, the concept of principle and the notion of public interest, as well as describes briefly the origin and development of this principle. In its second section, the subject is analyzed critically, considering the main arguments regarding it. The conclusion reached, at its end, is that the debated principle does not exist in Brazilian Law.

Key words: Public interest. Supremacy. Private Interest. Criticism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I - PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS	12
1 Do conceito de princípio jurídico	12
1.1 O princípio como norma e o seu fundamento de validade	12
1.2 Das noções subjacentes de princípio	13
1.2.1 Princípios em Dworkin e Alexy – o critério da estrutura normativa	14
1.2.2 Princípios em Celso Antônio Bandeira de Mello – o critério do grau de fundamentalidade	17
1.2.3 Diferenças e impacto efetivo no debate acerca do princípio da supremacia do interesse público	19
2 Do Conceito de Interesse Público	21
2.1 Da natureza: conceito indeterminado ou indeterminável?	21
2.2 O sentido da distinção entre interesse "público" primário e interesse "público" secundário: a separação entre o interesse da coletividade e o interesse do aparato estatal	25
2.3 Interesse público: nem o interesse da maioria nem o interesse da sociedade abstratamente considerados – a raiz no direito positivo	27
2.4 Interesse público em sentido amplo e em sentido estrito	32
2.4.1 O interesse público em sentido amplo (interesses tutelados pelo direito positivo)	33
2.4.2 O interesse público em sentido estrito (interesses de ordem coletiva tutelados pelo direito positivo)	36
2.5 Interesse público e bem comum	39
3 Surgimento e desenvolvimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro	40
3.1 A formulação inicial de Celso Antônio Bandeira de Mello	40
3.2 O desenvolvimento da tese e a acolhida pela doutrina brasileira	42
3.3 A crítica e o panorama atual	46
II - CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR	50
1. Crítica conceitual - da incompatibilidade com o conceito de princípio proposto por Dworkin e Alexy	50
2 Crítica ao princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular	54

2.1 Conteúdo do princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular	54
2.2. Da ausência de fundamento de validade	56
2.2.1 A descrição como axioma e como postulado ético-político e a necessidade de fundamento de validade no direito positivo para a definição como princípio jurídico	57
2.2.2 A centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 como refutação à existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular	58
2.2.3 Da existência de dispositivos constitucionais autorizando a restrição a direitos individuais com fulcro no interesse público	65
2.2.4 Da impossibilidade de fundamentação no art. 3º, IV da Constituição Federal	68
2.3 Da incompatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da concordância prática	70
2.4 A restrição a direitos fundamentais, uma "supremacia" nos termos do ordenamento jurídico e o esvaziamento do conteúdo do princípio	73
2.5 O princípio como fundamento teleológico da Administração Pública?	77
2.6. O princípio como fundamento das prerrogativas do Estado?	80
2.6.1 A fundamentação no princípio da supremacia do interesse público	80
2.6.2 Objeções genéricas	81
2.6.3 Objeções específicas	83
2.6.3.1 Prerrogativas materiais e processuais	83
2.6.3.2 Objeções específicas às prerrogativas processuais	84
2.6.3.3 Objeções específicas às prerrogativas materiais	89
3 Crítica ao princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o particular	90
3.1 O conteúdo de um princípio de supremacia do interesse público em sentido amplo	90
3.2 Apreciação crítica	92
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105

## INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro tem sido tradicionalmente descrito como um ramo do Direito estruturado sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, que constituiria um de seus principais alicerces teóricos. Essa descrição, outrora infensa a críticas, atualmente já não é pacificamente aceita. De um momento inicial, em que a doutrina pátria enaltecia - quase em uníssono - o valor e a proeminência desse princípio, passou-se a um segundo momento, em que a sua própria existência chega a ser questionada. Proliferam publicações a respeito: algumas negando-lhe a existência, outras defendendo-a. O silêncio, no início predominante, deu lugar à polêmica, hoje prevalente.

Questiona-se, em primeiro lugar, se tal norma poderia realmente ser definida como um princípio jurídico, por não permitir uma aplicação gradual, própria a essa espécie normativa. Em seguida, aponta-se a indefinição quanto ao conteúdo dos conceitos de "interesse público" e de "interesse particular"; afinal, proteger um direito fundamental, ainda que de uma única pessoa, não constituiria um interesse público? Indica-se que a supremacia que o princípio pretende consagrar não possui fundamento constitucional, tendo em vista a destacada proteção conferida pela Carta Magna ao indivíduo e aos direitos fundamentais. Defende-se que dito princípio favorece o exercício do arbítrio estatal, colocando o administrado em posição demasiadamente débil frente à Administração Pública, o que, em última análise, fragiliza o Estado Democrático de Direito. Esses argumentos iniciais - aos quais outros tantos se somam - permitem entrever a conclusão que essa parte da doutrina esboça: dito princípio, a rigor, não existe. Impor-se-ia, assim, a sua desconstrução.

A tese encontra resistência. Em sentido contrário, argui-se que a supremacia do interesse público é ínsita às sociedades modernas, determinando incumbir à Administração Pública realizar o interesse público - e não o interesse particular. Afirma-se que seria esse princípio o fundamento constitucional capaz de legitimar as prerrogativas estatais, tanto processuais quanto materiais. Assevera-se que a crítica ao princípio, de um lado, tem o mérito de identificar problemas na sua aplicação, mas, de outro, se vincula a uma ideologia neoliberal que pretende sobrepor os interesses particulares aos interesses públicos. Também esses argumentos indicam a conclusão a que chega essa parcela da doutrina: o debatido princípio existe, sim, devendo-se proceder à sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio. Uma terceira corrente, ainda, indica a necessidade de reconstrução do referido princípio, de

modo a compatibilizá-lo com os direitos fundamentais e a evitar malversações, aparentemente por todos reconhecidas, quando de sua aplicação.

O presente trabalho se insere justamente nesse contexto. Diante da polêmica instaurada, pretende-se analisar criticamente o referido princípio, de modo a identificar se, afinal, tal princípio jurídico existe ou não, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Esse o objetivo que norteia a pesquisa. A abordagem, assim, não se dirige pelo campo da Filosofia Política, situando-se nos planos do Direito Administrativo, do Direito Constitucional e, em pequena medida, da Teoria do Direito. Tampouco se examina o Direito Comparado, cujo estudo certamente seria de grande valia para a análise do tema; o foco aqui, contudo, é analisar o assunto à luz do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que pontualmente se faça referência a autores estrangeiros. A pesquisa conduzirá, adiante-se desde já, à conclusão de que tal princípio realmente não existe no direito brasileiro. Desse modo, adere-se, no que tem de mais essencial, à primeira corrente aqui descrita, que pugna pela desconstrução do mencionado princípio.

As críticas ora tecidas a esse princípio partem - conforme se aprofundará em sede conclusiva - da perspectiva de que o Direito Administrativo brasileiro carece de uma renovação, capaz de harmonizá-lo com a ordem democrática instituída pela Constituição Federal de 1988, que posicionou o ser humano e os direitos fundamentais no centro do sistema por ela criado. Sob esse influxo, o Direito Administrativo há de rever alguns de seus postulados fundamentais - dentre eles o princípio em tela - pois se mostram incompatíveis com o ordenamento constitucional vigente e, mesmo que involuntariamente, dificultam a eliminação de resquícios autoritários ainda hoje existentes na Administração Pública. A desconstrução do mencionado princípio, assim, é um passo importante para que venha a cabo uma necessária renovação do Direito Administrativo. Desse modo, por mais que a discussão ganhe um tom marcadamente acadêmico, não se pode ignorar o seu enorme alcance nem a sua particular relevância. Afinal, o aprimoramento dos pilares teóricos que balizam a Administração Pública e a apropriada proteção dos direitos fundamentais dependem do correto equacionamento da tensão existente entre as esferas individual e coletiva; do equilíbrio entre administrado e Administração Pública. Essa tensão, conforme aqui se defende, já não pode mais ser resolvida pela simples supremacia, em abstrato, da coletividade - ou, menos ainda, do Estado.

O método empregado para cumprir o desiderato exposto é eminentemente dialético, ainda que também se recorra aos métodos histórico e analítico. Explica-se. Na primeira parte do trabalho, ao se abordarem os conceitos de princípio jurídico e de interesse público, a

abordagem assume um viés analítico; ao se promover um breve resgate histórico do surgimento e desenvolvimento do dito princípio, por sua vez, passa-se a empregar o método histórico. Relativamente à segunda parte do trabalho, predomina o método dialético, uma vez que a viva polêmica doutrinária existente em torno do tema exige que refiram e se contraponham os posicionamentos de autores representantes de cada corrente doutrinária, acrescentando-se, ainda, novos argumentos ao debate. Ainda no que tange à metodologia, ressalte-se que a fonte de pesquisa é sobretudo bibliográfica, envolvendo exame da doutrina e dos textos constitucionais e legais pertinentes, recorrendo-se pontualmente à jurisprudência.

O estudo segue dividido em duas partes. Na primeira, procura-se assentar os pressupostos necessários à uma análise crítica do tema. Assim, abordam-se três subtemas: o conceito de princípio jurídico, o conceito de interesse público e a origem e desenvolvimento do referido princípio no direito brasileiro, cada um correspondendo a um capítulo. Em relação ao conceito de princípio, abordam-se dois critérios considerados pela doutrina pátria para a definição de princípios (em contraposição às regras): um oriundo de Alexy e Dworkin e outro utilizado por Bandeira de Mello. Pretende-se demonstrar que a diferença das noções subjacentes de princípio que os defensores do debatido princípio e os seus críticos têm em mente explica parte - mas apenas parte - da crítica que lhe é formulada. No que tange ao conceito de interesse público, intenta-se indicar que o conteúdo desse conceito deve ser buscado no direito positivo - e não no interesse abstrato de uma maioria ou num interesse autônomo da própria sociedade. Em seguida, propõe-se uma distinção entre interesse público em sentido amplo e em sentido estrito, que se justifica tendo em vista o alargamento do conceito de interesse público a que frequentemente se recorre para defender o aludido princípio. Como boa parte do debate se concentra na definição de interesse público e de interesse particular, mostra-se inevitável abordar o tema em separado e com maior detença. O resgate histórico do surgimento e desenvolvimento do mencionado princípio entre nós, por sua vez, visa a situar historicamente o tema e a precisar os contornos que lhe são habitualmente atribuídos pela doutrina.

A segunda parte do trabalho, por sua vez, se destina à análise crítica propriamente dita, que é decomposta em três partes, cada uma correspondente a um capítulo: primeiramente, tem lugar a crítica que se aplica tanto a um princípio de supremacia que tome o interesse público em sentido amplo quanto a um que o tome em sentido estrito - cuida-se da crítica geral, de índole conceitual; em seguida, examina-se criticamente tal princípio considerando uma acepção estrita de interesse público - cuida-se, aqui, de crítica específica, tecida à luz do ordenamento jurídico vigente; por fim, vêm à baila algumas considerações críticas sobre esse

princípio tendo por base uma acepção ampla de interesse público - nos mesmos termos da anteriormente tecida. Realce-se que o princípio em tela é comumente descrito pela doutrina considerando-se uma acepção estrita de interesse público, de modo que a análise a ser desenvolvida nesse tópico há de ser mais extensa.

Isso posto, salienta-se, por derradeiro, que a complexidade e a riqueza do tema impõem dificuldades próprias à elaboração da pesquisa, mormente tendo em vista os limites deste trabalho - afinal, uma monografia de conclusão de curso - e as limitações, confessas, do próprio pesquisador. Ainda assim, por mais temerária que seja a incursão em tão inóspito terreno, arrisca-se humildemente iniciá-la. A relevância do tema reclama, afinal, certa dose de coragem do pesquisador. Embora se sustente aqui que o desfecho da polêmica narrada deva ser no sentido de consolidar a desconstrução do mencionado princípio - conclusão, no mais, sujeita à controvérsia -, o certo é que o avanço do Direito Administrativo pátrio depende, por um ou outro caminho, da superação dessa polêmica. Ironicamente, se não se pode dirimi-la em definitivo - e, de fato, não se tem aqui essa pretensão - alimentá-la talvez seja a contribuição possível. É o desafio que se passa, doravante, a enfrentar.

## I - PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

### 1 Do conceito de princípio jurídico

A definição do conceito de princípio jurídico tem sido um dos principais objetos da Teoria do Direito, proliferando estudos a respeito. Contudo, pairam ainda sobre o tema acentuadas controvérsias, inexistindo consenso quanto ao significado que a expressão engendra; Genaro Carrió, por exemplo, chega a referir 11 significados atribuíveis à expressão "princípio".<sup>1</sup> Essa multiplicidade de significados tem influenciado, inclusive, como adiante se demonstrará, o debate acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, de modo que se faz necessário tratar brevemente do tema.

#### 1.1 O princípio como norma e o seu fundamento de validade

Por longo tempo a teoria jurídica distinguiu normas de princípios, recusando a estes natureza normativa.<sup>2</sup> Por um viés jusnaturalista, sustentava-se que os princípios estariam num patamar pré-normativo, próximo dos valores inspiradores do ordenamento jurídico; seriam princípios de justiça de validade universal, oriundos do direito natural e destituídos de normatividade.<sup>3</sup> Por outra banda, num sistema positivista, os princípios careceriam igualmente de normatividade, funcionando apenas como "válvulas de segurança" para assegurar a completude do ordenamento nos casos em que inexistisse uma norma aplicável ao caso.<sup>4</sup>

Parece seguro afirmar, entretanto, que atualmente se formou um consenso contrário, no sentido de reconhecer aos princípios natureza normativa.<sup>5</sup> Assim, princípios passam a ser tidos como normas, ao lado das regras. Como sintetizou Alexy: "Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser."<sup>6</sup> Essa conclusão é hoje compartilhada pela vasta maioria da

---

<sup>1</sup> CARRIÓ *apud* GRAU, p. 141.

<sup>2</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160. Saliente-se, no ponto, a crítica formulada por Kelsen, para quem princípios morais, políticos ou dos costumes podem representar motivos seguidos pelo legislador, o que não lhes fornece as características típicas das normas jurídicas. KELSEN *apud* GRAU, p. 169/170.

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p 259 *et. seq.*

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 262.

<sup>5</sup> BONAVIDES, *op. cit.*, p. 276/277; GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 161 *et. seq.*

<sup>6</sup> ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87.

doutrina, que passou a se dedicar mormente a identificar critérios para distinguir princípios e regras.<sup>7</sup>

Sendo os princípios uma espécie normativa – ao lado das regras – há de se reconhecer que a existência de um princípio depende da sua previsão explícita ou implícita pelo ordenamento jurídico. Aí está, no dizer de Humberto Ávila (com fulcro em Guastini e Larenz), o seu fundamento de validade.<sup>8</sup> Não se confundem, nesse sentido, com os axiomas, que, conforme Ávila, constituem formas de raciocínio jurídico aceitas por todos e cuja veracidade é demonstrada pela sua própria afirmação, não necessitando de amparo no ordenamento jurídico.<sup>9</sup> A distinção importa para evidenciar que, se se pretende analisar a existência de um princípio jurídico que ateste a supremacia do interesse público sobre o particular, deve-se buscar empreender tal análise à luz da ordem jurídica, não se podendo tratá-lo como se fosse auto-evidente (fundamentação própria dos axiomas) ou como se constituísse um postulado ético-político, mesmo que por vezes seja assim descrito - conforme se aprofundará na segunda parte deste estudo.

## 1.2 Das noções subjacentes de princípio

A polêmica em torno do princípio em análise tem um de seus pontos centrais na definição do que seja princípio – definição a que se costuma proceder mediante a distinção entre princípios e regras. Importa perceber, nesse sentido, que o conceito de princípio utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello em defesa do princípio da supremacia do interesse público é em parte distinto daquele considerado por Humberto Ávila quando de sua crítica.

Nesse diapasão, Bandeira de Mello esboça, já em 1971, a seguinte definição para o conceito de princípio: “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas(...)”<sup>10</sup> Essa concepção, mantida pelo autor ainda nos dias correntes, não está de acordo com

<sup>7</sup> Por todos: CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-91; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52-61.

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 162 *et. seq.*

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 160/161.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284.

concepções posteriores que têm influenciado significativamente o pensamento jurídico – mormente com a de Alexy, expressamente considerada por Ávila na crítica tecida ao princípio.<sup>11</sup> Em atenção a isso, Bandeira de Mello comenta, inclusive, em recentes edições de seu Curso de Direito Administrativo, que a sua acepção de princípio é distinta daquela extraída das obras de Alexy e Dworkin, de modo que “é possível que algo seja qualificado como princípio de acordo com uma dada acepção de princípio, descoincidente com a que lhe irrogam estes mencionados autores”<sup>12</sup>, sugerindo, ao que parece, que a crítica formulada ao princípio em comento poderia ser procedente se tomadas, como referencial teórico, as concepções oriundas de Alexy e Dworkin.

Importa, desse modo, abordar brevemente no que consistem as noções de princípio delineadas por Alexy e Dworkin (que, embora não sejam idênticas, guardam importantes semelhanças) e aquela delineada por Bandeira de Mello e partilhada por parte da doutrina nacional (e que também possui lastro, evidentemente, na doutrina estrangeira), verificando quais as principais diferenças e semelhanças existentes entre elas, a fim de identificar qual o seu impacto efetivo no debate sobre a existência do princípio da supremacia do interesse público. Adiante-se, desde logo, que aqui não se optará por uma concepção em detrimento da outra; antes, a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular será analisada à luz de ambas. Deve ficar claro, igualmente, que não se procurará analisar minuciosamente tais concepções, fazendo delas apenas um brevíssimo exame.<sup>13</sup>

### 1.2.1 Princípios em Dworkin e Alexy – o critério da estrutura normativa

Ronald Dworkin toma, como objetivo de sua teoria, formular uma crítica ao positivismo jurídico, mormente na versão defendida por Herbert Hart. O positivismo é retratado, nesse sentido, como um sistema composto unicamente de regras, que seria insuficiente para fundamentar a solução de casos complexos, em que se precisaria recorrer a

---

<sup>11</sup> O autor se vale também das obras de Canaris, Guastini e Larenz, como se vê em ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. P. 162/163. Contudo, é preciso salientar que o autor, em escritos posteriores, desenvolve critérios próprios para a distinção de regras e princípios, criticando, inclusive, aqueles indicados por Dworkin e Alexy (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35-91).

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 54.

<sup>13</sup> Para uma análise detalhada, acompanhada da devida crítica, ver: GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009; e ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

padrões diferentes de regras, isto é, aos princípios.<sup>14</sup> É justamente nesse viés, portanto, que a distinção entre princípios e regras ganha relevância na obra de Dworkin. Conforme o autor, são duas as diferenças entre essas espécies normativas.

Em primeiro lugar, há uma diferença de “natureza lógica” entre ambas. Por um lado, as regras são aplicáveis por completo ou não são de todo aplicáveis; inexistente uma possibilidade de sua aplicação gradual. Uma vez preenchidos, numa situação concreta, os requisitos previstos na hipótese legal, ou a regra é válida e a resposta que ela indica deve ser aceita, ou ela é inválida e, aí, em nada contribui para a decisão. Daí se dizer que as “regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada.”<sup>15</sup> Isso não significa, entretanto, que uma regra não tenha exceções; pode haver exceções, mas, em teoria, elas podem e devem integrar o enunciado da regra, o qual é incompleto se não as incluir.<sup>16</sup>

Os princípios, por outro lado, não funcionam dessa forma. Preenchidas as condições para a sua aplicação, as suas consequências jurídicas não se seguem automaticamente; o princípio fornece uma razão que conduz o argumento numa direção, mas que não resolve de pronto a questão, pois pode haver outros princípios que argumentem noutra direção.<sup>17</sup> Diferentemente das regras, portanto, as hipóteses em que a solução dada ao caso diverge da direção indicada pelo princípio aplicável não significam que o princípio é inválido ou que ele encampa uma exceção não prevista no seu enunciado, pois a sua aplicação não exclui a aplicação de princípios colidentes.<sup>18</sup>

A partir da primeira diferença se pode já vislumbrar a segunda, qual seja: os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, isto é, uma dimensão de peso. Essa peculiaridade pode ser melhor percebida em casos de colisão entre regras e entre princípios. Na hipótese de colisão entre princípios, é preciso considerar o peso relativo de cada um; o princípio que, no caso, tiver peso maior, prevalecerá. No caso de conflito entre regras, por outra banda, não se pode dizer que uma regra possui peso maior do que outra diante de

---

<sup>14</sup> DORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 36. Eros Grau salienta que atualmente, todavia, diferentemente de Dworkin, que toma os princípios para contestar o positivismo, inserimos os princípios no interior do positivismo, já que os reputamos como normas; de certo modo, trabalhamos com um positivismo de princípios (GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 179). Barroso, nesse sentido, fala num pós-positivismo (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.), termo também utilizado por Bonavides (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259 *et. seq.*).

<sup>15</sup> DORKIN, *op. cit.*, p. 39.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 40/41.

<sup>18</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

determinada situação; para solucionar o conflito, ao invés, uma delas deverá ser declarada inválida.<sup>19</sup>

A partir das considerações de Dworkin, Robert Alexy aprofundou o conceito de princípio. Segundo esse autor, o ponto central na distinção entre regras e princípios está em reconhecer que estes constituem “mandamentos de otimização”, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.<sup>20</sup> Admitem, assim, aplicação gradual. As regras, ao contrário, são normas que somente podem ser cumpridas ou não-cumpridas; assim, “se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela exige – nem mais, nem menos.”<sup>21</sup> Não admitem, assim, aplicação gradual.

Dessa distinção decorre outra, referente ao distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Enquanto as regras contêm um mandamento definitivo, capaz de resolver definitivamente, se preenchidas as condições para a sua aplicação, determinado conflito, os princípios possuem apenas um mandamento *prima facie*, que pode ser superado por razões antagônicas.<sup>22</sup> Portanto, enquanto as regras instituem direitos e deveres definitivos, os princípios estabelecem direitos e deveres *prima facie*.

O autor também vislumbra uma diferença no que toca ao distinto modo de solução de uma colisão entre princípios e de um conflito entre regras. Refere, nesse sentido, que a solução de um conflito entre regras depende da introdução de uma cláusula de exceção numa das regras ou da declaração de invalidade de uma delas – o conflito ocorre, portanto, na dimensão da validade. A solução de uma colisão entre princípios, contudo, não se resolve desse modo; nela, a solução se dá pela precedência que um dos princípios tem, sob determinadas condições, em face do outro – a colisão se dá, assim, na dimensão do peso (a que já aludira, como visto, Dworkin).<sup>23</sup>

Deve-se ressaltar que, na hipótese de colisão entre dois princípios, ambos se encontram, em abstrato, no mesmo nível; somente no caso concreto é que se pode aferir qual tem o maior peso. A relação de tensão existente entre determinados princípios – e este é o ponto crucial – “não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade”<sup>24</sup>, mas apenas

---

<sup>19</sup> DORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 42/43.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 92-94.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 95.

mediante uma “relação de precedência condicionada”, dependente das circunstâncias do caso concreto.<sup>25</sup>

O critério fundamental utilizado por ambos os autores para distinguir princípios e regras, assim, se refere à sua distinta estrutura normativa.<sup>26</sup> Pouco importa, segundo esse critério, o grau de importância ou centralidade que a norma possui em determinado sistema. Princípios, nesse sentido, não são necessariamente aquelas normas de maior relevo num determinado ordenamento jurídico, mas aquelas que apresentam certa estrutura normativa.

As ideias de Dworkin e Alexy, a despeito de serem alvo de críticas, têm exercido grande influência sobre os estudos referentes ao tema, havendo sido recepcionadas por grande parte da doutrina nacional e estrangeira.<sup>27</sup>

### 1.2.2 Princípios em Celso Antônio Bandeira de Mello – o critério do grau de fundamentalidade

Como já referido, Celso Antônio Bandeira de Mello define princípios como “mandamentos nucleares de um sistema”, mas veja-se o inteiro teor da definição por ele elaborada:

"Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma."<sup>28</sup>

Desse modo, segundo essa concepção, importa, para definir que se está tratando de um princípio, que se esteja diante de uma norma central num determinado sistema. O critério capaz de estremar princípios de regras, assim, nada diz com a estrutura normativa de cada qual: pouco importa, nesse sentido, a natureza da obrigação que instituem (se mandamentos definitivos ou *prima facie*), o modo de sua aplicação (tudo-ou-nada ou gradual) ou o modo como se resolvem as respectivas colisões (se na dimensão da validade, se na dimensão do

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97.

<sup>26</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p.607-630, jan./jun. 2003. p. 613.

<sup>27</sup> Para uma análise geral do tema, ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009; GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009; SILVA, *op. cit.*

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284.

peso). Importa, ao invés, que a norma ocupe um lugar de destaque, que ostente um elevado “grau de fundamentalidade.”<sup>29</sup>

Canotilho, ao sistematizar a matéria, elenca cinco critérios aptos a distinguir regras de princípios, dentre os quais estaria o que denomina de “caráter de fundamentalidade”. Segundo esse critério, princípios são as normas de “natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema”<sup>30</sup>. O conceito delineado por Bandeira de Mello, conforme descrito acima, parece ter se servido principalmente<sup>31</sup> desse critério.

A concepção de Bandeira de Mello é compartilhada por parte da doutrina nacional, tanto que Virgílio Afonso da Silva a descreve como sendo a concepção adotada pela doutrina brasileira tradicional. Segundo esse autor, a tradição brasileira é no sentido de definir princípios como “mandamentos nucleares” (expressão utilizada por Bandeira de Mello, como visto), “disposições fundamentais” de um sistema ou, ainda, “núcleo de condensações”. Nesse sentido, por exemplo, parece ter se posicionado, há já algum tempo, Geraldo Ataliba, ao defender que os princípios estariam no topo da hierarquia existente no sistema normativo, fixando diretrizes gerais e condicionando princípios menores, que, por sua vez, subordinariam as regras.<sup>32</sup>

Embora a nomenclatura possa variar, a ideia central compartilhada por parte considerável da doutrina nacional, conforme Virgílio Afonso da Silva, permanece a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto as regras seriam uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.<sup>33</sup>

Humberto Ávila traça panorama semelhante ao exposto por Virgílio Afonso da Silva, referindo a existência de duas correntes doutrinárias que definem os princípios.<sup>34</sup> Uma, que reputa representar a teoria clássica do Direito Público, define os princípios como sendo as normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e

<sup>29</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p.607-630, jan./jun. 2003. p. 609 *et. seq.*

<sup>30</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1160.

<sup>31</sup> Poder-se-ia cogitar da aproximação da noção delineada por Bandeira de Mello (no que se refere à influência que um princípio tem na interpretação de outras normas) com um outro critério elencado por Canotilho: o da natureza normogenética, segundo o qual princípios são “fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”. (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1161.)

<sup>32</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 4-5.

<sup>33</sup> SILVA, *op. cit.*, p. 612.

<sup>34</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 84 *et. seq.*

de generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas)<sup>35</sup>; a outra, que considera representar a teoria moderna do Direito Público (pois desenvolvida a partir dos estudos de Dworkin e Alexy), define princípios como sendo aquelas normas que são aplicadas mediante a ponderação com outras e que podem ser realizadas em vários graus<sup>36</sup>. Em que pese Ávila não mencione, nessa passagem, o grau de fundamentalidade da norma como um critério utilizado pela doutrina tradicional para a definição dos princípios, essa característica - indicada por Virgílio Afonso da Silva - é claramente percebida no conceito desenvolvido por Bandeira de Mello.

Percebe-se, desse modo, que o critério decisivo para a noção de princípio adotada pelo administrativista paulista - e compartilhada por parte da doutrina - é o grau de fundamentalidade da norma (a sua posição hierárquica superior - ou central - no ordenamento jurídico), o que permite compreender por que razão os princípios são descritos como os "alicerces de um sistema" ou os seus "mandamentos nucleares" e que explica, também, por que se considera mais grave violar um princípio do que uma regra.<sup>37</sup> Esse critério, como já exposto, não se confunde com o da estrutura normativa, defendido por Dworkin e Alexy e seguido por parte expressiva da doutrina pátria.

Assentada essa conclusão, cumpre gizar, contudo, que princípio, para Bandeira de Mello, não deixa de ser tido como norma. Desse modo, depende, para existir, de previsão expressa ou implícita no ordenamento jurídico. Conforme ele mesmo destaca, noutra passagem, menos citada, do texto em que primeiro expôs a sua concepção de princípio: "Entende-se por princípio a *disposição, expressa ou implícita*, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídica-positiva." (grifo nosso)<sup>38</sup> Inegável, portanto, que, reconhecendo-se natureza normativa aos princípios, a sua existência depende, inclusive na concepção delineada por Bandeira de Mello, de previsão pelo ordenamento jurídico.

### **1.2.3 Diferenças e impacto efetivo no debate acerca do princípio da supremacia do interesse público**

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 84.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>37</sup> Para uma crítica da ideia de que violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, ver ÁVILA, *op. cit.* p. 103 *et. seq.*

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284/285.

Como a concepção adotada por Bandeira de Mello não se vale dos mesmos critérios empregados por Dworkin e Alexy, é possível que uma norma seja enquadrada como princípio à luz de uma concepção e que não o seja à luz da outra. Assim, uma norma que permite apenas uma medida de realização – não possibilitando uma realização gradual – deve ser tida como regra, segundo Dworkin e Alexy, podendo, ainda assim, ser tida como princípio segundo a concepção esposada por Bandeira de Mello.<sup>39</sup> Com efeito, conforme ressaltado por este autor, aí reside parte da controvérsia referente ao princípio da supremacia do interesse público, o que justifica a abordagem ora empreendida.

Todavia, embora se devam reconhecer as diferenças entre ambas as concepções, é também preciso salientar que elas não contribuem de modo tão decisivo quanto se possa ter sugerido para o deslinde da controvérsia em torno da existência do princípio da supremacia do interesse público. O reconhecimento de que por vezes a crítica ao princípio em tela é realizada considerando uma concepção de princípio distinta daquela utilizada por ocasião de sua formulação original não a esvazia de significado. Isso porque, nas críticas formuladas ao dito princípio, apenas uma parcela dos argumentos repousa na impossibilidade de aplicação gradual do princípio da supremacia do interesse público, como se verá adiante, o qual poderia ser afastado se se considerasse outro conceito de princípio. Os demais argumentos, todavia, não se prendem a esse aspecto, de modo que é possível criticar o princípio da supremacia do interesse público também pela concepção de princípio utilizada por Bandeira de Mello, analisando se ele pode realmente ser tido como uma norma de elevado grau de fundamentalidade (como mandamento nuclear) do Direito Administrativo. Nesse passo, impende ressaltar – uma vez mais – que também a concepção delineada por Bandeira de Mello impõe, como requisito para a existência de um princípio – tendo em vista o seu caráter normativo – que ele possua fundamento de validade, expresso ou implícito, no ordenamento jurídico.

Desse modo, as distintas noções subjacentes de princípio consideradas pelos defensores do princípio da supremacia do interesse público e por seus críticos explica parte – mas apenas parte – da crítica que lhe é formulada. Embora possa afastar as críticas de fundo conceitual, não afasta as de fundo normativo, que indicam não se tratar de uma norma por não possuir fundamento de validade no direito positivo, do que decorrem diversas consequências relevantes para o Direito Administrativo. Mas isso será objeto da segunda parte deste estudo;

---

<sup>39</sup> Seria o caso, por exemplo, dos princípios da legalidade e da anterioridade, conforme SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p.607-630, jan. /jun. 2003, p. 613.

aqui importa unicamente gizar a divergência entre as noções de princípio consideradas pelos autores e apontar o seu efetivo impacto no debate sobre a existência do princípio da supremacia do interesse público.

## **2 Do Conceito de Interesse Público**

A formulação de um conceito de interesse público constitui tormentoso desafio. Tanto a abertura semântica que a expressão consagra quanto a funcionalidade de que usufrui no Direito Público em geral e, mais especificamente, no Direito administrativo, denotam a complexidade de se proceder à sua definição, questão ainda hoje das mais centrais neste ramo do Direito.<sup>40</sup> Uma investigação apropriada do tema demandaria pesquisa autônoma, por certo, mas um trabalho dirigido ao estudo do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não pode se furtar de tratar, o mínimo que seja, desse controvertido conceito. Para que reste claro sobre que bases é realizado o exame do princípio da supremacia do interesse público, é preciso não somente ter claro o que se entende por “princípio”, mas também o que se considera “interesse público”. Nesse sentido, a fim de destrinchar um dos principais elementos que cercam a polêmica sobre o princípio da supremacia do interesse público, cumpre identificar a sua natureza conceitual e examinar-lhe os contornos, a fim de precisar-lhe, minimamente, o conteúdo. Esta a tarefa que se passa agora a desenvolver.

### **2.1 Da natureza: conceito indeterminado ou indeterminável?**

É inegável que a expressão “interesse público” é marcada por uma destacada vagueza e fluidez, não sendo tarefa simples precisar o seu conteúdo. Quanto a isso, por óbvio, não cabe maior controvérsia; a discussão inicial referente à natureza do conceito está em saber se se trata de um conceito jurídico indeterminado – e, portanto, juridicamente operacionalizável – ou de um conceito indeterminável, ao qual faleceria, por isso, normatividade alguma.

Humberto Ávila se refere à indeterminabilidade abstrata do conceito, questionando se o interesse público pode ser descrito objetivamente, por se relacionar com diferentes formas e conteúdos, ser concretizado por meio de diversos procedimentos e se constituir por meio de

---

<sup>40</sup> Segundo afirma GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4.ed. Sao Paulo : Malheiros, 2002. p. 25, a definição do interesse público continua sendo a grande questão do Direito Administrativo.

um permanente processo de compreensão do Estado em uma dada comunidade. Conclui, ao fim, que a indeterminabilidade empírica do conceito vai de encontro ao postulado da explicitude das premissas, decorrente da própria segurança jurídica.<sup>41</sup> Em linha semelhante se posiciona Daniel Sarmento, o qual destaca a “absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas.”<sup>42</sup> Também Patrícia Baptista sustenta que a vagueza do conceito leva a uma obscuridade na determinação do seu conteúdo, o que dificultaria a sua aceitação como um dogma do Direito Público Contemporâneo.<sup>43</sup>

Por outra banda, Fábio Medina Osório afirma que não se trata de um conceito indeterminável, apesar de sua amplitude semântica. Refere, nessa senda, que outros conceitos ainda mais difusos e complexos (de que seriam exemplos os de justiça e de democracia), se traduzem igualmente em princípios jurídicos (princípio de justiça e princípio democrático) e apresentam uma pretensão de normatividade.<sup>44</sup> Nesse sentido se posiciona também Emerson Gabardo ao afirmar que definir interesse público não é mais difícil que conceituar justiça, eficiência ou moralidade – princípios a que não se nega aplicabilidade jurídica. Sustenta, assim, que o caráter abstrato de interesse público não pode ser tomado como óbice para sua condição de princípio.<sup>45</sup> Daniel Hachem desenvolve semelhante raciocínio ao defender, apoiado em Genaro Carrió, que não se pode rejeitar a aplicação de expressões jurídicas indeterminadas tendo em vista simplesmente a dificuldade de sua concretização, já que qualquer palavra, imprecisa ou não, pode se tornar vaga ou imprecisa em situações específicas, suscitando dúvidas quanto à sua aplicação.<sup>46</sup>

Com efeito, em que pese a vagueza da expressão, não parece se deva negar operacionalidade jurídica à noção de interesse público unicamente por se tratar de um conceito de elevado grau de indeterminação; no dizer de Fernando Sáinz Moreno, trata-se de

---

<sup>41</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 167.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 27.

<sup>43</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184.

<sup>44</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 36.

<sup>45</sup> GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1). Acesso em: 12/07/2012. p. 270.

<sup>46</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 277.

"uma noção indeterminada, mas não por isso menos operativa no âmbito do Direito".<sup>47</sup> Configura, a toda evidência, o que a doutrina veio a denominar de conceito jurídico indeterminado. Antônio Francisco de Souza realça, inclusive, que o Direito Administrativo constitui um dos ramos em que mais se verifica o emprego de conceitos indeterminados, a denotar a sua ampla aceitação.<sup>48</sup>

Reconhecendo-se normatividade aos conceitos jurídicos indeterminados, nada há a indicar por que o conceito de interesse público teria um grau de indeterminação significativamente maior do que outros conceitos igualmente fluidos, dentre os quais se poderiam destacar os já citados conceitos de moralidade, eficiência e democracia, por exemplo, bem como os de segurança pública, valor histórico, idoneidade, ordem, etc<sup>49</sup> – expressões a que não se costuma negar operacionalidade jurídica. Não se vislumbra, portanto, motivo capaz de apontar por que o conceito de interesse público deveria merecer tratamento diverso.

Importa destacar, ainda, que os conceitos indeterminados não estão à inteira disposição do intérprete, como que para serem preenchidos com o conteúdo que melhor lhe aprouver. De acordo com Eduardo García de Enterría, que vê na expressão *interesse público* - que toma por sinônima de *interesse geral* - um conceito jurídico indeterminado:

“La indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución.”<sup>50</sup>

Há de se reconhecer, nesse passo, que os conceitos indeterminados apresentam não só espaços de indeterminação, mas também zonas de determinação. A doutrina alemã, a partir de Philip Heck e Aör Jesch, passou a vislumbrar no conceito, por meio de uma análise estrutural, um pequeno núcleo central (zona de certeza jurídica) e, fora dele, uma difusa auréola conceitual, que corresponde à imprecisão do conceito (zona de incerteza jurídica).<sup>51</sup> Desdobrando-se a distinção, passa-se a identificar, no conceito jurídico indeterminado, uma

<sup>47</sup> SÁINZ MORENO *apud* HACHEM, p. 276.

<sup>48</sup> SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 18

<sup>49</sup> Em sentido parcialmente diverso, Alice Gonzalez Borges, embora não repute indeterminável o conceito de interesse público, sustenta que ele é, dentre os conceitos indeterminados invocáveis no direito público, o de mais difícil determinação. (BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 205, p. 109-116, jul.-set. 1996. p. 112.)

<sup>50</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. Una nota sobre el interes general como concepto juridico indeterminado. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**, Porto Alegre, vol. 7, n. 25, p.27-50, jul./dez. 1996. p. 43.

<sup>51</sup> Conforme SOUZA, *op. cit.*, p. 52.

zona de certeza positiva, que abrangeria as situações fáticas que indubitavelmente corresponderiam àquele conceito, uma zona de certeza negativa, englobando as hipóteses que seguramente não se refeririam ao conceito, e um halo (ou auréola) de incerteza, em que residiriam os casos de dúvida quanto à aplicação do conceito.<sup>52</sup> Reconhecendo-se tal estrutura no conceito de interesse público, em que há também zonas de certeza positiva e negativa, vê-se que a sua indeterminação não é absoluta.

Desse modo, conclui-se que se está a tratar de conceito jurídico indeterminado e não de um conceito indeterminável.<sup>53</sup>

Tratar-se-ia de outra discussão saber se essa indeterminação – sobretudo como definidora de um princípio de supremacia supostamente fundante do regime jurídico administrativo – tende a produzir bons ou maus resultados. Daniel Sarmiento, a esse respeito, sugere que a “profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações”<sup>54</sup>, sendo aí acompanhado por Gustavo Binbenjy, o qual sustenta que a vagueza do conceito de interesse público permite que o voluntarismo dos governantes, transmutado em interesse público, passe a gozar de supremacia sobre os interesses particulares, o que seria evidenciado pelo fato de a própria doutrina da segurança nacional ter sido justificada a partir do princípio da supremacia do interesse público.<sup>55</sup> Diferentemente entende Marçal Justen Filho, ao defender – embora reconheça que a indeterminação do conceito dá margem ao risco de sua aplicação desnaturada – que a “indeterminação não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso.”<sup>56</sup> Também nesse sentido Gerhard Colm, que afirma ser a flexibilidade conceitual do interesse público essencial para a existência de uma sociedade plural.<sup>57</sup>

Posto que rica, essa discussão não tem lugar aqui. Basta, para o desenvolvimento deste trabalho, identificar, nesse momento, a natureza do conceito de interesse público (conceito

<sup>52</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. Una nota sobre el interes general como concepto juridico indeterminado. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**, Porto Alegre, vol. 7, n. 25, p.27-50, jul./dez. 1996. p. 43/44.

<sup>53</sup> Nesse sentido também RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Marya Silvia Zanella; \_\_\_\_\_. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103 e 105.

<sup>54</sup> SARMIENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 27

<sup>55</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999. p. 116.

<sup>57</sup> COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. **O interesse público**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966. p. 128.

jurídico indeterminado e não indeterminável), reconhecendo-lhe, portanto, operacionalidade jurídica.

## **2.2 O sentido da distinção entre interesse "público" primário e interesse "público" secundário: a separação entre o interesse da coletividade e o interesse do aparato estatal**

Assentado o caráter jurídico do conceito de interesse público, importa iniciar a precisar-lhe os contornos, para o que se socorre da consagrada distinção entre interesse "público" primário e interesse "público" secundário.<sup>58</sup>

A referida distinção foi introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, com fulcro na obra do italiano Renato Alessi. Segundo o autor brasileiro, correspondendo o interesse público à dimensão pública dos interesses individuais, isto é, aos interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade, resultaria claro que o interesse público não se confunde com o interesse estatal. Refere que, embora o Estado seja, por excelência, encarregado de zelar pelo interesse público, ele também pode ter, assim como outras pessoas jurídicas, interesses que lhe são particulares e não coincidentes com o interesse público. Esse interesse próprio do ente estatal seria denominado de interesse secundário, em contraposição com o interesse primário (o interesse público propriamente dito).<sup>59</sup>

A fim de se alcançar uma melhor compreensão do significado dessa distinção, urge reconhecer que a sua origem remonta, de fato, à doutrina italiana – em especial a Alessi, Carnelutti e Piccardi. Alessi principia seu raciocínio referindo que a Administração Pública faz uso de poder soberano por desempenhar uma função, qual seja, a de atender aos interesses públicos ou coletivos.<sup>60</sup> Afirma, na sequência, que esses interesses públicos não correspondem simplesmente ao interesse da Administração Pública, entendida como aparato estatal, o qual “sería simplemente uno de los intereses secundarios que se hacen sentir en la colectividad.”<sup>61</sup>, mas ao dito “interés colectivo primario”<sup>62</sup>. Também estabelecendo clara separação entre o interesse público e o interesse do ente estatal, Piccardi sustenta que o dito interesse público corresponde ao interesse coletivo primário considerado como sujeito de

<sup>58</sup> A razão da utilização das aspas no termo “público” está em que o interesse do aparato estatal não deve ser propriamente tido como público, conforme se abordará adiante.

<sup>59</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 63.

<sup>60</sup> Termos que utiliza como sinônimos. ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. 2 vol. p. 114, vol. 1.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 184 *et seq.*

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 184.

tutela direta pela ação administrativa, enquanto o interesse da Administração Pública, como entidade organizada, representa apenas um dos interesses secundários que existem no grupo social.<sup>63</sup> Menciona, ainda, que o interesse do aparato estatal pode facilmente se encontrar em confronto com o interesse público, aludindo ao exemplo do interesse da Administração Pública de pagar aos seus empregados o menos possível e de aumentar o máximo possível os impostos; o interesse secundário, aí, não coincidiria com o interesse público, que exige não se tribute além de certa medida e se paguem salários capazes de garantir a eficácia do serviço público.<sup>64</sup> Refere, assim, que o interesse do aparato estatal só pode ser perseguido se coincidir com o interesse público.<sup>65</sup>

Desse modo, vê-se que o sentido original da distinção se refere à separação entre o interesse da coletividade e o interesse do aparato estatal.<sup>66</sup> Nesse sentido, vale perceber que, em sua formulação original, a distinção não está a sugerir que existam duas espécies de interesse público – o primário (da coletividade) e o secundário (do ente estatal); antes, está a afirmar que público é tão-somente o interesse da coletividade, ocupando o interesse do aparato estatal a mesma condição ostentada pelo interesse do particular (a de interesse secundário).<sup>67</sup> Ao invés de se tratarem de duas espécies de interesses do mesmo gênero, estar-se-ia diante de dois gêneros distintos de interesses; no lugar de contrapor *interesse público primário* a *interesse público secundário*, poder-se-ia falar simplesmente em *interesse público* e *interesse secundário*. Malgrado seja essa a raiz da distinção, parte expressiva da doutrina nacional tem qualificado como público o interesse secundário do aparato estatal, vindo a falar, então, em interesse público primário e em interesse público secundário, como se esta fosse a

<sup>63</sup> PICCARDI *apud* ALESSI, p. 185.

<sup>64</sup> ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. 2 vol. p. 114, vol. 1. p. 185, nota 4. Celso Antônio Bandeira de Mello elenca, também a título exemplificativo da possibilidade de contraposição entre o interesse secundário da Administração e o interesse público, as hipóteses de o Estado negar possuir responsabilidade patrimonial por atos lesivos a terceiros, mesmo que os haja causado, e de pagar valor ínfimo nas desapropriações, desobedecendo ao comando constitucional que dita o dever de se pagar uma indenização justa. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67.)

<sup>65</sup> ALESSI, *op. cit.* p. 185.

<sup>66</sup> Diogo Freitas do Amaral e Rogério Ehrardt Soares, na doutrina portuguesa, propõem um significado diferente para essa distinção. Segundo esses autores, interesse público primário é aquele cuja definição e realização incumbe aos órgãos estatais que exercem as funções política e legislativa, enquanto o interesse público secundário é aquele delineado pelo legislador e cuja realização concreta incumbe à Administração Pública, no exercício da função administrativa. (AMARAL *apud* HACHEM, p. 158; e SOARES *apud* HACHEM, p. 158).

<sup>67</sup> Nesse sentido, Cirne Lima menciona a concepção, então corrente, de que o Fisco seria a personificação dos interesses privados do Estado (LIMA, Ruy Cirne. **Direito administrativo e direito privado**: ato administrativo e ato jurídico privado: domínio público e propriedade privada. Porto Alegre: [S.N.], 1950). Ver, ainda: ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 238.

formulação original feita pela doutrina italiana.<sup>68</sup> A mudança de nomenclatura, além de se afastar da origem teórica, carrega forte carga argumentativa em favor do interesse estatal; afinal, ao se qualificar um interesse como público num meio doutrinário que convive com a ideia de um princípio de supremacia do interesse público, esse interesse como que adquire um *status superior*.

De qualquer modo, independentemente da nomenclatura adotada, reconhece-se que o interesse do aparato administrativo e o interesse público não se confundem, apontando-se que interesse "público" primário é o interesse da coletividade e não o interesse das pessoas jurídicas de Direito Público. Pode-se afirmar, nessa linha, que, como nem todo interesse titularizado pelo Estado constitui um interesse público, não é a titularidade do interesse que define, por si só, a sua natureza (pública ou privada).<sup>69</sup> Nessa mesma senda se há de apontar também que o interesse da pessoa física do agente público tampouco se confunde com o interesse público: os seus interesses privados não perdem essa qualidade pelo fato de exercer determinada função pública.<sup>70</sup>

### **2.3 Interesse público: nem o interesse da maioria nem o interesse da sociedade abstratamente considerados – a raiz no direito positivo**

Havendo-se reconhecido que o interesse público corresponde ao interesse da coletividade, não se confundindo com o interesse do aparato estatal ou com o interesse particular do agente público, importa perquirir no que consiste, afinal, dito interesse da coletividade – a que se costuma denominar de interesse público primário. Nesse sentido, constitui também ponto importante da controvérsia definir se o interesse público pode ser identificado no interesse da maioria dos membros de uma dada sociedade ou num interesse

<sup>68</sup> Dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii; BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf). Acesso em: 20/05/12.

<sup>69</sup> BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116. p. 92.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999. p. 119. Refere ilustrativamente o autor, aí, que não se poderia cogitar da criação de um regime especial de tributação sobre os bens de agentes públicos, já que se estaria diante de um interesse particular do agente público.

autônomo da própria sociedade, ambos considerados abstratamente, sem referência ao direito positivo.

Assim, primeiramente, pode-se associar o interesse público ao resultado da soma dos interesses privados. Procede-se, aqui, mediante uma “avaliação aritmética”<sup>71</sup> dos interesses particulares, a fim de verificar quais, dentre eles, são os predominantes; a estes se atribui, por conseguinte, a qualificação de *interesse público*. Esta parece ser a posição de Héctor Jorge Escolla, ao sustentar que o interesse público não possui uma entidade ontológica distinta do interesse particular, residindo a diferença entre ambos unicamente no fato de que o interesse público se refere ao número majoritário de interesses individuais coincidentes, ao passo que o interesse particular cinge-se ao de uma só pessoa.<sup>72</sup> De acordo com tal concepção, portanto, o interesse da maioria dos indivíduos, independentemente de sua natureza, será o interesse público, pois a diferença entre ambos é quantitativa - e não qualitativa.

Uma variante da teoria acima esposada entende que o interesse público corresponde à soma de uma determinada classe de interesses individuais.<sup>73</sup> Distinguem-se, nesse sentido, ao menos duas espécies de interesses particulares.<sup>74</sup> De um lado, encontram-se interesses atinentes às preferências de cada um em sua vida particular, ou seja, interesses essencialmente individuais, que não poderão transformar-se, ainda que compartilhados por uma grande quantidade de indivíduos, em públicos. De outro lado, encontram-se os interesses que o indivíduo possui enquanto membro da sociedade, os quais, por possuírem uma dimensão pública, podem dar origem ao surgimento de um interesse público, se compartilhados pela maioria de uma coletividade. Essa concepção é seguida por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”<sup>75</sup>

Ocorre que as concepções que vinculam o interesse público ao interesse da maioria dos indivíduos – de que são exemplo as duas variantes acima brevemente expostas – têm sido

<sup>71</sup> A expressão é utilizada por JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999. p. 119.

<sup>72</sup> ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 242.

<sup>73</sup> A abordagem de tais teorias aqui realizada segue a elaborada em JUSTEN FILHO, *op. cit.*; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 122-134.

<sup>74</sup> Utilizam-se aqui os termos *individual*, *particular* e *privado* como sinônimos.

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 62.

alvo de severas críticas. Tem-se argumentado, primeiramente, que, numa sociedade multifacetada, marcada pela heterogeneidade, não é possível identificar um conjunto suficientemente coeso de interesses particulares em que se possa reconhecer a condição de *interesse da maioria*.<sup>76</sup> Só se poderia, por consequência, falar em *interesses públicos* (no plural) e não em *interesse público* (no singular), conforme lição de Cassesse, seguida por Odete Medauar e Alice Gonzalez Borges.<sup>77</sup> Em segundo lugar, a concepção que relaciona o interesse público ao interesse da maioria é criticada sob o argumento de que, num Estado Democrático de Direito, deve-se obediência não só ao interesse da maioria eventual, mas também aos interesses da minoria, conforme constitucionalmente protegidos.<sup>78</sup> Nesse sentido, há de se reconhecer, por exemplo, que configura interesse público a proteção a minorias étnicas ou raciais, concluindo-se, nesse caso, que o interesse da maioria de discriminar a minoria não constitui interesse público.

Vistas a formulação da primeira concepção abstrata de interesse público e as críticas levantadas à sua aceitação, enfoque-se a concepção que associa o interesse público ao interesse – não da maioria dos indivíduos – mas da própria sociedade. Tal corrente doutrinária parte do pressuposto filosófico de que o todo é diferente do produto da soma de suas partes e da premissa sociológica de que a sociedade é um sujeito distinto dos indivíduos que a compõem<sup>79</sup>. Com fulcro em tais premissas, vislumbra-se um interesse próprio da sociedade, que pode se desvincular dos interesses que os particulares detêm.<sup>80</sup>

Por certo também essa concepção se sujeita a severas críticas. Nessa senda, aponta-se a possibilidade de surgir um interesse público desvinculado de qualquer interesse individual concreto, cuja identificação seria naturalmente realizada pelo Estado, tradicionalmente tido como guardião do interesse público.<sup>81</sup> O risco daí oriundo está no poder excessivo atribuído ao Estado, que poderia qualificar um interesse como público sem qualquer respaldo no real interesse dos indivíduos, favorecendo a adoção de práticas autoritárias ou totalitárias. Quicá com essa preocupação em mente Celso Antônio Bandeira de Mello tenha sustentado que o interesse público não é de forma alguma “constituído autonomamente, dissociado dos

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999. p. 121.

<sup>77</sup> CASSESSE apud JUSTEN FILHO, p. 121. Também Odete Medauar refere 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”. (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P. 181-182).

<sup>78</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 122.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>80</sup> Parece ser a posição sustentada por João Carlos Vieira de Andrade, que se refere ao interesse público como uma "grandeza autônoma". (ANDRADE apud BAPTISTA, p. 208.)

<sup>81</sup> JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 122.

interesses das partes”<sup>82</sup>, como também defendido por Jean Rivero, para quem o interesse público "não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles".<sup>83</sup>

Tendo em vista a dificuldade de se aceitar tanto uma quanto outra alternativa, Marçal Justen Filho afirma que o conceito de interesse público não pode ser definido em abstrato, sem referência ao ordenamento jurídico. O interesse público, nessa linha, não poderia ser tido como pressuposto da decisão, mas como seu resultado, conforme se depreende da seguinte passagem:

“Então, somente é possível aludir a interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse interesse público, e sim porque compatível com os direitos fundamentais.”<sup>84</sup>

Semelhante tese é defendida por Gustavo Binbenbojm, segundo o qual o interesse público não se configura em abstrato; ele corresponde ao disposto na Constituição e, quando esta não resolver um conflito entre interesses individuais e interesses gerais da coletividade, há de se ponderá-los. O que se denomina interesse público, nesse caso, é "o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.”<sup>85</sup>

A tese de que inexistente um interesse público fora do direito positivo e, em certos casos, antes da aplicação do direito, defendida por Justen Filho e Binbenbojm, – que refutam, adiante-se, a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular – é em parte compartilhada por defensores do mencionado princípio. Assim, Bandeira de Mello defende que o interesse público consiste na parcela coincidente dos interesses dos indivíduos enquanto membros da coletividade; aí residiria a *estrutura* do conceito<sup>86</sup>. Diverge aí, pois, de Marçal Justen Filho, o qual rejeita, como visto, a utilização de um critério majoritário para a

<sup>82</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 61.

<sup>83</sup>RIVERO *apud* BACCELAR FILHO, p. 92.

<sup>84</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 133.

<sup>85</sup>BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 86.

<sup>86</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190.

identificação do interesse público. Entretanto, o administrativista paulista sustenta que o conteúdo do conceito de interesse público só pode ser encontrado no direito positivo, referindo que: “do ponto de vista jurídico será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.”<sup>87</sup>

Dando desenvolvimento a essa concepção, Romeu Felipe Bacelar Filho sustenta que o interesse público se identifica, em um primeiro momento, com a juridicidade: a sua realização estará garantida quando forem cumpridos os comandos emanados do ordenamento jurídico. Em segundo lugar, a efetivação do interesse público depende, segundo o autor, da observância da legalidade, já que o conteúdo de interesse público deve ser encontrado nas leis que compõem o direito positivo.<sup>88</sup>

Nesse aspecto, portanto, há uma aproximação com as ideias defendidas por Marçal Justen Filho e Gustavo Binbenjato. No cotejo com a posição dos referidos autores, cabe salientar, ainda, que nem Bandeira de Mello nem Bacelar Filho afirmam - como fazem Justen Filho e Binbenjato - que o interesse público é produto da aplicação do direito. Para eles, o conteúdo do interesse público está no direito positivo, de modo que pode, sim, servir de pressuposto para a aplicação do direito.

Nesse sentido, indicam-se etapas para a determinação do conteúdo do conceito de interesse público. Um interesse seria qualificado como público, num primeiro momento, pela Constituição Federal; num segundo momento, em atenção aos ditames constitucionais, essa qualificação seria feita pelas leis; num terceiro momento, por fim, caberia à Administração Pública fazê-lo, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhe haja conferido.<sup>89</sup> A identificação dessas etapas, na doutrina italiana, é feita por Franco Bassi, o qual entende que a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa; uma escolha que é realizada em sede constitucional, legislativa ou regulamentar, desde que seja efetuada por um órgão investido de poder normativo pelo ordenamento jurídico, no rigoroso respeito da sua competência.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189-190. p. 191.

<sup>88</sup> BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116. p. 95.

<sup>89</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 190.

<sup>90</sup> BASSI *apud* HACHEM, p. 166. No direito espanhol, idêntico raciocínio é desenvolvido em MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interes público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88. p. 75.

Desta feita, vê-se que, embora mereçam relevo as diferenças entre concepções adotadas pelos diversos autores citados, há um elemento comum entre elas, a reclamar igual destaque, qual seja: a necessidade de o interesse público ser identificado em atenção ao disposto no direito positivo. Fosse se proceder de outra forma – relacionando-se o conceito ao interesse abstrato da maioria ou a um interesse autônomo da própria sociedade – além dos inconvenientes já descritos, surgiria a preocupação, aí sim, a respeito da impossibilidade de se determinar, de modo intersubjetivamente controlável, o conteúdo que tal conceito encamparia. Tal conclusão indica a necessidade de se atrelar o conceito jurídico de interesse público não a uma noção abstrata de interesse da maioria ou de interesse da sociedade, mas de lhe atribuir os contornos definidos pelo próprio direito positivo. Ao se proceder dessa forma, evita-se, por exemplo, que em nome do interesse da maioria se venha a oprimir uma minoria racial, já que esta possui proteção constitucional. Por outro lado, não se afasta completamente da noção de interesse público a influência do interesse da maioria<sup>91</sup>, porquanto ela pode vir a ter seu interesse consagrado juridicamente por meio da participação no processo político<sup>92</sup>.

A proposta de se vislumbrar os contornos jurídicos da noção de interesse público no direito positivo não tem o condão, é certo, de resolver a controvérsia em torno do conceito, apontando precisa e indubitavelmente o seu significado.<sup>93</sup> Entretanto, o critério serve para delimitar o objeto de estudo, restringindo o que se possa entender por interesse público tendo em vista os argumentos já expendidos; conta, ainda, com uma vantagem adicional para análise do tema posto: é defendido tanto por alguns dos principais críticos do debatido princípio quanto por alguns de seus mais destacados defensores. Desse modo, a análise a ser feita sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular atrelará o conceito de interesse público ao direito positivo – e não ao interesse abstrato de uma maioria ou da sociedade em si mesma considerada.

## 2.4 Interesse público em sentido amplo e em sentido estrito

<sup>91</sup> Ou “de determinadas maiorias”, aceitando-se, aí, o argumento de que uma única maioria, em diversas hipóteses, não pode ser identificada numa sociedade heterogênea e multifacetada.

<sup>92</sup> Afinal, conforme Sáinz Moreno, é por meio de “procedimentos jurídico-democráticos, em um debate público”, que o interesse público é definido. (SÁINZ MORENO *apud* HACHEM, p. 167).

<sup>93</sup> Nesse sentido a crítica de Guillermo Andrés Muñoz: “Ahora, si nosotros vamos a nuestros ordenamientos jurídicos, a cualquier Constitución, aparece definido el contenido del interés público? Las constituciones no hablan del contenido del interes público, pueden referirse a que en tal caso estará comprometido el interes público, pero no dicen qué es el interes público, cuál es su contenido y cuál es su alcance, a lo sumo aluden, hacen un mención.” (MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interes público es como el amor. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-32. p. 25).

Indicar que o conteúdo do conceito de interesse público deve ser buscado no direito positivo, conquanto auxilie na delimitação de seu significado, permite que se encampe, sob a noção de interesse público, tanto interesses de ordem individual albergados pelo ordenamento jurídico quanto interesses de ordem coletiva também por ele tutelados. Desse modo, impende se distinga a hipótese mais ampla - de formulação mais recente e de emprego escasso - em que se considera interesse público também a proteção de um direito individual daquela, mais restrita - de formulação mais antiga e de emprego corrente -, em que o interesse público corresponde à proteção de somente interesses de ordem coletiva tutelados pelo Direito, não abrangendo os de ordem individual. Para tanto, passa-se a falar em interesse público em sentido amplo (interesses albergados pelo direito positivo, sejam eles de ordem individual ou coletiva) e em interesse público em sentido estrito (interesses de ordem coletiva albergados pelo Direito).<sup>94</sup> Examine-se cada qual.

#### **2.4.1 O interesse público em sentido amplo (interesses tutelados pelo direito positivo)**

Identificando-se o conteúdo do conceito de interesse público no direito positivo, é possível indicar um primeiro sentido em que o conceito pode ser tomado: o interesse público como conformidade à legalidade e ao Direito.<sup>95</sup> Reconhece-se, nesse diapasão, que - conforme afirma Hachem - o interesse público inclui não só a proteção a interesses que ostentam titularidade coletiva ou difusa, mas também a tutela de interesses de titularidade individual, desde que estejam albergados pelo ordenamento jurídico.<sup>96</sup>

Primeiramente, é preciso apontar que a noção ampla de interesse público aqui indicada não é tradicionalmente considerada quando da explanação do conteúdo do princípio da supremacia do interesse público. A acepção de interesse público habitualmente tomada pela doutrina não inclui, em seu conteúdo, interesses individuais, mesmo que albergados pelo Direito; ao invés, costuma-se contrapor, de um lado, o interesse da coletividade com, de outro, o interesse do indivíduo. O critério fundamental, portanto, é a titularidade do interesse (do

<sup>94</sup> A distinção entre interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito foi realizada, entre nós, por HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 152-194. Entretanto, o uso proposto pelo autor coincide apenas parcialmente com o aqui sugerido, pois aqui se propõe uma noção distinta de interesse público em sentido estrito.

<sup>95</sup> É a formulação de MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interes público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88. p. 78.

<sup>96</sup> HACHEM, *op. cit.*, p. 179.

indivíduo ou da coletividade). Entretanto, recentemente se tem indicado que o fundamental para a identificação do interesse público não é a titularidade (individual ou coletiva) do interesse, mas a sua consagração pelo ordenamento jurídico.<sup>97</sup>

Nesse sentido, atente-se para a definição proposta por Luis Roberto Barroso, ainda não comentada aqui. Segundo o autor, o interesse público 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>98</sup> Ora, de acordo com essa concepção, encontrando determinado interesse particular (de um único indivíduo) respaldo na "vontade constitucional", a sua proteção traduz o próprio interesse público. Assim, também aqui o essencial é que o interesse esteja em sintonia com o previsto na Constituição e não que seja titularizado por toda a coletividade.

Nesse diapasão, vem-se sustentando doutrinariamente que a proteção dos direitos fundamentais, ainda que de um só indivíduo, configura a promoção do interesse público. Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende que, num Estado Democrático de Direito, marcado pela supremacia da Constituição, a realização do interesse público muitas vezes é obtida pela satisfação de determinados interesses privados, o que ocorre, por exemplo, quando tais interesses estão protegidos por uma cláusula de direito fundamental.<sup>99</sup> Exemplifica o autor com as hipóteses da proteção da integridade física de um detento, da preservação da liberdade de expressão de um jornalista e da promoção da educação primária de uma criança; em todas elas se estaria diante da proteção do interesse público.<sup>100</sup> Também Daniel Sarmento apregoa que a correta inteligência do que seja interesse público indicará, em muitos casos, que ele está na realização do interesse do particular - mormente quando este constitui um direito fundamental.<sup>101</sup> Enterría, por sua vez, é categórico a respeito: "Hoje, o interesse público primário é, justamente, o respeito e serviço dos direitos fundamentais (...)"<sup>102</sup> Mesmo Bandeira de Mello, recentemente, ao que parece em resposta às críticas ao debatido princípio, tem afirmado que "a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na

<sup>97</sup> Parecem ter se posicionado nesse sentido, pelo que já se expôs, Romeu Felipe Bacelar Filho, Gustavo Binenbojm, Maçal Justen Filho e o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello.

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii. p. xvi.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. xiv.

<sup>100</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>101</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 81.

<sup>102</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 782/783.

Constituição, é, também ela, um interesse público."<sup>103</sup> Assim, um princípio de supremacia do interesse público não poderia ser invocado para restringir direitos fundamentais, o que diminuiria em muito a sua utilidade prática. Surge, aí, o problema da (in)dissociabilidade entre interesse público e interesse particular, o que comprometeria a formulação de um princípio que estabelecesse uma relação de supremacia de um sobre o outro. Some-se a isso, ainda, o fato de que, em relação a direitos subjetivos não protegidos por cláusula de direito fundamental, não se fornecem critérios para identificar os casos em que a sua proteção representa a realização do interesse público.<sup>104</sup>

Uma proposta clara de solução a esse problema foi fornecida por Daniel Hachem, em desenvolvimento às reflexões de doutrinadores que lhe antecederam. O autor se vale, primeiramente, da distinção entre interesses e direitos proposta por François Ost.<sup>105</sup> Em síntese, o autor francês compreende o fenômeno jurídico como uma relação de incontáveis interesses, os quais se situariam em quadro camadas distintas: direitos subjetivos, interesses legítimos, interesses puros e simples e interesses ilícitos. Os dois primeiros representariam interesses tutelados pelo Direito, distinguindo-se pelo fato de os direitos subjetivos suscitarem proteção legal direta e imediata, possibilitando que o seu titular exija um comportamento de outrem, ao passo que os interesses legítimos conferem apenas uma proteção indireta. Por outro lado, os dois últimos não são amparados pelo Direito; a distinção entre eles, por sua vez, está em que, enquanto a realização dos interesses puros e simples não é protegida nem proibida pelo ordenamento jurídico, a persecução dos interesses ilícitos é juridicamente proibida.<sup>106</sup>

Com base nessa distinção, Hachem afirma que a acepção ampla de interesse público inclui os interesses individuais que consubstanciem direitos subjetivos (sejam eles direitos fundamentais ou não) ou interesses legítimos, mas não os interesses puros e simples e os interesses ilícitos. Esses últimos seriam tidos como interesses particulares, em contraposição ao interesse público. Assim, interesse público passaria a ser aquele tutelado pelo Direito, ao passo que o interesse particular passaria a ser aquele não-tutelado pelo Direito.<sup>107</sup> Supera-se,

<sup>103</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 69.

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii. p. xv.

<sup>105</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 172 *et. seq.*

<sup>106</sup> OST *apud* HACHEM, p. 177.

<sup>107</sup> HACHEM, *op. cit.*, p. 180/181.

assim, o problema da indissociabilidade entre o conceito de interesse público em sentido amplo e o de interesse particular, ainda que se possa dar origem a outros, como se verá oportunamente.

Exposta a acepção ampla de interesse público desenvolvida por Hachem, deve-se salientar que ele a utiliza para conferir novo significado ao princípio da supremacia do interesse público. Enquanto o alargamento do conceito de interesse público é feito por outros autores num contexto de crítica ao referido princípio, Hachem o faz - na linha do próprio Bandeira de Mello, como visto - em sua defesa, juntamente com uma redução do conceito de interesse particular. A concepção de interesse público por ele defendida se aproxima da de outros autores que o vinculam ao direito positivo, mas vai além, apresentando uma resposta clara ao problema da dissociabilidade entre interesse público e interesse particular: aquele é o tutelado juridicamente e, este, o não-tutelado juridicamente. Tal concepção não é, certamente, imune a críticas, sendo ainda pouco empregada entre nós. Todavia, como sintetiza uma proposta alternativa para a defesa do princípio da supremacia do interesse público - referente ao alargamento do conceito de interesse público - também será aqui considerada.

#### **2.4.2 O interesse público em sentido estrito (interesses de ordem coletiva tutelados pelo direito positivo)**

Pode-se tomar, ainda, o conceito de interesse público em acepção mais estrita, qual seja: o interesse público como a tutela de interesses de ordem coletiva que possuam amparo pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, entende-se – diferentemente da acepção ampla de interesse público - que o interesse público não abrange interesses individuais albergados pelo ordenamento jurídico, mas apenas interesses coletivos que gozem, igualmente, de tutela jurídica. Aqui, portanto, o critério utilizado para a definição de interesse público não considera apenas a tutela jurídica conferida a determinado interesse, mas também a sua natureza.

Nesse sentido, importa distinguir - como indica Zavascki - os interesses individuais, de um lado, dos interesses coletivos *lato sensu*, de outro.<sup>108</sup> São diversas as diferenças entre ambos. No que tange ao aspecto subjetivo, os interesses coletivos *lato sensu* possuem titularidade transindividual, enquanto os direitos individuais ostentam, por óbvio, titularidade

---

<sup>108</sup> ZAVAZCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41 *et. seq.*

individual. Em relação ao aspecto objetivo, tem-se que os primeiros são indivisíveis, ao passo que os segundos são divisíveis. Como decorrência dessa natureza, vê-se que os primeiros são insuscetíveis de apropriação individual, enquanto os segundos são suscetíveis de tal apropriação, integrando o patrimônio individual de seu titular.<sup>109</sup>

Isso posto, deve-se gizar também que os próprios interesses coletivos *lato sensu* abrangem espécies distintas de interesses: os interesses difusos e os interesses coletivos *stricto sensu*. A diferença fundamental entre ambos consiste em que os primeiros apresentam uma indeterminação absoluta dos titulares, ao passo que os segundos se caracterizam por uma determinação relativa dos titulares; naquele caso, a ligação entre os titulares decorre de uma circunstância de fato (morar na mesma região, por exemplo); neste, essa ligação decorre de uma relação jurídica base (o Estatuto da OAB, por exemplo).<sup>110</sup> Por isso, o legislador definiu os interesses difusos como os "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"<sup>111</sup> e os interesses coletivos como os "transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".<sup>112</sup> Para fins exemplificativos, ter-se-ia um interesse difuso naquele referente à obtenção de um meio ambiente sadio e um interesse coletivo na pretensão dos advogados de que seja observado a regra que impõe o quinto constitucional.<sup>113</sup>

Desse modo, quando se afirma, aqui, que a acepção estrita de interesse público abrange os interesses de ordem coletiva tutelados pelo Direito, está-se aludindo aos interesses coletivos *lato sensu*, que abrangem tanto os interesses difusos quanto os interesses coletivos *stricto sensu*. Essa concepção de interesse público, por não incluir interesses individuais que recebem tutela jurídica, permite que se contraponham interesses igualmente tutelados pelo direito (coletivos e individuais), possibilitando examine-se a existência de uma eventual relação de supremacia entre ambos.

---

<sup>109</sup> ZAVAZCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44/45.

<sup>110</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>111</sup> Art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 09/10/2012.)

<sup>112</sup> Art. 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 09/10/2012.)

<sup>113</sup> ZAVAZCKI, *op. cit.*, p. 45.

Importa salientar que tal concepção de interesse público se aproxima da noção de “bem coletivo”, conforme desenvolvida por Robert Alexy, cujas lições, nesse ponto, não têm sido (ao menos não expressamente) consideradas pela doutrina pátria.<sup>114</sup>

O referido autor, ao abordar a relação entre bens coletivos e direitos individuais, detém-se na análise do conceito de cada qual, vislumbrando, no primeiro, dois elementos essenciais: a não-distributividade do bem e a sua tutela pelo ordenamento jurídico.<sup>115</sup> Em primeiro lugar, considera-se não-distributivo um bem se “conceitual, fática ou juridicamente é impossível decompô-lo em partes e associá-lo aos indivíduos como partes.”<sup>116</sup> A segurança externa é elencada, por isso, como um exemplo de bem não-distributivo, pois ninguém pode ser excluído de seu aproveitamento e o seu aproveitamento por um indivíduo não prejudica o gozo por outro. Todavia, essa característica não basta, segundo Alexy, para que um bem seja considerado coletivo; é preciso também que ele seja tutelado pelo ordenamento jurídico, isto é, que haja norma ordenando a sua proteção. Nas palavras do autor: “X é para o sistema S um bem coletivo quando X é não distributivo e a produção ou manutenção de X é ordenada por S *prima facie* ou definitivamente”.<sup>117</sup>

Note-se que ambos os elementos propostos pelo autor são considerados na acepção estrita de interesse público ora proposta. De um lado, a tutela pelo ordenamento jurídico; de outro, a natureza coletiva (associada à não-distributividade) do interesse. É curioso notar também que o festejado autor, após definir o conceito de bem coletivo, refere que o fato de um bem ser coletivo não significa que todos os aprovelem faticamente, pois essa fundamentação – que denomina de teórico-consensual – não integra propriamente o conceito; para que um bem seja coletivo, basta a sua não-distributividade e a existência de uma norma jurídica que o proteja.<sup>118</sup> Essa ressalva do autor coaduna com a refutação, já exposta, de concepções que buscam identificar o interesse público fora do ordenamento jurídico, como o interesse de uma maioria abstrata ou da sociedade em si mesma considerada. Assim, a acepção estrita de interesse público ora proposta se aproxima do conceito de bem coletivo delineado por Alexy.

Tal concepção, reitera-se, permite se venha a contrapor interesses igualmente tutelados pelo Direito (individuais e coletivos), a fim de que se venha a saber se os segundos possuem supremacia sobre os primeiros; é ela, realce-se, a acepção de interesse público mais

<sup>114</sup> ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 181 *et seq.*

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>116</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 183.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 183/184.

comumente empregada na definição do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

## 2.5 Interesse público e bem comum

Por derradeiro, cabe indicar que a noção de interesse público aqui exposta não se confunde com a noção de bem comum.

Embora não se possa, pelos limites do trabalho, investigar detidamente o tema, ressalte-se que se costuma associar a noção de bem comum, na tradição da doutrina social da Igreja (que remonta a Tomás de Aquino e a Aristóteles), ao "conjunto de condições da vida social que permitem, tanto aos grupos, como a cada um dos seus membros, atingir mais plena e facilmente a própria perfeição"<sup>119</sup>. A noção de bem comum, assim, guarda íntima relação com a promoção do desenvolvimento do ser humano, de modo que atingi-lo não pode ser visto como fim em si mesmo, pois se justifica tendo em vista a realização dos fins últimos do ser humano.<sup>120</sup> Atingir tal objetivo exige, naturalmente, não só a proteção de interesses coletivos, mas também a defesa de interesses individuais. Por meio da harmonização dos diversos interesses em jogo é que se realiza o bem comum<sup>121</sup> - e não pela supremacia de um deles. Posto de outro forma: "bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos, não o direcionamento dessa composição em favor do 'interesse público'".<sup>122</sup>

A rigor, no pensamento de Tomás de Aquino, as relações entre o bem comum e os bens particulares sequer se desenvolvem sob uma ótica conflitual; a ideia básica é de que, ao invés de se contrapor à realização do bem individual, a realização do bem comum é com ela coincidente.<sup>123</sup> Daí porque a noção de bem comum não pode ser tida como equivalente à

<sup>119</sup>PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ, **Compêndio da doutrina social da igreja**. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compndio-dott-soc\\_po.html#Significado\\_e\\_principais\\_implicacoes](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compndio-dott-soc_po.html#Significado_e_principais_implicacoes). Acesso em: 10/10/2012.

<sup>120</sup> "O bem comum da sociedade não é um fim isolado em si mesmo; ele tem valor somente em referência à obtenção dos fins últimos da pessoa e ao bem comum universal de toda a criação" (PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ, *op.cit.*)

<sup>121</sup> Nesse sentido, note-se que "para assegurar o bem comum, o governo de cada País tem a tarefa específica de harmonizar com justiça os diversos interesses setoriais. A correta conciliação dos bens particulares de grupos e de indivíduos é uma das funções mais delicadas do poder público." (PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ, *op.cit.*). Em direção semelhante: MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 141-152. p. 148.

<sup>122</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 160.

<sup>123</sup> MERLAND *apud* HACHEM, p. 79.

noção de interesse público, que se oporia ao interesse particular, como se se estivesse a tratar de um princípio da supremacia do bem comum sobre os bens/interesses particulares. Acerca desse aspecto, contudo, se voltará a tratar na segunda parte deste estudo.

### **3 Surgimento e desenvolvimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro**

Delineadas algumas considerações sobre as noções de interesse público e de princípio jurídico, é chegado o momento de tratar especificamente do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, cuja análise, afinal, é o objeto deste trabalho. Antes de passar às considerações críticas tecidas ao debatido princípio, parece necessário indicar a sua origem e o seu desenvolvimento no direito brasileiro. Não se pretende examinar a compatibilidade de tal concepção com a tradição administrativista pátria tampouco prescrutar em detalhe os seus antecedentes teóricos<sup>124</sup>, mas apenas referir em que termos foi formulada, em que direção se desenvolveu e em que ponto hoje se encontra, para, a partir daí, analisá-la criticamente.

#### **3.1 A formulação inicial de Celso Antônio Bandeira de Mello**

A expressão "supremacia do interesse público", a toda evidência, surgiu entre nós em 1967, pela obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor, em artigo intitulado "O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico", cunhou o termo, indicando, já então, que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao lado do princípio da indisponibilidade do interesse público, seriam os dois alicerces estruturantes do regime jurídico-administrativo. Ambos os princípios desempenhariam, segundo o autor, uma função "explicadora e aglutinadora mais eficiente do que as noções de serviço público, 'puissance publique' ou utilidade pública"<sup>125</sup>. Em seguida, o autor conceitua

---

<sup>124</sup> Para uma ampla análise a respeito: NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

<sup>125</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 89, p. 8-33, 1967. p. 11.

o mencionado princípio - e o conceito ainda se mantém em publicações recentes<sup>126</sup> - como um:

"verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados."<sup>127</sup>

Desse princípio o autor extrai duas importantes consequências jurídicas: a) a posição privilegiada que ostentam os entes incumbidos de tutelar os interesses públicos; e b) a posição de supremacia desfrutada pelos órgãos públicos nas relações travadas com os particulares.<sup>128</sup> Dessa posição privilegiada (a) decorreriam certos benefícios que a ordem jurídica confere ao ente público, como a presunção de veracidade e legitimidade de seus atos e os prazos maiores para intervenção no processo judicial.<sup>129</sup> A posição de supremacia (b), por sua banda, significaria que o Poder Público se encontra "em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares", do que decorreria a possibilidade de a Administração Pública modificar unilateralmente relações já estabelecidas e de exercer o poder de polícia.<sup>130</sup> Da conjugação de ambos, ainda, resultariam outras prerrogativas estatais, como a autotutela e a exigibilidade dos atos administrativos.<sup>131</sup> Entretanto, vale gizar a ressalva feita pelo autor, no sentido de que tais prerrogativas estatais só poderiam ser exercidas em conformidade com o sistema normativo, segundo os limites e condições por ele impostos, respeitando-se os direitos adquiridos e as finalidades subjacentes às normas que os protegem.<sup>132</sup>

O autor descreve também o princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual deduzia, à época, os princípios da legalidade, do controle administrativo ou da tutela, da igualdade dos administrados perante a Administração Pública, dentre outros desdobramentos que representam freios à atividade administrativa. Desse modo, dito princípio atuaria como um contrapeso ao princípio da supremacia do interesse público: enquanto este confere prerrogativas especiais à Administração Pública, aquele lhe impõe um feixe de sujeições.<sup>133</sup>

<sup>126</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 70.

<sup>127</sup> *Idem*. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 89, p. 8-33, 1967. p. 12.

<sup>128</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>129</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 12/13.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 13/14.

<sup>132</sup> *Ibidem*, loc. cit..

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 14 et seq.

Essa, em síntese, é a exposição inicial realizada por Bandeira de Mello, a partir da qual a noção de supremacia do interesse público como princípio estruturante do Direito Administrativo foi desenvolvida pelo próprio autor e por outros doutrinadores pátrios. É de se notar, contudo, antes de se passar ao desenvolvimento da formulação de Bandeira de Mello, que a ideia de um primado do público sobre o privado é bem anterior à sua obra; não se pode ignorar, nesse sentido, que a relação entre indivíduo e coletividade ou entre indivíduo e Estado é dos temas mais centrais na filosofia política.<sup>134</sup> Mesmo no Direito Administrativo pátrio já se veem menções nesse sentido antes da alusão feita pelo administrativista paulista. Assim, por exemplo, Themístocles Brandão Cavalcanti afirmava, em 1936, que a finalidade do Estado era a de "zelar, não só pelo interesse individual, mas principalmente pelos interesses colectivos, que se sobrepõem a todos os demais."<sup>135</sup> Caio Tácito, por sua banda, ao definir o poder de polícia, em 1952, procura justificá-lo tendo em vista a promoção do interesse público, indicando que "é da própria essência constitucional das garantias do indivíduo a supremacia dos interesses da colectividade".<sup>136</sup> Nesse mesmo período, entretanto, diversos outros autores referiam a necessidade de submissão do Estado à legalidade, não concebendo como fundamento de sua atuação uma suposta superioridade do interesse público.<sup>137</sup> Desse modo, embora o princípio em debate tenha sido proposto por Bandeira de Mello - e a expressão "supremacia do interesse público sobre o particular" haja sido por ele cunhada -, não se pode ignorar a existência de antecedentes teóricos importantes referentes ao tema. Feita essa ressalva, examine-se o desenvolvimento da tese na doutrina brasileira.

### 3.2 O desenvolvimento da tese e a acolhida pela doutrina brasileira

Em 1968, Bandeira de Mello publica sua tese de livre-docência, intitulada "Natureza e regime jurídico das autarquias", a qual foi seguida, em 1980, pela obra "Elementos de Direito Administrativo", que daria origem, posteriormente, ao seu renomado "Curso de Direito

<sup>134</sup> Para uma síntese do tema, abordando tanto concepções que propugnam o primado do público sobre o privado quanto concepções que pregam o primado do privado sobre o público, ver: BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 20-27.

<sup>135</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandao. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. [Rio de Janeiro]: Freitas Bastos, 1936. p. 204.

<sup>136</sup> TÁCITO, Caio. O poder de policia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.27, p.1-11, 1952. p.8

<sup>137</sup> É o que indica Nequete, ressaltando que esse posicionamento seria mais condizente com os fundamentos históricos do Direito Administrativo brasileiro. (NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 182-196).

Administrativo". Ambos os trabalhos mencionados trataram do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, reproduzindo o que já fora exposto até então e não introduzindo, assim, novas considerações a respeito.<sup>138</sup>

Tais considerações vieram à lume quando da publicação da segunda edição de "Elementos de Direito Administrativo", em 1990. Nessa oportunidade, o autor acrescenta diversas observações importantes a respeito. Primeiro, a de que a existência do referido princípio não autoriza a Administração Pública a exercer suas prerrogativas com "a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos"<sup>139</sup>, já que a Administração Pública exerce função e os poderes que lhe são concedidos, por isso, na verdade constituem "deveres-poderes". Por conseguinte, o exercício das prerrogativas públicas só se justifica "quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos".<sup>140</sup>

A segunda observação formulada então é no sentido de distinguir o interesse público primário (interesse da coletividade) do interesse secundário do Estado (interesse das pessoas jurídicas de Direito Público). Como já visto quando abordada essa distinção, os interesses secundários do Estado podem colidir com o interesse público primário, o que leva o autor a afirmar que eles só podem ser perseguidos quando condizentes com o interesse primário.<sup>141</sup>

Como consequência de ambas as observações, o autor defende que as prerrogativas oriundas do aludido princípio só podem ser empregadas para a satisfação de interesses públicos, e nunca para satisfazer interesses unicamente do ente estatal ou dos agentes governamentais.<sup>142</sup> Vê-se aí, portanto, uma limitação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Outra limitação que se poderia indicar ter sido aí traçada pelo autor é a ressalva no sentido de que tal princípio, do ponto de vista jurídico, só possui "a extensão e a compostura" que a ordem jurídica lhe haja atribuído na Constituição e nas leis. Por isso, seria descabido invocá-lo abstratamente, ou - o que seria ainda pior - contra a Constituição e as leis. Somente tendo em vista o que dispõe o direito positivo é que o princípio pode ser compreendido e invocado.<sup>143</sup>

Por derradeiro, o autor sustenta que o mencionado princípio é ínsito a qualquer sociedade, traduzindo a própria condição de sua existência. Afirma que, por isso, ele não se

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 292-318; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1980. p. 3-34.

<sup>139</sup> *Idem*. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 23.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>142</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 52.

encontra radicado em dispositivo específico algum da Constituição Federal, embora alguns deles sejam sua manifestação concreta (a função social da propriedade, o instituto da desapropriação, a defesa do consumidor e do meio ambiente, por exemplo).<sup>144</sup>

Expostos esses desenvolvimentos da tese inicial, Bandeira de Mello acrescentou novos elementos à análise somente em 2000, em seu "Curso de Direito Administrativo". O principal acréscimo aí realizado constitui a formulação de um conceito de interesse público, que consistiria no "interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem."<sup>145</sup> Esclarece-se, assim, que o interesse público não se encontra desvinculado do interesse dos indivíduos, bem como que não se confunde - retomando-se novamente a distinção entre interesse primário e secundário - com o interesse do Estado.

Considerando o desenvolvimento da tese de Bandeira de Mello, mostra-se útil elaborar uma descrição sintética do princípio da supremacia do interesse público. Assim, no que tange ao seu conteúdo, dito princípio estabeleceria a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse particular, bem como sobre os interesses secundários do ente estatal que não sejam coincidentes com o da coletividade. Essa prevalência, contudo, se daria conforme os limites traçados pelo ordenamento jurídico; o princípio não poderia, assim, ser invocado abstratamente ou de modo a contrariar o disposto na Constituição e nas leis. Como decorrência desse princípio, os órgãos encarregados de zelar pelo interesse público ostentariam uma posição de supremacia na relação com os particulares, que fundamentaria as prerrogativas estatais.

A sua aplicação deve respeitar, contudo, o feixe de sujeições que o princípio da indisponibilidade do interesse público impõe à Administração Pública, as quais se traduzem nos seguintes princípios: da legalidade (da qual decorreriam os princípios da finalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da motivação e da responsabilidade do Estado), da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública, do controle administrativo ou tutela, da isonomia, da publicidade, da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, do controle jurisdicional dos atos administrativos.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 51.

<sup>145</sup> *Idem*. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000., p. 59.

<sup>146</sup> *Idem*. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 77. Ademais, também interpretando as sujeições decorrentes do princípio da indisponibilidade do interesse público como limites à aplicação do princípio da supremacia do interesse público: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67/68.

No que tange ao fundamento de validade de tal princípio, por ele ser ínsito a qualquer sociedade, não possuiria fundamento em algum dispositivo constitucional específico, embora alguns deles traduzam sua manifestação concreta (institutos da desapropriação e da requisição, por exemplo).

Por fim, seria norma de elevado grau de relevância no sistema, pois, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, formaria os alicerces do regime jurídico-administrativo.

A proposta de Bandeira de Mello, assim sumariamente descrita, recebeu ampla acolhida pela doutrina pátria. Diogenes Gasparini, por exemplo, sustenta a existência do referido princípio, destacando que, na colisão entre o interesse público e o particular, deve prevalecer o primeiro. Ressalta, contudo, que isso não significa completo desrespeito ao interesse privado, que se encontra amparado pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).<sup>147</sup>

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, também defende a existência de tal princípio. Sustenta, nesse passo, ser em virtude dele que o ordenamento jurídico atribui ao Estado determinados instrumentos jurídicos que não são concedidos aos particulares. Aponta, contudo, que tais instrumentos se justificam somente se forem indispensáveis ao atendimento de fins coletivos.<sup>148</sup>

Também Maria Sylvia Di Pietro postula a existência de tal princípio. Segundo a autora, o princípio é de certo modo fruto de uma evolução histórica. Superado o individualismo exacerbado, que via o homem como fim único do direito e atribuía ao Estado uma posição unicamente passiva, hoje se confere ao Estado o papel de atuar no âmbito privado e o Direito, nesse contexto, passou a ser visto como meio para a consecução da justiça social, do bem-estar coletivo. Em suma, ter-se-iam os interesses públicos, atualmente, como superiores aos individuais. Assim, fala-se na supremacia do interesse público como um autêntico princípio do Direito Administrativo, responsável por inspirar o legislador e vincular o administrador na sua atuação.<sup>149</sup>

Os autores citados apenas exemplificam a ampla adesão da doutrina pátria à tese de Bandeira de Mello, podendo-se mesmo afirmar que a maior parte da doutrina a encampou. Há, contudo, exceções, que igualmente merecem relevo. É o caso, por exemplo, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que, na primeira publicação do seu Curso de Direito

---

<sup>147</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 2.ed.rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 14/15.

<sup>148</sup> BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 30.

<sup>149</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64-67.

Administrativo, que remonta a 1970/1971, não faz qualquer referência ao debatido princípio.<sup>150</sup> Em edição recente da mesma obra, o autor chega, inclusive, a defender a inexistência de tal princípio, sob o argumento de que, no Estado Democrático de Direito, não se pode conceber uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados, em que os primeiros estariam num patamar superior.<sup>151</sup>

A reflexão do autor conduz ao momento seguinte deste estudo, correspondente a identificar o movimento doutrinário de crítica ao mencionado princípio, indicando-se, em seguida, os termos em que hoje se situa o tema.

### 3.3 A crítica e o panorama atual

A crítica inaugural ao referido princípio adveio do trabalho pioneiro de Humberto Ávila, publicado em 1998<sup>152</sup>. Nele, o autor analisa minuciosamente o tema, concluindo que o dito princípio não configuraria, na verdade, nem um princípio jurídico - seja sob o aspecto conceitual seja sob o aspecto normativo - nem um postulado explicativo do Direito Administrativo. Conclui, assim, que tal princípio simplesmente não existe.<sup>153</sup>

A instigante reflexão de Ávila logo suscitou resposta, por parte de Fábio Medina Osório, em artigo publicado em 1999.<sup>154</sup> O autor pretende refutar, aí, os argumentos expendidos por Ávila, sustentando que tal princípio subsiste no ordenamento jurídico pátrio. Aduz, nesse sentido, que ele constituiria um princípio constitucional implícito, manifestando-se em três diferentes planos: a) como direção finalística da Administração Pública; b) como fundamento constitucional de normas que outorgam privilégios à Administração Pública; e c) como fundamento para ações administrativas restritivas de direitos individuais.<sup>155</sup> Pelo impacto que tiveram no debate, adiante-se, esses planos serão examinados individualmente na segunda parte deste trabalho.

Ainda em 1999, Marçal Justen Filho publica estudo a respeito, no qual propõe uma releitura do conceito de interesse público, relacionando-o aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, mas não chega a refutar a existência do mencionado

<sup>150</sup> MOREIRA NETO *apud* NEQUETE, p. 181.

<sup>151</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

<sup>152</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 177/178.

<sup>154</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 47.

princípio.<sup>156</sup> Essa posição intermediária do autor, contudo, foi em parte por ele mesmo abandonada em escritos posteriores<sup>157</sup>, em que passa a advogar a inexistência de tal princípio.

Após essas publicações iniciais, instalou-se genuína polêmica na doutrina nacional, que passou a debater intensamente o tema.

De um lado, sobrevieram trabalhos pugnando, na linha de Ávila, pela desconstrução do referido princípio. É o caso, por exemplo, da obra coletiva organizada por Daniel Sarmiento, que tem influenciado significativamente o debate, contando com artigos publicados por ele próprio, por Alexandre Aragão, Paulo Schier e Gustavo Binенbojm<sup>158</sup>. Este último, em breve desenvolvimento do que ali publicou, veio a lançar suas contribuições também em obra própria.<sup>159</sup> Também nessa linha, ainda, a obra de Patrícia Baptista.<sup>160</sup> Mesmo alguns cursos de Direito Administrativo passaram não somente a excluir o dito princípio do rol dos princípios de Direito Administrativo, mas inclusive a defender a sua desconstrução - é o caso dos já citados trabalhos de Justen Filho e Moreira Neto.

Por outro lado, proliferaram trabalhos advogando, na linha de Osório, a manutenção do debatido princípio. Nessa linha, por exemplo, algumas publicações de Romeu Felipe Bacelar Filho<sup>161</sup>, bem como a de outros administrativistas a ele vinculados, como Daniel Wunder Hachem<sup>162</sup> e Emerson Gabardo.<sup>163</sup> Fora do eixo paranaense, citem-se, a título exemplificativo, os trabalhos de Maria Sylvia Di Pietro<sup>164</sup> e de José dos Santos Carvalho Filho<sup>165</sup>, também em defesa do mencionado princípio. Por fim, cabe notar que a maior parte

<sup>156</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999.

<sup>157</sup> *Idem*. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105-188.

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

<sup>159</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 81-124.

<sup>160</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>161</sup> Por exemplo: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

<sup>162</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>163</sup> GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1). Acesso em: 12/07/2012.

<sup>164</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público - sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

<sup>165</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 83-101, abr./jun. 2011.

dos manuais e cursos de Direito Administrativo continua fazendo referência ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>166</sup>

Outros há, ainda, que não concluem pela inexistência do princípio, mas lhe propõem uma releitura. Parece ser o caso de Luís Roberto Barroso, em prefácio à obra organizada por Daniel Sarmiento<sup>167</sup>, e de Alice Gonzalez Borges<sup>168</sup>. Aqui, o princípio é defendido, mas os seus contornos - em especial, o conceito de interesse público<sup>169</sup> - são rediscutidos, de modo a evitar malversações em seu emprego. Tendo em vista não se propor seja a desconstrução seja a manutenção do mencionado princípio, passa-se a falar na sua reconstrução.<sup>170</sup> Também nessa corrente parece se enquadrar a posição matizada de Juarez Freitas, que menciona a existência de um princípio do interesse público que estabeleça a prevalência da vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada, mas vincula a noção de interesse público aos direitos fundamentais, acrescentando-lhe ainda outras importantes ressalvas.<sup>171</sup>

Em meio à polêmica, parece possível vislumbrar um consenso mínimo, referente aos problemas oriundos da aplicação do referido princípio. Assim, mesmo autores que defendem tal princípio reconhecem que ele não pode ser invocado abstratamente ou contra a Constituição e as leis;<sup>172</sup> que o fato de o conceito de interesse público ser de elevada indeterminação facilita a sua malversação, permitindo que seja invocado para acobertar as razões de Estado ou seus interesses inconfessáveis.<sup>173</sup> Quanto à necessidade de cautela referente à aplicação do princípio, desse modo, há acordo. A divergência surge quando não se reputa suficiente essa cautela, afirmando-se que o princípio, em si, não existe. Nesse ponto, volta-se à narrada polêmica.

<sup>166</sup> O próprio Bandeira de Mello, veja-se, continua defendendo amplamente o princípio (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53-102).

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii.

<sup>168</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf). Acesso em: 20/05/12.

<sup>169</sup> Cabe salientar que justamente pelo fato de um dos argumentos mais centrais utilizados em defesa do mencionado princípio - propondo ou não a sua reconstrução - se referir a definição do conceito de interesse público, em especial no que diz com a sua capacidade de abranger ou não interesses particulares, dedicou-se já um capítulo ao tema. Também por isso se vem aqui a falar em interesse público em sentido amplo e em interesse público em sentido estrito.

<sup>170</sup> BORGES, *op. cit.*

<sup>171</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54 *et. seq.*

<sup>172</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 69; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 52.

<sup>173</sup> BORGES, *op. cit.* p. 2

Esse, em suma, é o panorama geral da evolução do debate a respeito do tema e o estágio em que ele hoje se encontra na doutrina brasileira. É num contexto doutrinário de acentuadas divergências e de intensa polêmica, portanto, que se insere este estudo. Pretende-se, a seguir, analisar criticamente o referido princípio, examinando-se os principais argumentos trazidos à baila pelos autores ora citados. Como ficará claro a seguir, a linha aqui seguida se filia à corrente que propõe a desconstrução do princípio em tela, no sentido de indicar que não se trata apenas de solucionar problemas na aplicação de tal princípio, pois ele, a rigor, não existe.

## II - CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Abordados os pressupostos necessários para a análise do tema, passa-se, agora, a examinar criticamente o princípio da supremacia do interesse público. Adiante-se, somente, que essa parte do estudo é decomposta em três partes, cada uma correspondente a um capítulo: primeiramente, têm lugar apontamentos que se aplicam tanto a um princípio de supremacia que tome o interesse público em sentido amplo quanto a um que o tome em sentido estrito - cuida-se da crítica geral, de índole conceitual; em seguida, examina-se tal princípio considerando uma acepção estrita de interesse público - cuida-se, aqui, de crítica específica, tecida à luz do ordenamento jurídico vigente; por fim, vêm à baila algumas considerações críticas sobre um princípio que tome o interesse público em sentido amplo - nos mesmos termos da anteriormente tecida. Realce-se que o princípio em tela é habitualmente descrito pela doutrina considerando-se uma acepção estrita de interesse público, de modo que a análise aqui desenvolvida se concentra especialmente nesse ponto, sendo o exame, aí, mais detido.

Isso posto, passe-se à análise crítica do referido princípio, objeto principal deste trabalho.

### 1. Crítica conceitual - da incompatibilidade com o conceito de princípio proposto por Dworkin e Alexy

Conforme já referido<sup>174</sup>, Dworkin e Alexy esboçam um conceito de princípio a partir da distinta estrutura normativa que essa espécie normativa ostenta. Desse modo, para distinguir princípios e regras, analisa-se a natureza da obrigação que instituem (mandamentos definitivos, para regras; mandamentos *prima facie*, para princípios), o modo de sua realização ou concretização ("tudo-ou-nada", para regras; gradual, para princípios) ou o modo como se resolvem as respectivas colisões (na dimensão da validade, para regras; na dimensão do peso, para princípios). Segundo essa concepção, os princípios, por consistirem em mandamentos de otimização, seriam aplicados mediante ponderação com princípios antagônicos, não se podendo conceber a prevalência absoluta de um sobre outro, mas apenas uma prevalência relativa, condicionada às circunstâncias do caso.

---

<sup>174</sup> Páginas 12-21.

Feita a breve recapitulação, impõe apontar que o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é incompatível com tal definição de princípio. Note-se, primeiramente, que dito princípio, ao invés de constituir um mandamento *prima facie*, constitui um mandamento definitivo, próprio das regras. Assim, não permite uma realização gradual, pois "a prevalência é a única possibilidade"<sup>175</sup>. Diante de um caso específico, não há como realizar mais ou menos o princípio da supremacia do interesse público, isto é, não se pode falar em "mais supremacia do interesse público" ou em "menos supremacia", mas somente que "há supremacia" ou que "não há supremacia". Portanto, ao invés de apresentar um modo de realização gradual, o dito princípio possibilita somente uma concretização ao modo "tudo-ou-nada" - próprio das regras.

Dessa característica decorre outra, que também extrema a norma em comento do conceito de princípio ora considerado. Em caso de colisão entre princípios, o mencionado princípio não poderia ser ponderado com outro de modo a se aferir, então, qual teria o maior peso numa determinada situação, uma vez que o peso maior já estaria assegurado, por aquele princípio, ao interesse público. A norma analisada impede, assim, "que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas"<sup>176</sup>. Imagine-se, nesse passo, uma colisão do debatido princípio (que impõe a supremacia do interesse público) com um princípio que ampara um interesse particular: como um deles estatui a supremacia do interesse público, a colisão deveria se resolver ou somente pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público ou somente pela aplicação do princípio antagônico; ambos não poderiam ser aplicados conjuntamente, já que um deles estatui a sua própria prevalência sobre o princípio antagônico, não comportando, logo, ponderação. A colisão, portanto, não se resolveria na dimensão do peso, como próprio dos princípios, mas na dimensão da validade, como característico das regras.

Ainda no que toca à colisão de princípios, vale recordar a advertência de Alexy no sentido de que a relação de tensão existente entre determinados princípios "não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, por si só, de prioridade",<sup>177</sup> mas apenas mediante uma "relação de

<sup>175</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 165.

<sup>176</sup> ÁVILA, *loc. cit.*

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95.

precedência condicionada”,<sup>178</sup> dependente das circunstâncias do caso concreto. Ocorre que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular determina justamente uma precedência *a priori* e em abstrato do interesse público sobre o interesse particular (tutelado por outros princípios), estatuidando, assim, "uma relação abstrata de prevalência absoluta", incompatível com o conceito de princípio, o qual só coaduna com "uma relação concreta de prevalência relativa."<sup>179</sup>

Tal raciocínio permite concluir que a norma em comento não pode ser considerada, conforme Dworkin e Alexy, um princípio; antes, consubstancia uma regra - mais especificamente, uma "regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público".<sup>180</sup>

Os autores que pugnam pela existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular respondem diferentemente a essa crítica. De um lado, Bandeira de Mello, como mencionado,<sup>181</sup> não refuta a crítica, nesse ponto, afirmando, somente, que ela só tem cabimento quando consideradas as concepções de princípio desenvolvidas a partir de Dworkin e Alexy, que não são por ele utilizadas como referencial teórico. José dos Santos Carvalho Filho afirma que a norma em tela configura "por conceito, um princípio administrativo, posto que reflete um dos alvos da função do Estado de Direito"<sup>182</sup>, desconsiderando aí, ao que parece, o conceito de princípio defendido a partir de Dworkin e Alexy. Fábio Medina Osório, por outra banda, sustenta que, à luz do conceito de princípio delineado por Alexy, a norma debatida possuiria dupla natureza normativa: configuraria verdadeiramente um princípio em diversos casos, mas também poderia "ser uma regra constitucional de prevalência automática em tantos outros(...)"<sup>183</sup>. Daniel Wunder Hachem argui, por sua vez, que, diante da colisão entre interesses individuais e interesses de toda a coletividade, sendo ambos tutelados pelo direito, a norma sob análise se aplica como um princípio, pois determina a realização otimizada (isto é, no maior grau possível) do interesse da coletividade (interesse público).<sup>184</sup> Emerson Gabardo, a seu turno, propõe uma analogia do

<sup>178</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 97.

<sup>179</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 165.

<sup>180</sup> ÁVILA, *loc. cit.*

<sup>181</sup> Páginas 12-21.

<sup>182</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 83-101, abr./jun. 2011. p. 93.

<sup>183</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 61.

<sup>184</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 151.

discutido princípio com o princípio da publicidade. O autor refere que este princípio pressupõe que os atos administrativos devam ser sempre públicos, assim como o princípio da supremacia do interesse público pressupõe que este interesse sempre deva prevalecer. Em ambas as hipóteses, contudo, o princípio poderia não ser aplicado em determinado caso, por haver outros pressupostos a serem considerados, o que seria evidência de que ambos constituiriam autênticos princípios.<sup>185</sup>

Vê-se aí, portanto, uma tendência a defender que a norma debatida configura, de fato, um princípio, conforme as concepções desenvolvidas a partir de Dworkin e Alexy, pois poderia ser realizado em graus e ser objeto de ponderação. Parece-nos, entretanto, que os argumentos não merecem guarida. Isso porque, quando se cogita da ponderação entre o interesse público e o interesse particular – como faz Hachem - não se está, na realidade, ponderando a supremacia do interesse público, mas o próprio interesse público. Afinal, é o interesse público que pode ser realizado em graus - e não a sua supremacia. É possível concretizar-se mais ou menos o interesse público; a sua supremacia, diferentemente, ou há ou não há. Desse modo, há de se reconhecer, juntamente com Paulo Ricardo Schier, que se poderia indicar a existência de um princípio do interesse público, “mas jamais a existência de um princípio que afirme a sua supremacia.”<sup>186</sup>

Nessa linha, cumpre analisar a analogia, proposta por Gabardo, entre o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da publicidade. Primeiramente, não parece que o princípio da publicidade pressuponha que os atos administrativos sejam sempre públicos, como afirma o autor; o que ele determina, como mandamento de otimização, não é que a publicidade seja sempre promovida, mas que ela seja promovida ao máximo, considerando-se as possibilidades jurídicas e fáticas existentes no caso concreto. A restrição à publicidade, aí, não se configura pela existência de uma exceção no momento da aplicação, mas pela ponderação com princípios antagônicos que, em determinadas condições, podem autorizar – e até impor – o sigilo, tendo em vista, por exemplo, a preservação da intimidade. De modo diverso, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular sugere que deveria sempre haver supremacia, já que é impossível haver mais ou menos supremacia; a

<sup>185</sup> GABARDO. Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social.** 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1). Acesso em: 12/07/2012. p. 277.

<sup>186</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246. p. 242.

supremacia não poderia ser afastada pela ponderação, mas apenas pela introdução de uma exceção à aplicação do princípio ou pela declaração da sua invalidade – característica própria das regras. Assim, a analogia entre o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e o princípio da publicidade não é adequada para defender que aquele também constitui um princípio (e não uma regra), pois ambos possuem conteúdos diferentes; o apropriado seria comparar o princípio da supremacia do interesse público com um princípio que determinasse a supremacia da publicidade sobre o sigilo ou sobre a intimidade (ambos seriam regras); ou, ainda, comparar um princípio do interesse público com o princípio da publicidade (ambos seriam princípios). Aí, com efeito, se estaria diante de pares com conteúdo mais semelhante.

Isso posto, há de se reconhecer, uma vez mais, que essa crítica ao debatido princípio é realizada tendo por base os conceitos de princípio apresentados por Dworkin e Alexy, que capitaneiam uma corrente doutrinária mais recente; segundo outra corrente, mais tradicional, de que é representante Bandeira de Mello, princípios não são definidos pela sua estrutura normativa, mas pelo seu grau de fundamentalidade. De acordo com essa concepção, portanto, a crítica ora elaborada não faria sentido. Entretanto, as críticas seguintes se aplicam também a essa concepção de princípio. Pretende-se demonstrar, a seguir, que, segundo essa concepção, dito princípio não seria, a rigor, uma norma jurídica, por lhe faltar fundamento de validade no direito positivo, do que se extraem, por óbvio, relevantes consequências para o Direito Administrativo.

## **2 Crítica ao princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular**

### **2.1 Conteúdo do princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular**

Ao se passar ao exame do princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular, convém resgatar alguns apontamentos já realizados sobre o conceito de interesse público. Assim, primeiramente, importa lembrar que a noção de interesse público aqui considerada não se identifica com o interesse abstrato da maioria dos indivíduos de dada sociedade ou com o interesse autônomo da própria sociedade; os seus contornos, são, antes, buscados no direito positivo. Afasta-se, logo, um princípio de supremacia que tome o

interesse público nessa acepção. Pode-se até reconhecer que o interesse da maioria é digno de maior proteção do que o interesse da minoria<sup>187</sup> - ressalvada, por óbvio, a proteção aos direitos fundamentais das minorias. Entretanto, essa primazia da maioria é ditada não por um princípio de supremacia do interesse público, e sim pela própria regra da maioria, ínsita ao princípio democrático. Embora não se trate aqui do princípio nesse sentido - já que se segue outra noção de interesse público - fica a ressalva no sentido de que um princípio da supremacia do interesse público que estabelecesse simplesmente a primazia da maioria estaria se confundindo, ao fim e ao cabo, com a própria regra da maioria.

Isso posto, radicando o conteúdo da expressão *interesse público* no direito positivo, a acepção estrita ora abordada reputa como públicos, dentre os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, apenas aqueles de natureza coletiva. Não surge aqui, portanto, o problema da dissociação entre interesse público e interesse particular - que se verá na abordagem de tal princípio considerando a acepção ampla de interesse público -, pois os direitos subjetivos de natureza individual - inclusive os direitos fundamentais - não integram o conceito de interesse público e podem, portanto, lhe ser contrários. Assim, referido princípio, na acepção estrita de interesse público, significaria que, dentre interesses de ordem coletiva e de ordem individual igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, os primeiros gozariam de supremacia. Entre a segurança pública e a liberdade individual, por exemplo, a primeira seria hierarquicamente superior.

Tal relação de supremacia pode ser concebida em termos absolutos e em termos relativos; a primeira corresponderia a uma versão forte do princípio em tela, ao passo que a segunda daria origem à sua versão fraca.<sup>188</sup> A versão forte estabeleceria que o interesse público sempre prevalece sobre o particular, ao passo que a versão fraca proporia somente que ele goza de uma supremacia *prima facie* frente ao particular,<sup>189</sup> isto é, a primazia em casos

---

<sup>187</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 134.

<sup>188</sup> A distinção entre "versão forte" e "versão fraca" foi realizada por SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 101.

<sup>189</sup> Parece ser esta a posição de OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 42 et seq.; e de Juarez Freitas, embora este autor proponha uma leitura distinta do conceito de interesse público, vinculando-o à promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 57)

duvidosos e em casos nos quais há certeza de que os fundamentos em prol do interesse público e do interesse particular são igualmente bons.<sup>190</sup>

As principais repercussões desse princípio podem ser agrupados nos seguintes planos: no que se refere à restrição de direitos individuais com fulcro no interesse público; no que tange à direção finalística da Administração Pública; e no pertinente ao fundamento das prerrogativas estatais. Medina Osório vislumbra nesses três aspectos, inclusive, a evidência da fonte constitucional do debatido princípio.<sup>191</sup> Adiante, após examinar-se o problema do fundamento de validade de tal princípio, serão analisados cada um desses planos, individualmente.

Importa ainda relembrar, antes de se proceder a tal análise, que a noção de interesse público não se confunde com a noção de bem comum.<sup>192</sup> Desse modo, embora alguns dos autores que defendem a existência do princípio em tela procurem identificar ambos os conceitos,<sup>193</sup> é importante que se tenha clara a distinção entre eles. Como o bem comum abrange a harmonização entre o bem de cada um e o bem de todos - o que não acontece com o interesse público, em sua acepção estrita, ao menos - não há de se tratar o princípio da supremacia do interesse público como se fosse equivalente a um princípio da supremacia do bem comum. O modo como o princípio em comento é habitualmente descrito pela doutrina torna evidente que não se pode proceder a tal identificação.<sup>194</sup>

Por fim, saliente-se que essa acepção de interesse público é a mais comumente empregada quando da descrição do referido princípio. Por esse motivo, a análise crítica aqui desenvolvida há de ser mais detida.

## 2.2. Da ausência de fundamento de validade

<sup>190</sup> A primazia *prima facie* é assim definida por ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 197/198.

<sup>191</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 32.

<sup>192</sup> Páginas 39/40.

<sup>193</sup> Por exemplo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 83-101, abr./jun. 2011. p. 90 et. seq.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público - sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 204 et. seq.

<sup>194</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 160.

### 2.2.1 A descrição como axioma e como postulado ético-político e a necessidade de fundamento de validade no direito positivo para a definição como princípio jurídico

Viu-se<sup>195</sup> que a existência de um princípio jurídico depende da sua previsão expressa ou implícita pelo ordenamento jurídico. No direito positivo repousa, necessariamente, o seu fundamento de validade.<sup>196</sup> Não se confunde, nesse sentido, com os axiomas, que constituem formas de raciocínio jurídico aceitas por todos e cuja veracidade é demonstrada pela sua própria afirmação, não necessitando de amparo no ordenamento jurídico.<sup>197</sup>

É como axioma, entretanto, que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é primeiramente descrito por Bandeira de Mello, ao afirmar que se trata de "verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público."<sup>198</sup> O dito princípio também é descrito por Bandeira de Mello como "pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados".<sup>199</sup> Nessa passagem, conforme aponta Ávila, o interesse público é indicado como "uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positivação."<sup>200</sup> Nesse sentido, não consubstanciaria propriamente uma norma jurídica, mas uma diretriz fundamental da ética comunitária ou da política jurídica; ao invés de um princípio jurídico, estar-se-ia diante de um postulado ético-político.<sup>201</sup>

Em que pese o mencionado princípio seja por vezes descrito como axioma e por vezes como postulado ético-político, afirma-se que constitui um princípio jurídico, fundante do regime jurídico administrativo.<sup>202</sup> Desse modo, conforme a proposta aqui adotada, deve-se analisar se dito princípio possui fundamento de validade, expresso ou implícito, no ordenamento jurídico. Somente se possuir poderá ser considerado uma norma e, a partir daí, se poderia discutir o seu "grau de fundamentalidade" (seguindo-se então o critério utilizado

<sup>195</sup> Páginas 12-21.

<sup>196</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 162 *et. seq.*

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 160/161.

<sup>198</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 70.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>200</sup> ÁVILA, *op. cit.* p. 174.

<sup>201</sup> ÁVILA, *loc. cit.*

<sup>202</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 70.

por Bandeira de Mello para a definição de princípio, como já indicado<sup>203</sup>) no sistema, a fim de determinar se, sendo norma, se trataria especificamente de um princípio jurídico.<sup>204</sup>

A esse respeito, é rica a controvérsia na doutrina. Se determinados autores - Humberto Ávila, por exemplo - defendem que dito princípio, além de não estar previsto expressamente em dispositivo algum, não pode ser extraído de uma análise sistemática do Direito<sup>205</sup>, outros - como Fábio Medina Osório - aduzem que o princípio possui, sim, raiz na Constituição Federal.<sup>206</sup>

Reconhecendo-se, de pronto, que inexistente dispositivo constitucional algum instituindo expressamente uma supremacia do interesse público sobre o particular, cumpre examinar se é possível depreender tal norma de uma interpretação sistemática da Constituição Federal - questão a que se responde negativamente, conforme sustentado a seguir.

### **2.2.2 A centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 como refutação à existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**

Os direitos fundamentais passaram a ostentar, a partir da Constituição Federal de 1988, uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro. Demonstra-o, primeiramente, a sua situação topográfica. Radicando a sua previsão já no início da Constituição, após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o constituinte introduziu mudança significativa em relação às Constituições anteriores, que regulavam primeiro a organização do Estado para depois disciplinar direitos.<sup>207</sup> Essa nova topografia constitucional reflete uma mudança paradigmática; conforme Flávia Piovesan, "de um Direito inspirado pela ótica do Estado, radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos."<sup>208</sup> Entretanto, apesar desse novo arranjo representar mudança na tradição constitucional brasileira, é de se notar que, na verdade, ele traduz "maior

<sup>203</sup> Páginas 12-21. Aqui, portanto, se considera o critério adotado por Bandeira de Mello, mesmo porque já se procedeu à crítica do debatido princípio à luz das concepções de Dworkin e Alexy.

<sup>204</sup> Ressalte-se, a esse respeito, que o próprio Bandeira de Mello, ao afirmar que "entende-se por princípio a *disposição, expressa ou implícita*, de natureza categorial em um sistema", reconhece que um princípio jurídico deve possuir raiz no ordenamento jurídico. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Criação de Secretarias Municipais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971. p. 284/285.)

<sup>205</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 165.

<sup>206</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 47.

<sup>207</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

<sup>208</sup> PIOVESAN, *loc. cit.*

rigor lógico, já que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica".<sup>209</sup>

Em segundo lugar, a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, estendendo o rol de direitos protegidos em comparação ao assegurado por Cartas Políticas anteriores, revela a importância de que esses direitos usufruem na Constituição Federal de 1988.<sup>210</sup> Note-se, a título exemplificativo, que o art. 5º possui 78 incisos; somando-se estes aos incisos previstos no art. 7º, chega-se, só nesses dois artigos - que sabidamente não esgotam o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição<sup>211</sup> - a mais de uma centena de dispositivos versando sobre a matéria, o que permite afirmar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição para o regime democrático, se situa entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais.<sup>212</sup>

Não bastasse a amplitude da proteção e o seu destacado lugar no texto constitucional, há de se ver que o constituinte foi mais longe, prevendo, no parágrafo 1º do art. 5º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Embora a interpretação do alcance desse dispositivo suscite viva controvérsia doutrinária, há de se reconhecer nele, ao menos, um mandamento de otimização (princípio, segundo Alexy) estabelecendo que se procure conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.<sup>213</sup> O referido dispositivo constitucional representa uma tentativa, portanto, de assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos fundamentais, submetendo-o a um regime jurídico específico.<sup>214</sup> Desse modo, também aí se percebe o relevo conferido ao tema pela Carta Magna.

Cabe referência, ainda, ao fato de que a Constituição Federal de 1988 inovou também ao incluir os direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas do art. 60, parágrafo 4º.<sup>215</sup> Ao impedir a supressão dos preceitos relativos a direitos fundamentais pelo poder constituinte

<sup>209</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 66.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>211</sup> A própria delimitação de um rol, nesse sentido, é problemática, ante a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição, no sentido de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de Outubro de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>212</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 270; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 287.

<sup>214</sup> PIOVESAN, *op. cit.*, p. 35/36.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 33.

derivado, o constituinte os protegeu com a "garantia da eternidade"<sup>216</sup>, o que também constitui evidência da proteção destacada de que usufruem no diploma constitucional.

Com essas breves considerações se pretende assentar a centralidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, no ordenamento jurídico brasileiro. Essa constatação, inclusive, não parece ser refutada pela doutrina - inclusive pelos autores que defendem o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

É preciso salientar, em seguida, que os direitos fundamentais se vinculam, em boa medida, à proteção do indivíduo, isto é, à tutela de interesses particulares. Nesse sentido, veja-se que duas das principais funções dos direitos fundamentais consistem justamente em proteger o indivíduo ante o Poder Público e diante de maiorias eventuais.<sup>217</sup>

A doutrina tem distinguido duas espécies de direitos fundamentais: os direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e os direitos a prestações (ou direitos cívicos).<sup>218</sup> Os primeiros são precisamente aqueles voltados a impor ao Estado "um dever de abstenção, um dever de não-interferência, de não-intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo."<sup>219</sup> Constituem, assim, normas de competência negativa para o Poder Público. É dizer: protegem o indivíduo contra o Estado, mesmo que ele esteja agindo com o objetivo de tutelar bens coletivos, isto é, mesmo que esteja perseguindo o interesse público, tido numa acepção estrita. E mesmo os segundos (direitos a prestações), em que pesem exijam uma atitude positiva do Estado, demandam-na em função do atendimento a interesses do indivíduo; fortalece-se, assim, o particular - e não o Estado, encarregado de zelar pelo interesse público.

Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que o fundamento de um Estado Constitucional como o brasileiro radica na submissão do interesse público aos direitos fundamentais - e não o contrário.<sup>220</sup> Marçal Justen Filho refere, nessa linha, que a Constituição consagra os direitos fundamentais como o alicerce de todo o ordenamento jurídico, de modo que "o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais."<sup>221</sup>

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67.

<sup>217</sup> ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, vol. 907, p. 93-119, 2011. p. 101.

<sup>218</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 289.

<sup>219</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>220</sup> ABOUD, *op. cit.*, p. 98.

<sup>221</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 128.

Ademais, a própria afirmação histórica dos direitos humanos representa, conforme Norberto Bobbio, uma mudança significativa na relação entre o Estado e o indivíduo, em que a primazia deixa de ser daquele para ser deste; essa a "radical inversão de perspectiva" que acompanha a evolução histórica dos direitos humanos.<sup>222</sup>

Desse modo, vê-se que: i) os direitos fundamentais ocupam uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro; e ii) os direitos fundamentais possuem como uma de suas principais funções proteger interesses particulares ou individuais (liberdade de expressão, liberdade de crença, direito de propriedade, etc.) face a maiorias eventuais e mesmo face ao Estado, inclusive quando este persegue interesses públicos.

A conjugação dessas duas premissas impossibilita se venha a extrair do ordenamento jurídico brasileiro uma norma que ateste a supremacia do interesse público sobre o particular. Reconhece-se, conforme afirma Ávila, que a Constituição Federal de 1988 protege com tamanha intensidade a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade privada, por exemplo, que repele uma dita supremacia do interesse público. Tem-se a Carta Magna de 1988 como Constituição-cidadã, inclusive, devido à "particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal."<sup>223</sup>

Daniel Sarmiento, em raciocínio semelhante, sustenta que mesmo uma versão mais fraca do princípio da supremacia do interesse público - que estabelecesse não uma supremacia *a priori* e absoluta, mas apenas uma regra de precedência *prima facie* em favor do interesse público - é incompatível com o sistema constitucional por fragilizar em demasia os direitos fundamentais.<sup>224</sup> Segundo esse autor, a ordem constitucional brasileira se notabiliza pela ferrenha defesa dos direitos fundamentais, os quais visam justamente a proteger determinados bens jurídicos essenciais à dignidade diante dos entes estatais, mesmo que estes persigam interesses públicos. Assim, em caso de confronto entre um direito fundamental e um interesse público, exige-se uma carga argumentativa maior para a prevalência do interesse público do que para a prevalência do interesse particular. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, na sua versão mais fraca - e obviamente ainda com mais razão em sua

<sup>222</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 4.

<sup>223</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 166.

<sup>224</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 101.

versão mais forte - inverte essa ordem, colocando os direitos fundamentais numa posição de desvantagem.<sup>225</sup>

A esse respeito parece crucial referir a lição de Alexy no tocante ao conflito entre direitos individuais e bens coletivos, que segue justamente no sentido aqui indicado. O autor defende a existência de uma ordem normativa da vida social que leve a sério o particular como particular, argumentando que isso não impede que posições particulares sejam eliminadas ou limitadas em favor de bens coletivos, mas apenas que, para tanto, é necessária uma justificação suficiente. Sustenta, nesse passo, que os direitos individuais possuem uma primazia *prima facie* diante de bens coletivos, isto é, a primazia em casos duvidosos e em casos nos quais há certeza de que os fundamentos em prol de cada qual são igualmente bons.<sup>226</sup>

Ana Paula de Barcellos, em sentido semelhante, defende que, diante de um conflito que exija o recurso à ponderação, os direitos fundamentais devem preponderar sobre os demais enunciados normativos,<sup>227</sup> acrescentando uma justificativa normativa para tanto, qual seja: o fato de a própria Constituição haver posicionado a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais "no centro do sistema por ela criado".<sup>228</sup>

Tendo em vista esse duplo fundamento normativo indicado pela autora, e considerando-se que um de seus elementos (direitos fundamentais) já foi brevemente analisado, passa-se a examinar o outro (dignidade da pessoa humana).

Primeiramente, urge salientar a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana,<sup>229</sup> consagrado como um dos fundamentos da República (art. 1º, III), no ordenamento constitucional. Em que pese subsista certo ceticismo a respeito - no sentido, por exemplo, de que a dignidade da pessoa humana seria uma noção filosófica sem boa solução no Direito<sup>230</sup> - há hoje uma tendência de se lhe reconhecer força normativa, ante a sua expressa e destacada

<sup>225</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 102.

<sup>226</sup> ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 197/198.

<sup>227</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118. p. 108.

<sup>228</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>229</sup> Embora não seja essencial para o argumento ora desenvolvido, vale notar que o enquadramento da dignidade da pessoa humana como princípio suscita reflexões mais detidas. Assim, por exemplo, pode-se afirmar, com Alexy e Sarlet, que a insuscetibilidade à ponderação que essa norma apresenta em certos casos demonstra que possui dúplici natureza normativa - não só de princípio, mas também de regra. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 111-114; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 74).

<sup>230</sup> Conforme refere SARLET, *op. cit.*, p. 41.

previsão no texto constitucional. Note-se, nesse passo, que ela foi objeto de previsão expressa não só no art. 1º, III, da Constituição, mas também noutros capítulos do texto constitucional: estabeleceu-se, assim, que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*) e que o planejamento familiar é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável (art. 226, par. 6º). Desse modo, ela é considerada "uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregada de eficácia."<sup>231</sup>

Além disso, a previsão da dignidade da pessoa humana no título primeiro da carta constitucional, referente aos princípios fundamentais, bem assim o seu enquadramento como um dos fundamentos da República, conduz à conclusão não apenas de que se trata de uma norma jurídica, mas de uma norma que ocupa uma posição central no ordenamento jurídico.<sup>232</sup> Nesse sentido, Paulo Bonavides chega a afirmar que "nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana"<sup>233</sup>, sendo aí acompanhado por Flávia Piovesan, a qual sustenta, por sua vez, que "a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade."<sup>234</sup> Veja-se que tamanha é a centralidade da dignidade da pessoa humana no sistema normativo que os direitos fundamentais costumam ser a ela, de certa forma, reconduzidos. José Afonso da Silva, por exemplo, defende que a dignidade da pessoa humana, como valor supremo, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, servindo como sua "referência constitucional unificadora",<sup>235</sup> seguindo raciocínio semelhante ao desenvolvido por Ingo Sarlet, o qual aduz que "os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana."<sup>236</sup>

É de se reconhecer, assim, a centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, no ordenamento jurídico pátrio. Todavia,

<sup>231</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 72.

<sup>232</sup> Ilustrativa a menção de Ulysses Guimarães no discurso de promulgação da Constituição de 1988, no qual afirmou que, na nova Carta Política, "tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem".(GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituante-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 10/09/2012.)

<sup>233</sup> BONAVIDES *apud* PIOVESAN, p. 31.

<sup>234</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

<sup>235</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

<sup>236</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111.

essa constatação, por si, não basta; é preciso também lançar breve olhar sobre a contribuição prestada pelo referido princípio para a compreensão da relação do indivíduo com a coletividade e com o Estado, encarregado de zelar pelo interesse público.

A esse respeito, Ingo Sarlet comenta que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o Poder Público venha a violar a dignidade pessoal.<sup>237</sup> Além desse dever de abstenção, o referido princípio também impõe ao Estado o dever de agir para efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.<sup>238</sup> Desse modo, o mencionado princípio vincula o Estado numa dimensão negativa e numa dimensão positiva, isto é, ao lado de uma desempenhar uma função de defesa frente ao Estado, ele também possui o condão de induzir o Estado a cumprir determinadas prestações.<sup>239</sup>

Além disso, conforme Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana produz efeitos também entre particulares, vinculando a ordem comunitária como um todo.<sup>240</sup> Também nessa esfera, portanto, se impõe o dever de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana.

Daí se depreende que o referido princípio constitui sobretudo uma proteção do indivíduo frente ao Estado e à coletividade. Ele privilegia o indivíduo em si mesmo considerado e não os interesses públicos que cabe ao Estado perseguir ou os bens pertinentes à toda a coletividade; constitui, antes, uma garantia justamente diante deles.

Nesse contexto, vê-se que: i) o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa uma posição central no ordenamento jurídico brasileiro; e ii) o princípio da dignidade da pessoa humana vincula o Estado e a coletividade como um todo, protegendo o indivíduo frente a eles.

A conjugação dessas duas premissas indica igualmente a impossibilidade de se deduzir do ordenamento jurídico brasileiro uma norma que ateste a supremacia do interesse público sobre o particular. A ampla proteção conferida a interesses particulares pela Carta Magna o impede.

Gustavo Binbenbojm, nesse passo, enfatiza que a incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com o ordenamento jurídico brasileiro pode ser percebida ao se atentar para o lugar destacado ocupado pelo princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e para a consequente necessidade de se proteger o interesse

---

<sup>237</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 112/113.

<sup>238</sup> SARLET, *loc. cit.*

<sup>239</sup> Nesse ponto, há uma aproximação com a classificação, já vista, dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestação.

<sup>240</sup> SARLET, *op. cit.*, p.114.

do indivíduo quando ameaçado pelos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado.<sup>241</sup>

Desse modo, a centralidade tanto dos direitos fundamentais quanto do próprio princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro impedem que se venha a dele extrair, por meio de uma interpretação sistemática, um princípio que ateste a supremacia do interesse público sobre o particular.

Indo-se adiante, pode-se também afirmar - na linha de Alexy - que, em se tratando de conflito entre um interesse público e um interesse particular correspondente a um direito fundamental, há uma primazia *prima facie* do segundo. Tratando-se, porém, de um interesse particular que consubstancie um direito subjetivo não correspondente a um direito fundamental, não se pode conceber tal carga argumentativa em seu favor.<sup>242</sup> Nesses casos, ambos (interesse particular e interesse público) se encontram em posição de igualdade, nenhum deles gozando de uma supremacia abstrata ou de uma primazia *prima facie*.

### **2.2.3 Da existência de dispositivos constitucionais autorizando a restrição a direitos individuais com fulcro no interesse público**

Em sentido contrário ao que se vem aqui defendendo, argumenta-se que a existência de bens coletivos que, por força constitucional, reclamam proteção, inclusive justificando a restrição a direitos individuais, constitui evidência de que o ordenamento jurídico pátrio encampa um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Nesse sentido, Bandeira de Mello, embora considerando que o referido princípio é inerente a qualquer sociedade e, assim, não radica em algum dispositivo específico da Constituição Federal, afirma que constituem sua manifestação concreta os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, III, V e VI<sup>243</sup>), bem como os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV<sup>244</sup> e XXV<sup>245</sup>).<sup>246</sup>

<sup>241</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 96.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>243</sup> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente(...)" (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>244</sup> "XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta

Medina Osório, na mesma linha, sustenta que tal princípio pode ser extraído de dispositivos constitucionais que protegem o interesse público, tomando-lhe como fundamento, por vezes, para restringir direitos individuais.<sup>247</sup> Seria o caso, por exemplo, do art. 192, que afirma que o sistema financeiro nacional será estruturado de forma a servir aos interesses da coletividade<sup>248</sup>; e do 5º, XXIX, que aponta o interesse social como fundamento da propriedade industrial<sup>249</sup>, além dos já citados dispositivos referentes à desapropriação e à requisição (art. 5º, XXIV e XXV).

Vê-se, assim, que há diversos dispositivos constitucionais a consagrar o valor de interesses de ordem coletiva, por vezes utilizando-os para justificar a restrição de direitos individuais - é o caso, por exemplo, da desapropriação por utilidade social, prevista no art. 5º, XXIV. Todavia, daí não parece possível extrair um princípio de supremacia do interesse público sobre o particular. Explica-se.

Há casos em que o constituinte originário ponderou os interesses privados e os interesses públicos envolvidos, conferindo relativa prevalência a um deles. Percebe-se que, se há dispositivos - como o da desapropriação - em que certa prevalência foi atribuída ao interesse público, outros tantos existem em que a prevalência é atribuída aos interesses particulares. É o caso, por exemplo, do art. 5º, XI, que assegura a inviolabilidade do domicílio, permitindo a sua violação somente em casos excepcionais.<sup>250</sup> Como comenta

---

Constituição." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>245</sup> "XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>246</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 99.

<sup>247</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 57/58.

<sup>248</sup> "Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>249</sup> "XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;" (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>250</sup> "XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do**

Schier, a regra, aí, é a tutela da privacidade, enquanto o interesse público, representado pelas expressões "flagrante delito", "desastre", "prestação de socorro", etc. constitui a exceção.<sup>251</sup> Outros tantos casos há em que o constituinte estabeleceu a tutela a um interesse particular não elencando sequer a possibilidade de sua restrição por algum interesse público - é a hipótese, por exemplo, da liberdade de expressão.<sup>252</sup> Confere-se, aí, tutela destacada ao interesse particular, sem se contemplar (ao menos não expressamente) a possibilidade de sua restrição por um interesse público; nem por isso, veja-se, cogita-se da existência de um princípio da supremacia do interesse particular sobre o interesse público.<sup>253</sup>

Desse modo, o que na realidade ocorre nessas hipóteses, conforme esclarecem Aragão e Schier, é uma pré-ponderação, feita pelo constituinte, que privilegia ora o interesse público ora o interesse particular.<sup>254</sup> Tal tratamento, ao invés de evidenciar uma primazia atribuída ao interesse público, indica que tanto interesses públicos quanto interesses privados recebem forte tutela constitucional, sendo que, em determinados campos - no que tange à proteção de direitos fundamentais, como visto - a tutela mais destacada é conferida ao interesse particular. Daí por que se chega mesmo a afirmar que "a ponderação constitucional prévia em favor dos interesses públicos é antes uma exceção a um princípio geral implícito do Direito Público."<sup>255</sup>

Não se pode confundir um princípio da supremacia do interesse público com regras constitucionais que realizam uma "pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares."<sup>256</sup> E mesmo quando existe essa prevalência, saliente-se, ela não se articula em termos absolutos, mas relativos; no caso da desapropriação por interesse social, por exemplo, não se dispensa a "prévia e justa indenização em dinheiro", resguardando-se, assim, o interesse particular. O fundamental é que, quando a Constituição (ou a lei, respeitados os limites constitucionais) não pré-pondera os interesses envolvidos conferindo relativa primazia

---

**Brasil:** promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>251</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246. p. 237.

<sup>252</sup> "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;" (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.).

<sup>253</sup> SCHIER, *op. cit.*, p. 233/234.

<sup>254</sup> *Ibidem*, p. 238; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-22. p. 4/5.

<sup>255</sup> SCHIER, *op. cit.*, p. 234.

<sup>256</sup> ARAGÃO, *op. cit.*, p. 4.

ao interesse público, não pode o intérprete (ou o administrador) atribuir tal primazia por meio da invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, conforme adiante se aprofundará.

A interpretação constitucional até aqui desenvolvida, no sentido de que a existência de dispositivos específicos que conferem relativa primazia ao interesse público não constitui fundamento de validade para embasar o debatido princípio, encontra amparo no princípio hermenêutico da unidade da Constituição. Segundo essa diretriz interpretativa, o intérprete deve, reconhecendo igual hierarquia às normas constitucionais, compreendê-las "como se fossem obra de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça"<sup>257</sup>; deve analisar as normas constitucionais "não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios"<sup>258</sup>, em que o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.<sup>259</sup>

Analisando-se globalmente o diploma constitucional, portanto, não se pode dele extrair um princípio que determine a supremacia do interesse público sobre o particular quando estes estiverem em conflito. Antes, quando ambos se encontram em situação de conflito e a Constituição não haja previamente estabelecido a primazia de um deles, duas são as possibilidades: (i) se o interesse particular corresponder a um direito fundamental, goza de uma primazia *prima facie* - um ônus argumentativo em seu favor, que não se confunde, de qualquer modo, com uma relação de supremacia; (ii) se, contudo, o interesse particular não corresponder a um direito fundamental - traduzindo direito subjetivo não protegido constitucionalmente - não se pode reconhecer o mesmo benefício argumentativo em seu favor. Ainda nesse caso, entretanto, não se pode falar numa supremacia ou mesmo numa primazia *prima facie* do interesse público.

#### 2.2.4 Da impossibilidade de fundamentação no art. 3º, IV da Constituição Federal

Cabe analisar, ainda, a proposta de parte da doutrina no sentido de extrair o mencionado princípio do art. 3º, IV, da Constituição Federal, que prevê, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, promover o "bem de todos". Assim, o interesse público seria equivalente ao "bem de todos", enquanto o interesse

<sup>257</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1183/1184.

<sup>258</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 135/136.

<sup>259</sup> *Ibidem*, p. 136.

particular se referiria somente ao "bem de alguns", de modo que, "em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o 'bem de todos', no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada."<sup>260</sup> O dever estatal de promover o bem de todos constituiria, assim, o fundamento normativo do princípio da supremacia do interesse público.<sup>261</sup>

Não parece, no entanto, que essa seja a interpretação mais apropriada. Note-se, nesse sentido, que o aludido dispositivo constitucional não menciona apenas que constitui objetivo fundamental promover o "bem de todos", mas que tal objetivo constitui na promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."<sup>262</sup> E essa segunda parte do dispositivo tem especial relevância, pois indica o sentido fundamental em que a expressão "bem de todos" deve ser interpretada. O propósito evidente do inciso constitui em garantir a igualdade, assegurando que o "bem de todos" os indivíduos seja igualmente tutelado, e não apenas o bem daqueles que apresentarem determinada origem, raça, sexo, cor ou idade. O inciso se dirige, assim, a evitar discriminações infundadas. Daí porque se afirma que "a igualdade formal foi consagrada neste inciso. Trata-se da enunciação do princípio da isonomia, que vem reiterado em várias passagens desta Constituição."<sup>263</sup>

Vê-se, assim, que esse dispositivo constitucional concretiza o princípio da isonomia - e não o princípio da supremacia do interesse público. A rigor, ele sequer realça o interesse público diante do interesse particular; ao invés, o inciso fortalece, de certo modo, a proteção ao particular, assegurando que, mesmo que ele pertença a uma minoria racial, étnica, etc. não poderá ser discriminado pela maioria. Também por esse motivo, portanto, parece seguro afirmar que tal dispositivo não constitui fundamento de validade para o debatido princípio.

<sup>260</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

<sup>261</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 120.

<sup>262</sup> "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>263</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

### 2.3 Da incompatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da concordância prática

A incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com os princípios<sup>264</sup> da proporcionalidade e da concordância prática constitui outro argumento fundamental para demonstrar a ausência de amparo a tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se primeiramente, em apertada síntese, no que consistem tais princípios.

De um lado, o princípio da concordância prática ou da harmonização, intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, determina que o intérprete das normas constitucionais, caso se depare com situações de conflito entre bens constitucionalmente protegidos, "adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum."<sup>265</sup> Ao invés do sacrifício total de um bem jurídico em relação aos outros, deve-se promover uma coordenação e combinação entre eles.<sup>266</sup> Conforme sustentado já por Konrad Hesse, quando surgem colisões entre bens tutelados pela Constituição, não se deve, por meio de uma "abstrata ponderação de valores", realizar qualquer deles ao preço do sacrifício do outro.<sup>267</sup>

Esse princípio, como ressalta Canotilho, parte do pressuposto de que os bens constitucionais são de igual valor, não possuindo hierarquia entre si.<sup>268</sup> Daí porque um não pode ser sacrificado em benefício do outro, devendo haver, ao invés, o "estabelecimento de limites ou condicionamentos recíprocos, de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens."<sup>269</sup>

De outro lado, o princípio da proporcionalidade também se volta à solução de colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição. Discute-se se constitui decorrência dos direitos fundamentais, do princípio do Estado de Direito ou do próprio

---

<sup>264</sup> Em que pese essas normas sejam tradicionalmente descritas como princípios jurídicos, Humberto Ávila defende que deveriam ser descritas como postulados normativos - os quais consubstanciaríamos uma terceira espécie normativa, ao lado das regras e dos princípios (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 133-139; 145; 161-175). Para os fins deste trabalho, todavia, essa discussão não apresenta maior importância, de modo que se denominarão as referidas normas como princípios, tendo em vista ser esta a designação tradicionalmente empregada pela doutrina e pela jurisprudência.

<sup>265</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

<sup>266</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1225.

<sup>267</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20 ed. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 66.

<sup>268</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1225.

<sup>269</sup> *Ibidem*, p. 1225.

conceito de justiça,<sup>270</sup> mas o certo é que o seu emprego veio a ser consagrado tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial, inclusive no direito brasileiro.<sup>271</sup>

O princípio da proporcionalidade, assim como o da concordância prática, visa a proteger ao máximo os bens constitucionalmente tutelados que se encontrem em colisão. Diferentemente dele, contudo, o princípio da proporcionalidade fornece critérios aptos a direcionar a ponderação a ser realizada pelo intérprete;<sup>272</sup> compreende uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim, indicando três exames fundamentais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), conforme expostos por Humberto Ávila:

A adequação exige uma relação empírica entre meio e fim: o meio deve levar à realização do fim. [...] O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. [...] O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta a ser formulada é: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?<sup>273</sup>

Esses três exames inerentes ao princípio citado podem ainda ser bem sintetizados nos seguintes exemplos: a) "é inadequado tentar tapar o sol com uma peneira"; b) "é desnecessário amputar a perna para solucionar o rompimento de menisco."; c) "é desproporcional matar um pardal com um tiro de canhão".<sup>274</sup>

Desse modo, ambos os princípios, conquanto não se confundam, determinam que o intérprete procure otimizar a proteção dos bens jurídicos colidentes, realizando-os ao máximo e impedindo a supressão de qualquer deles. Isso porque, como visto, ambos são igualmente tutelados pela Constituição e o fim visado pelo intérprete, ao fim e ao cabo, é justamente o de promover ao máximo os valores constitucionais.

Não é difícil vislumbrar, a partir daí, a incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular com tais princípios. Como aponta Ávila, enquanto o referido princípio conduz a interpretação para a supremacia de um dos interesses envolvidos,

<sup>270</sup> São algumas das possíveis fundamentações elencadas por Alexy para o referido princípio. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 120).

<sup>271</sup> Por todos: BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

<sup>272</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 165.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 165-173.

<sup>274</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p.169.

ao custo do sacrifício de outro, os princípios da concordância prática e da proporcionalidade "direcionam a interpretação, não para uma principal prevalência, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos."<sup>275</sup>

Em sentido semelhante, Daniel Sarmento contesta (naquela que considera a mais séria objeção ao debatido princípio):

Só que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ao afirmar a superioridade *a priori* de um dos bens em jogo sobre o outro, elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo consequentemente o sacrifício do interesse privado contraposto.<sup>276</sup>

Também Gustavo Binbenbojm entende que o referido princípio, ao impor uma única e invariável relação de prevalência do interesse público sobre o interesse particular, se distancia dos princípios da proporcionalidade e da concordância prática, que determinam uma ponderação dos interesses envolvidos diante do caso concreto, visando à sua harmonização.<sup>277</sup>

Por outro lado, há quem sustente que tal princípio não representa afronta à proporcionalidade e à concordância prática. Argumenta-se que o princípio da concordância prática requer que se esteja tratando de dois bens igualmente tutelados constitucionalmente<sup>278</sup> e que o interesse público receberia maior proteção constitucional do que o interesse particular;<sup>279</sup> logo, em relação à colisão entre interesse público e interesse particular, não caberia se cogitar de uma ponderação propriamente dita, pois um seria hierarquicamente superior.<sup>280</sup> Tal posição admite, portanto, que o dito princípio não permite harmonização entre o interesse público e o particular, mas defende que tal incompatibilidade se justificaria pelo fato de a Constituição conferir mais intensa tutela ao interesse público do que ao interesse

<sup>275</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p.168.

<sup>276</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p.100.

<sup>277</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 98.

<sup>278</sup> "(...)a ponderação só ocorrerá nos casos em que colidirem princípios de igual escalão" (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 250.)

<sup>279</sup> GABARDO. Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1). Acesso em: 12/07/2012. p. 279.

<sup>280</sup> "Logo, aceitar a existência de normas jurídicas que traduzem direitos e deveres definitivos, não sujeitos à ponderação, não retrata um absurdo jurídico, como parecem insinuar os autores que rejeitam o princípio da supremacia do interesse público." (HACHEM, *op. cit.*, p. 251.)

particular. Todavia, como visto no item anterior, esboça-se aqui conclusão diversa, isto é, a de que ambos recebem igual proteção constitucional - e que, em se tratando de direitos fundamentais, estes recebem uma tutela reforçada, superior àquela conferida ao interesse público. Logo, impõe-se a harmonização entre o interesse público e o interesse particular, não se podendo conceber uma primazia, em abstrato, de um sobre o outro. Assim, continua-se a vislumbrar a incompatibilidade entre o princípio discutido e os da concordância prática e da proporcionalidade.

Tem-se argumentado também que o princípio da supremacia do interesse público indica apenas uma primazia *prima facie* (relativa) do interesse público sobre o particular, ao invés de uma primazia *a priori* e absoluta.<sup>281</sup> Segundo essa versão mais fraca do princípio<sup>282</sup>, o interesse particular poderia, em certas situações, preponderar sobre o interesse público, mas se exigiria um ônus argumentativo maior para que isso ocorresse. Entretanto, tal versão do princípio em tela não parece ter o condão de torná-lo compatível com os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, já que permanece direcionando a interpretação para a supremacia de um dos interesses (ainda que possa em certos casos ser afastada), e não para a sua harmonização.

Desse modo, conclui-se duplamente: em primeiro lugar, no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é incompatível com os princípios da concordância prática e da proporcionalidade, o que constitui evidência de sua refutação pelo ordenamento jurídico brasileiro; em segundo lugar, no sentido de que, não sendo válido recorrer ao princípio da supremacia do interesse público para solucionar conflitos entre interesses públicos e interesses particulares, deve-se direcionar a interpretação, quando existente efetiva contradição entre eles, pelos princípios da concordância prática e da proporcionalidade, que conduzem à máxima realização possível de ambos os interesses envolvidos.

#### **2.4 A restrição a direitos fundamentais, uma "supremacia" nos termos do ordenamento jurídico e o esvaziamento do conteúdo do princípio**

<sup>281</sup> Por exemplo: OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 42.

<sup>282</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 101.

A conclusão no sentido de que o debatido princípio não possui fundamento de validade no direito positivo - e, desse modo, rigorosamente não existe - não implica que interesses particulares não possam ser restringidos por força de interesses públicos. Com efeito, mesmo interesses particulares que traduzam direitos fundamentais podem ser limitados tendo em vista o atendimento do interesse público. No entanto - e isso é o essencial -, essa restrição só é legítima se realizada conforme os parâmetros ditados pelo próprio ordenamento jurídico.

Conforme sintetiza Canotilho, os limites aos direitos fundamentais podem se apresentar de diversas formas: a) podem ser fixados pela própria Constituição; b) podem ser autorizados pela Constituição, quando ela prevê a edição de lei restritiva; e c) podem decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.<sup>283</sup>

Assim, em primeiro lugar, a própria Constituição pode prever a restrição a um direito fundamental visando a promover o interesse público, como ocorre, por exemplo, em relação à desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIX<sup>284</sup>), em que resta limitado o direito de propriedade. Nesse caso, radicando essa previsão no próprio texto constitucional, não há espaço para discutir a sua legitimidade, merecendo ressaltar somente que mesmo aí não se tem uma supremacia absoluta do interesse público, pois a prevalência que ele ostenta é apenas relativa; afinal, não por outro motivo se assegura, no caso, a "prévia e justa indenização em dinheiro".

Em segundo lugar, há casos em que a Constituição autoriza expressamente o legislador a promover a restrição de algum direito fundamental. Dentre esses casos, há hipóteses em que o constituinte apenas autoriza expressamente a restrição, sem aludir ao conteúdo ou à finalidade da lei, e há outras em que ele vai além, determinando que a restrição a ser operada deve visar à persecução de determinada finalidade. No primeiro caso, tem-se a reserva legal simples; no segundo, a reserva legal qualificada.<sup>285</sup> O art. 5º, XXVII, por exemplo, contempla uma reserva legal simples, ao prever que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros

---

<sup>283</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1276.

<sup>284</sup> XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.)

<sup>285</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 340.

pelo tempo que a lei fixar."<sup>286</sup> Por outro lado, o art. 5º, XII, ao prever o sigilo das comunicações telegráficas salvo "por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"<sup>287</sup>, constitui exemplo de reserva legal qualificada. Nesse último caso, considerando a eficaz "investigação criminal" ou a "instrução processual penal" como um interesse público, pode-se afirmar que realmente se permite ao legislador restringir esse direito fundamental com fulcro, ao fim e ao cabo, num determinado interesse público.

Por fim, há casos em que a restrição a direito fundamental pode ser realizada sem que a Constituição haja estabelecido expressamente alguma reserva. Isso porque mesmo direitos fundamentais sem reserva legal expressa - como a inviolabilidade de correspondência e a liberdade religiosa - podem vir a colidir com direitos de terceiros e com outros valores jurídicos de hierarquia constitucional. Nesse caso, a configuração de uma colisão poderia legitimar o estabelecimento de restrição a um direito não submetido a reserva legal expressa.<sup>288</sup> É ilustrativo do tema o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 70.814, de relatoria do Ministro Celso de Mello, referente à fiscalização de correspondência de presos pela administração penitenciária. Em que pese a inviolabilidade de correspondência constitua direito fundamental não submetido a reserva legal expressa, o Tribunal entendeu que "com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica" a administração penitenciária poderia interceptar a correspondência remetida aos presos.<sup>289</sup> Considerando-se a "segurança pública" ou mesmo a "preservação da ordem jurídica" como interesses públicos, vê-se que a restrição a um direito fundamental foi realizada, também nesse caso, com fulcro em um interesse público específico.

Desse modo, embora se defenda aqui a inexistência do controvertido princípio, não se nega que interesses públicos podem, em determinados casos, legitimar a restrição a direitos fundamentais. Salienta-se, somente, que essas restrições devem ser realizadas conforme os parâmetros consagrados pelo ordenamento jurídico para a limitação de direitos fundamentais,

<sup>286</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm). Acesso em: 20/08/12.

<sup>287</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm). Acesso em: 20/08/12.

<sup>288</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

<sup>289</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.814. Paciente/Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 01/03/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em 23/10/2012.

considerando-se a sua ampla tutela constitucional. Qualquer restrição que se cogite impor a um direito fundamental - seja ela baseada na tutela do interesse público ou não - deve obedecer a determinados limites. E esses limites, vale gizar, se referem tanto à proteção do núcleo essencial do direito quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) das restrições impostas.<sup>290</sup> Não se pode, nesse sentido, invocar a supremacia do interesse público para justificar uma restrição que não seja clara, determinada, geral e proporcional, ou que viole o núcleo essencial de um direito fundamental, tampouco conceber tal supremacia como uma cláusula geral de restrição de direitos fundamentais.<sup>291</sup>

Cabe notar também que, mesmo quando o interesse público justifica a restrição a algum direito fundamental, essa restrição não se opera mediante a invocação genérica do princípio da supremacia do interesse público, mas ante o recurso a um interesse público específico previsto no ordenamento jurídico (a segurança pública, por exemplo). Como refere Juarez Freitas:

"Força evidenciar os pressupostos de fato e de direito que indiquem verdadeiro primado do interesse geral, no caso concreto [...] O princípio do primado do interesse público nunca autoriza, em suma, invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir o Estado Democrático, que existe para o desenvolvimento universalizado e sustentável das pessoas, não o contrário."<sup>292</sup>

O mais apropriado, contudo, parece ser sequer se falar em "primado do interesse geral", uma vez que, não havendo disposição específica que garanta certa prevalência ao interesse público, ele não se encontra, *a priori*, em posição hierarquicamente superior ao interesse particular. Assim, ao invés de uma relação abstrata de prevalência absoluta, tem-se uma relação concreta de prevalência relativa.<sup>293</sup>

Desse modo, a restrição a direito fundamental pode se justificar tendo em vista a proteção a bens coletivos, mas o fundamento, aí, será a norma constitucional específica - e não o referido princípio.<sup>294</sup> A esse respeito, convém resgatar a ressalva de Bandeira de Mello

<sup>290</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

<sup>291</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 98.

<sup>292</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58/59.

<sup>293</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 165.

<sup>294</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.94.

no sentido de que tal princípio, do ponto de vista jurídico, só possui "a extensão e a compostura" que a ordem jurídica lhe haja atribuído na Constituição e nas leis, não cabendo invocá-lo abstratamente ou contra a Constituição e as leis.<sup>295</sup>

Ocorre que, se a existência de uma supremacia do interesse público diante do particular depende do que dispõem, em cada caso, a Constituição e as leis, que papel resta a cumprir para o princípio da supremacia do interesse público? Ao se reconhecer que a eventual supremacia de um interesse sobre o outro não decorre do dito princípio, mas da Constituição e das leis, esvazia-se de conteúdo autônomo o debatido princípio. Desse modo, como destaca Ávila, "em vez de um princípio de preferência, deve ser atribuída importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas - e não, portanto, o citado 'princípio' - é que são juridicamente decisivas."<sup>296</sup> Como afirma provocativamente Binjenbojm, "um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia."<sup>297</sup>

## 2. 5 O princípio como fundamento teleológico da Administração Pública?

Dentre os argumentos com mais frequência suscitados em defesa da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, está o de que ele seria o responsável por fixar a finalidade visada pela Administração Pública. Medina Osório, por exemplo, vislumbra no princípio em tela a direção finalística da Administração Pública e dos agentes públicos.<sup>298</sup> Segundo o autor, como a promoção do interesse público constitui finalidade indisponível e imperativa da Administração Pública e de seus agentes, pode-se concluir que o debatido princípio seria imanente ao conjunto de normas constitucionais que regem a Administração Pública.<sup>299</sup> Di Pietro igualmente reconhece no aludido princípio o papel de vincular a Administração Pública, de modo que, se:

"a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará

<sup>295</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 52.

<sup>296</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 171.

<sup>297</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 102.

<sup>298</sup> OSÓRIO. Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 47.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 50.

se desviando da finalidade pública prevista em lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal."<sup>300</sup>

Desse modo, caberia ao citado princípio ditar o fundamento teleológico da Administração Pública, de forma que, vindo-se a concluir pela sua inexistência, estar-se-ia colocando em risco a própria finalidade pública a que se destina a Administração Pública. Não parece, entretanto, que tal raciocínio mereça amparo.

Primeiramente, o significado que aí se atribui ao debatido princípio se confunde, por vezes, com características próprias de outros princípios. No trecho citado de Di Pietro, por exemplo, em que autora relaciona o princípio em tela à proibição de favorecimentos pessoais e de perseguições políticas, parece ser clara hipótese de aplicação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, como nota Binjenbojm.<sup>301</sup> São esses princípios - expressamente previstos na Constituição Federal - que impedem o administrador de favorecer amigos e prejudicar inimigos, e não propriamente o princípio da supremacia do interesse público. Assim, a inexistência de tal princípio não tornaria lícito esse tipo de postura por parte da Administração Pública e de seus agentes.

É de se reconhecer também a importância, para a questão ora examinada, do princípio da finalidade - que Di Pietro chega a tratar como sinônimo do aludido princípio<sup>302</sup> -, o qual pode ser definido, nas palavras de Moreira Neto, como "a orientação obrigatória, de toda a atividade administrativa pública, ao interesse público que se disponha, especificamente explícito ou implícito na lei, para ser por ela atendido."<sup>303</sup> Tal princípio assegura, portanto, incumbir à Administração Pública perseguir a realização do interesse público, acrescentando, contudo, que não se trata de qualquer interesse público, mas daquele previsto expressa ou implicitamente na lei. Por isso, inclusive, entende-se que o desvio de finalidade ocorre não só quando há afastamento do interesse público, mas também quando é perseguido interesse público diverso daquele previsto em lei.<sup>304</sup> Vê-se, assim, que o princípio da finalidade cumpre satisfatoriamente o papel que por vezes se atribui ao princípio da supremacia do interesse público, possuindo ainda uma vantagem: esclarece que o agente administrativo está vinculado, para a prática de cada ato, ao interesse público subjacente à lei que o sustenta, isto

<sup>300</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 66.

<sup>301</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 89.

<sup>302</sup> DI PIETRO, *op. cit.*, p. 64.

<sup>303</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 94.

<sup>304</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 411.

é, a um interesse público específico, previsto no direito positivo, e não a um interesse público abstratamente descrito. Não deixa espaço, desse modo, para a invocação genérica do interesse público.

Note-se, ainda, que, além dos já mencionados princípios, diversos outros são também capazes de prover uma orientação teleológica para a Administração Pública, todos em alguma medida relacionados com o interesse da coletividade - de que constituem exemplos os princípios da legalidade, da publicidade e da eficiência.

Entende-se, assim, que esse conjunto de princípios fornece um fundamento teleológico suficiente para direcionar a atuação da Administração Pública no sentido da realização do interesse público, dispensando-se, por conseguinte, a invocação do princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, caso se o repute insuficiente, é possível conceber um princípio do interesse público - como aqui já foi reconhecido - capaz de estabelecer que cabe ao Estado a promoção de interesses de ordem coletiva. Note-se, contudo, que um princípio com esse conteúdo é radicalmente distinto de um princípio de supremacia do interesse público, como nota Sarmiento, já que ele não estabelece a prevalência - sequer *prima facie* - dos interesses públicos diante dos particulares, em caso de conflito.<sup>305</sup> Desse modo, diversamente do que se tem afirmado em defesa do dito princípio, concluir pela sua inexistência não destituiria de base normativa a finalidade estatal de promover o interesse público.

Até aqui se tem sustentado que a finalidade da Administração Pública de perseguir interesses pertinentes à coletividade não é alterada pelo reconhecimento da inexistência do debatido princípio. A premissa considerada no argumento, logo, é de que a Administração Pública realmente se destina a promover o interesse público. Contudo, também é possível partir de outra premissa para pugnar o afastamento, no ponto, do princípio da supremacia do interesse público, qual seja: a de que a Administração Pública não possui essa finalidade.

Assim, pode-se defender que, estando o interesse particular e o interesse público em igual patamar de proteção constitucional, cabe à Administração Pública balizar a sua atuação pela ponderação, caso a caso, dos interesses conflitantes. E essa ponderação deve, conforme Ávila, primeiro determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens, sendo "essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a

---

<sup>305</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116. p. 89.

atuação administrativa."<sup>306</sup> Desse modo, reconhece-se que a ponderação deve não somente servir como método de controle judicial das escolhas administrativas, mas que deve também ser empregada pela própria Administração Pública na elaboração dessas escolhas.<sup>307</sup> Tal ponderação, realizada com base na proporcionalidade, constituiria o verdadeiro "princípio reitor da atividade administrativa",<sup>308</sup> devendo substituir o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular como fundamento teleológico da Administração Pública. Em suma, a máxima realização dos interesses envolvidos seria o fundamento e o fim da atividade administrativa.<sup>309</sup>

Conclui-se, assim, independentemente do caminho seguido, que o debatido princípio não fornece a direção finalística da Administração Pública. Se, por um lado, se tomar a realização do interesse público como finalidade da atividade administrativa, pode-se garanti-la por meio dos princípios da finalidade, da impessoalidade, da moralidade, e, no limite, por um princípio do interesse público. Se, por outro lado, se conceber a máxima realização dos interesses públicos e particulares como a finalidade precípua da Administração Pública, é a ponderação - com fulcro na proporcionalidade - que servirá como técnica apta a direcionar a sua atuação. Em ambos os casos, portanto, afasta-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

## 2.6. O princípio como fundamento das prerrogativas do Estado?

### 2.6.1 A fundamentação no princípio da supremacia do interesse público

Parte expressiva da doutrina brasileira tem sustentado que a existência de prerrogativas ou privilégios<sup>310</sup> em favor do Estado constituem evidência irrefutável da

<sup>306</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 178.

<sup>307</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208.

<sup>308</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 103.

<sup>309</sup> BAPTISTA, *op. cit.*, p. 204.

<sup>310</sup> Há divergências quanto à terminologia apropriada. No plano processual, Ada Pellegrini Grinover distingue prerrogativas de privilégios, sustentando que as primeiras seriam instituídas em razão do interesse público e, por isso, seriam legítimas (constitucionais), enquanto os segundos seriam instituídos para a proteção de interesses pessoais e, portanto, seriam ilegítimos (inconstitucionais). (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975. p. 30/31). No plano material, fala-se em poderes exorbitantes, privilégios e prerrogativas da Administração Pública (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 70-72; ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 53-55). Aqui, utilizam-se indiscriminadamente os termos.

subsistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no ordenamento jurídico brasileiro.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao elencar, como consequências do referido princípio, a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e a posição de supremacia desse órgão, sustenta que dessa condição privilegiada do Estado decorreriam, por exemplo, os prazos maiores para intervenção ao longo do processo judicial, os atributos do ato administrativo (presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade), a autotutela e os prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público.<sup>311</sup> O administrativista paulista enfatiza que o exercício dessas vantagens só é legítimo “se, quando e na medida” indispensável ao atendimento do interesse público. Resgata, aqui, a distinção entre interesse público primário e secundário, sustentando novamente que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público não podem ser manejadas tendo em vista apenas satisfazer interesses ou conveniências do aparelho estatal ou, por óbvio, dos agentes governamentais.<sup>312</sup>

Fábio Medina Osório igualmente busca, no princípio em análise, o fundamento constitucional de vantagens estabelecidas em favor da Administração Pública, tais como a autotutela, a presunção de legitimidade dos atos administrativos e os prazos processuais maiores.<sup>313</sup> O autor caracteriza as vantagens dessa espécie como privilégios, aludindo ao Direito Administrativo – e remetendo à lição de De La Morena – como “‘El derecho de la desigualdad’, porém uma desigualdade justificada e imposta ‘por la justa (y no solo lógica) prevalencia del interés público, al que la Administración sirve’”.<sup>314</sup>

### 2.6.2 Objeções genéricas

Esse posicionamento, conquanto respaldado pela maior parte da doutrina, está longe de ser pacífico e imune a críticas. Genericamente, pode-se aludir a outras formas de fundamentar teoricamente as prerrogativas estatais.

Primeiramente, pode-se admitir a existência de um princípio do interesse público - e não de sua supremacia frente ao particular - apto a legitimar, em certos casos, a instituição de

<sup>311</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 70-72.

<sup>312</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>313</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999. p. 55.

<sup>314</sup> OSÓRIO, *loc. cit.*

um tratamento diferenciado em prol da Administração Pública. Nesse sentido, reconhece-se que a Constituição Federal determina a tutela de bens coletivos, consagrando, por isso, um princípio atinente à realização do interesse público. Desse modo, já que incumbe especialmente ao Estado zelar pelo interesse público, pode-se conceber a constitucionalidade de determinadas prerrogativas concedidas em seu favor. Contudo, um princípio do interesse público assim descrito não se confunde - e a ressalva é fundamental - com um princípio que ateste a sua supremacia frente ao interesse particular. Afinal, uma coisa é conceber um princípio do interesse público apto a justificar determinadas prerrogativas estatais; outra é imaginar um princípio que estabeleça a supremacia, ainda que relativa, do interesse público sobre o particular quando estes estiverem em situação de conflito.

Em segundo lugar, pode-se considerar, na linha de Ávila (que refuta mesmo a existência de um princípio do interesse público), que a posição privilegiada de que gozam, em certos casos, os órgãos administrativos não resulta da dita supremacia do interesse público, mas apenas indica que esses órgãos “exercem uma função pública, para cujo ótimo desempenho são necessários determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas.”<sup>315</sup> As regras que beneficiam a Administração Pública, assim, não decorreriam de uma suposta supremacia, mas das normas constitucionais e do próprio desinteresse pessoal que define a função administrativa, o qual poderia ser reconduzido à função pública e ao próprio princípio republicano.<sup>316</sup>

Nessa linha, ainda, considera-se, conforme Meilán Gil, que não há sentido em se seguir defendendo os poderes da Administração Pública como algo exorbitante do Direito Privado, pois formam parte da função constitucionalmente designada à Administração Pública; ao invés de constituírem privilégios, são instrumentos normais e necessários ao cumprimento dos fins designados à Administração Pública.<sup>317</sup> Também nesse diapasão, Juarez Freitas sustenta que “a Administração Pública, de conseguinte, goza de prerrogativas não propriamente por supremacia, mas por legitimidade funcional e de natureza institucional, por assim dizer”.

Ambas as objeções brevemente expostas constituem fundamentações alternativas para as prerrogativas estatais, permitindo que subsistam mesmo ante a conclusão pela inexistência

<sup>315</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. p. 171.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>317</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interes público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88. p. 73.

do princípio da supremacia do interesse público. Evidenciam, sobretudo, que a existência de prerrogativas estatais - cuja legitimidade, via de regra, não se contesta - não resulta na corroboração do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

### 2.6.3 Objeções específicas

#### 2.6.3.1 Prerrogativas materiais e processuais

Além dessas objeções genéricas à fundamentação das prerrogativas estatais no debatido princípio, pode-se ainda cogitar de objeções específicas, considerando a prerrogativa de que se esteja a tratar. Antes, contudo, de se passar a essas objeções, mostra-se útil dividir as prerrogativas estatais de acordo com a sua natureza, vindo-se a falar, então, em prerrogativas materiais e em prerrogativas processuais, como sugere Gustavo Binbenojm.<sup>318</sup> Nesse sentido, percebe-se que, enquanto as prerrogativas de natureza material circunscrevem os instrumentos de que dispõe a Administração Pública para, no desenlace de seus misteres diários, cumprir as funções que lhe são constitucionalmente designadas, as prerrogativas de natureza processual se referem ao tratamento diferenciado, relativamente ao particular, que é conferido à Administração Pública quando esta ocupa a posição de parte no processo judicial. Dentre as prerrogativas de natureza material se encontram, por exemplo, os atributos do ato administrativo, a possibilidade de rescisão e alteração unilateral dos contratos administrativos (arts. 58, I e II, da lei 8.666<sup>319</sup>) e o próprio exercício do poder de polícia. Dentre as prerrogativas de natureza processual, elencam-se o prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC<sup>320</sup>), o reexame necessário como condição de eficácia para sentenças proferidas contra o Estado (art. 475, I, do CPC<sup>321</sup>), o critério

<sup>318</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 113.

<sup>319</sup> "Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei." (BRASIL. Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 01/10/2012).

<sup>320</sup> "Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público." (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em: 01/10/2012).

<sup>321</sup> "Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público" (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em: 01/10/2012).

diferenciado para fixação de honorários advocatícios quando vencida a Fazenda Pública (art. 20, par. 4º, do CPC<sup>322</sup>), dentre outros.

Feita essa distinção, passe-se ao breve exame de objeções específicas a fundamentação de cada qual no debatido princípio.

### 2.6.3.2 Objeções específicas às prerrogativas processuais

No que tange às prerrogativas processuais do Estado, o problema inicial que se põe é saber se elas podem, mesmo em se aceitando a existência do debatido princípio, ser nele fundamentadas.

Como já abordado, Bandeira de Mello, ao expor a configuração do princípio da supremacia do interesse público, explica que são os interesses públicos primários que gozam de supremacia em relação ao particular. Os interesses "públicos" secundários, que o autor associa – com fulcro em Renato Alessi – aos interesses patrimoniais do Estado, só gozariam de supremacia quando condizentes com o interesse primário, o que não ocorreria, ressalta, quando se tem em mente apenas satisfazer os interesses do aparato estatal.<sup>323</sup>

Ocorre que os interesses estatais que são afetados em decorrência da relação processual com frequência possuem caráter patrimonial. O processo judicial em que é parte o Estado, ao menos em parcela expressiva das vezes, redundando num acréscimo ou decréscimo patrimonial para o Estado; isto é, possui conteúdo econômico. Veja-se, nesse sentido, que no ano de 2010, por exemplo, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, de todos os processos em curso no Judiciário brasileiro (83,4 milhões), aproximadamente 32% (27 milhões) correspondiam a execuções fiscais<sup>324</sup> - processos, portanto, em que o Estado visa à satisfação de interesses patrimoniais. Desse modo, ao atuar como parte na relação processual, o Estado está, em boa parte das vezes, defendendo um interesse patrimonial, é dizer, um interesse secundário.

<sup>322</sup> "Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (...) § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos (...) § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em: 01/10/2012).

<sup>323</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 101/102.

<sup>324</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf). Acesso em: 14/10/2012.

Assim, ao se embasarem as prerrogativas processuais do Estado no princípio da supremacia do interesse público, acaba-se estabelecendo uma relação necessária entre o interesse patrimonial do Estado (interesse secundário) e o interesse primário, como se a satisfação daquele implicasse necessariamente o atendimento deste; como se a supremacia deste acarretasse prerrogativas em nome daquele. O ponto está em que não há como saber, ainda seguindo-se o raciocínio de Bandeira de Mello, se o interesse secundário do Estado satisfeito por meio do processo judicial, em cada caso, é condizente com o interesse "público" primário (o interesse da coletividade).

Seguramente, pode-se argumentar que a arrecadação tributária, de modo geral, destina-se ao atendimento de necessidades coletivas, conduzindo, assim, à realização do interesse público. Contudo, a questão, que assim colocada parece simples, se revela mais complexa, suscitando diversos questionamentos, tais como: em que medida a arrecadação tributária conduz à efetivação do interesse público? Elevar a carga tributária indefinidamente significa promover o interesse público? O particular não promove, também, ao gerir seus recursos financeiros, o interesse da coletividade? A discussão, aqui, extrapola o âmbito jurídico para adentrar noutros campos, mas indica - para o que interessa a este trabalho - que conferir dinheiro ao Estado, em si, não significa necessariamente que se esteja promovendo o interesse público; reconhece-se que em muitos casos essa associação é procedente, mas se insiste no sentido de que ela não é necessária.

Cabe a cada comunidade política definir em que medida os recursos financeiros que ela produz devem ser destinados ao Estado, discriminando os limites em que satisfazer o interesse financeiro do Estado condiz com a realização do interesse público. E essa decisão política - e isso é o essencial - é materializada em normas jurídicas, que regulam essa relação entre o Estado e o indivíduo, determinando em que medida este deve contribuir para o sustento daquele. Quando, numa situação qualquer da vida, surge controvérsia a esse respeito, redundando num litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário, o interesse público não está necessariamente em amparar o interesse estatal; está, antes, em albergar o interesse que o próprio ordenamento jurídico considera, no caso, digno de tutela. Assim, no âmbito processual, se o Direito amparar a pretensão do particular (estatuindo, por exemplo, o descabimento de determinada execução fiscal), constitui interesse público albergar essa pretensão. Isso indica inexistir, no âmbito processual, uma associação necessária entre o interesse financeiro do Estado e o interesse público; essa associação é, apenas, contingente. Por esse motivo, uma norma processual não pode ser vantajosa para o Estado sob o argumento de que está, com isso, tutelando o interesse público.

Em última análise, afirmar que a satisfação de um interesse implicará sempre a satisfação do outro significa dizimar a própria razão da distinção entre esses interesses - que representa, afinal, uma limitação ao princípio da supremacia do interesse público. Seguindo-se tal caminho, um princípio da supremacia do interesse público passaria a ter um conteúdo muito próximo (senão idêntico) ao de um princípio da supremacia estatal, pura e simplesmente. Significaria reconhecer, conforme sugere provocativamente Paulo Ricardo Schier, que o Estado, qual Midas, parece transformar em interesse público tudo aquilo em que toca.<sup>325</sup>

Atente-se, nesse ponto, para o fato - salientado por Dinamarco - de que outras entidades também ligadas ao interesse público (como fundações, sociedades beneficentes, Santas Casas de Misericórdia, etc.) não recebem o mesmo tratamento privilegiado em sede processual.<sup>326</sup> As prerrogativas estatais não se estendem a essas pessoas jurídicas, ainda que elas também se destinem, por natureza, à promoção de interesses coletivos. Impõe-se questionar, assim, se, sendo o princípio da supremacia do interesse público o fundamento de tais prerrogativas, por que motivo somente o Estado pode delas usufruir? A reflexão reforça a percepção de que, ao fim e ao cabo, não é simplesmente o interesse público que fundamentaria tais prerrogativas, mas o interesse estatal.

Conclui-se, assim, que, mesmo na hipótese de se admitir a existência de um princípio da supremacia do interesse público no direito brasileiro, esse princípio não poderia justificar as prerrogativas processuais do Estado, sob pena de se transmutá-lo num princípio da supremacia estatal.

De qualquer modo, isso não é tudo. É preciso indicar também que parcela expressiva das prerrogativas processuais do Estado podem ser justificadas com fulcro noutros fundamentos. Assim, também por isso a inexistência do debatido princípio não as culmina, necessariamente, de inconstitucionalidade.

Tome-se como exemplo a prerrogativa de prazo prevista no art. 188 do CPC (prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar). O fundamento constitucional de tal prerrogativa repousa não na dita supremacia do interesse público, mas no gigantismo estatal, que lhe impõe uma dificuldade adicional na colheita de dados para instruir sua defesa técnica, bem como na própria falta de estrutura interna para elaborar tempestivamente essa defesa

---

<sup>325</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246. p. 219.

<sup>326</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 128.

(insuficiência de pessoal, de recursos, etc.).<sup>327</sup> Esse fundamento está na origem da norma, como exposto por Pedro Batista Martins, autor do anteprojeto do CPC de 1939, segundo o qual:

“não é, como a muitos se afigura, um privilégio antidemocrático a ampliação do prazo em favor dos advogados da União e dos Estados. As fontes de informação a que têm de recorrer os respectivos procuradores são, em regra, repartições ou departamentos administrativos sujeitos à observância de certas formalidades regulamentares, que retardam a preparação da defesa dos interesses daquelas entidades jurídicas. Reduzir os prazos, em tais casos, seria impossibilitar a defesa dos interesses coletivos, representados pela União e pelos Estados.”<sup>328</sup>

Nesse sentido se posiciona também Pontes de Miranda, como se percebe a seguir:

“Tal regalia nada tem a ver com a natureza econômica ou moral do interesse, que a representação defende. (...) O fundamento hodierno da exceção está em precisarem os representantes de informações e de provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram mais do que as informações e provas de que precisam os particulares.”<sup>329</sup>

Tal entendimento - presente na origem da prerrogativa, como se vê - veio a ser sufragado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>330</sup> nas ADINs 1.910<sup>331</sup> e 1753-2<sup>332</sup>, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que se julgou a constitucionalidade de medida provisória que pretendia alterar o art. 188 para ampliar, somente em favor dos entes públicos, o prazo para a propositura da ação rescisória. Afirmou a Suprema Corte, em ambos os julgados, que:

<sup>327</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 65.

<sup>328</sup> MARTINS *apud* GRINOVER, p. 31/32, nota 60.

<sup>329</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979- v. p. 145.

<sup>330</sup> Há de se reconhecer, contudo, que, em precedentes anteriores, a Corte vinha justificando a prerrogativa de prazo do Estado com fulcro não só na sua dificuldade estrutural de defesa, mas também no fato de este zelar pelo interesse público, que estaria acima do particular. Foi o entendimento esposado, por exemplo, no RE 83.432/1979 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 83.432. Requerente: Francisco Pinto Duarte Filho. Recorrida: Prefeitura Municipal de Americana. Relator: Min. Leitão de Abreu. 14/03/1979. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178233>. Acesso em 08/10/2012) e, mais recentemente, nos REs 181.138/1994 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 181.138. Recorrente: União Federal. Recorrida: Elebra Telecon Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. 06/09/1994. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=225830>. Acesso em 08/10/2012) e 163.691/1995 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163.691. Recorrente: INSS. Recorrido: José Aparecido da Silva. Relator: Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214590>. Acesso em 08/10/2012).

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.910. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22/04/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>. Acesso em 08/10/2012.

<sup>332</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.753-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16/04/98. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>. Acesso em 08/10/2012.

"a igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais"<sup>333</sup>

Desse modo, um tratamento diferenciado em prol do Estado em sede processual deve se justificar com base em dificuldades fáticas concretas - e não com fulcro na suposta supremacia do interesse público - e, mesmo aí, deve observância à razoabilidade e à proporcionalidade. Ao invés de visar a conferir mais chances de êxito processual ao Estado porque este representa o interesse público, a prerrogativa se justifica porque pretende compensar dificuldades que o ente público enfrenta e que não são compartilhadas pelo particular, colocando, assim, em situação de igualdade processual litigantes que são naturalmente desiguais. Se inexistentes diferenças efetivas entre as partes, a prerrogativa não se justifica, por violar o princípio da igualdade. No caso analisado, restou assentado justamente que a prerrogativa seria inconstitucional, já que:

"aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo."<sup>334</sup>

Desse modo, vê-se que a constitucionalidade da prerrogativa de prazo a que alude o art. 188 não deve ser buscada no princípio da supremacia do interesse público, mas noutra característica do Estado (no caso, nas suas dificuldades estruturais de defesa) que justificam um tratamento diferenciado.

O que se afirmou para a prerrogativa prevista no art. 188 do CPC deve ser estendido igualmente às demais prerrogativas processuais do Estado. Os limites do presente trabalho

---

<sup>333</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.910. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22/04/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>. Acesso em 08/10/2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.753-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16/04/98. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>. Acesso em 08/10/2012.

<sup>334</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.910. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22/04/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>. Acesso em 08/10/2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.753-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16/04/98. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>. Acesso em 08/10/2012.

não permitem que se as examinem uma a uma, mas basta indicar que o seu fundamento não pode, consoante o que se vem aqui defendendo, ser buscado no princípio da supremacia do interesse público. Não se conclui, entretanto - como se tem com frequência sustentado - que a inexistência do debatido princípio acarreta a inconstitucionalidade das prerrogativas processuais do Estado. Defende-se, antes, que tais prerrogativas podem ser constitucionais, desde que possuam outro fundamento (como sucede em relação ao art. 188 do CPC); se só se justificarem com base no dito princípio, aí sim, devem realmente ser reputadas inconstitucionais, por violarem a isonomia.

### 2.6.3.3 Objeções específicas às prerrogativas materiais

No que tange às prerrogativas materiais do Estado, cabe salientar que as objeções genéricas possuem, também aqui, ampla aplicação, o que não impede, contudo, se venha a formular também objeções específicas, indicando que determinadas prerrogativas estatais podem ainda receber outro fundamento.

Tome-se como exemplo a presunção de legitimidade de que gozam os atos administrativos. Ao invés de fundamentar-se no debatido princípio, tal atributo do ato administrativo pode ser justificado com fulcro no princípio da impessoalidade, como proposto por Cirne Lima. Segundo o autor:

"a impessoalidade na determinação da vontade purifica o ato administrativo; fá-lo presumir isento dos defeitos que o caráter pessoal lhe poderia imprimir, oriundos da variabilidade dos interesses, de que a pessoa é suscetível."<sup>335</sup>

Por isso, conforme o renomado administrativista, "a mesma impessoalidade revela-nos por que o ato administrativo tem a seu favor a presunção de legitimidade."<sup>336</sup> Assim, também por isso a existência do referido atributo do ato administrativo não constitui evidência da existência do aludido princípio.

Isso posto, cabe ainda um comentário quanto ao poder de polícia, que também se costuma fundamentar no princípio da supremacia do interesse público. Veja-se, a esse respeito, que a restrição de direitos individuais pela Administração Pública se legitima não pela abstrata superioridade dos interesses da coletividade, representados pelo Estado, mas pelos próprios comandos constitucionais e legais. Assim, no dizer de Enterría e Fernández:

---

<sup>335</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Direito administrativo e direito privado**: ato administrativo e ato jurídico privado: domínio público e propriedade privada. Porto Alegre: [S.N.], 1950. p. 24/25.

<sup>336</sup> *Ibidem*, loc. cit.

"é absolutamente inadmissível, como resulta ainda de certas exposições e ainda de algumas decisões jurisprudenciais, que a Administração disponha de um poder geral implícito ou derivado da cláusula geral de ordem pública para poder condicionar, limitar ou intervir os direitos e liberdades constitucionalmente proclamados em ordem a uma hipotética articulação dos mesmos com a utilidade comum ou geral. Esta é uma tese que procede, rigorosamente, do absolutismo (...) porém totalmente incompatível com a construção moderna do Estado de Direito (...)"<sup>337</sup>

Desse modo, considerando-se as objeções genéricas e específicas expostas ao longo do capítulo, conclui-se que o princípio da supremacia do interesse público não constitui fundamento apto a justificar as prerrogativas estatais, materiais e processuais. Noutras palavras: a inexistência de tal princípio não culmina necessariamente de inconstitucionalidade as mencionadas prerrogativas, já que, a rigor, não é ele que, em regra, as fundamenta. Há prerrogativas processuais, é certo, que só se justificam em virtude desse princípio, devendo - essas sim - ser reputadas inconstitucionais ante a conclusão pela sua inexistência.

### **3 Crítica ao princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o particular**

Até aqui, tratou-se de críticas pertinentes a um princípio de supremacia do interesse público que parta de uma aceção estrita de interesse público, modo como dito princípio é comumente descrito pela doutrina. Fez-se referência, também, a críticas que são pertinentes tanto a um princípio com esse conteúdo quanto a um princípio da supremacia do interesse público que considere uma aceção ampla de interesse público. É chegada a hora, pois, de se examinar criticamente, em específico, o princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o particular. Como essa descrição do princípio é mais recente e menos empregada pela doutrina, a análise aqui será breve.

#### **3.1 O conteúdo de um princípio de supremacia do interesse público em sentido amplo**

Primeiramente, note-se que a noção ampla de interesse público considera, como critério para qualificar um interesse como público, não apenas a sua titularidade (individual

---

<sup>337</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 782/783

ou coletiva), mas sobretudo a sua consagração pelo ordenamento jurídico.<sup>338</sup> Nesse sentido, encontrando determinado interesse de um único indivíduo respaldo no ordenamento jurídico, a sua proteção traduz o próprio interesse público. Assim, Bandeira de Mello, recentemente, em resposta às críticas ao debatido princípio, afirmou que "a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição, é, também ela, um interesse público."<sup>339</sup> Luis Roberto Barroso, em semelhante sentido, defende que, num Estado Democrático de Direito, marcado pela supremacia da Constituição, a realização do interesse público muitas vezes é obtida pela satisfação de determinados interesses privados, o que ocorre, por exemplo, quando tais interesses estão protegidos por uma cláusula de direito fundamental.<sup>340</sup>

Desse modo, procede-se a um alargamento do conceito de interesse público, que passa a abranger os direitos fundamentais. No entanto, não se fornecem critérios claros para distinguir os casos em que a proteção a um direito subjetivo qualquer (que não constitua um direito fundamental) representa a realização do interesse público ou mesmo para identificar as hipóteses em que interesses particulares legítimos se identificam com o interesse público.<sup>341</sup> Surge, aí, o problema da indissociabilidade entre interesse público e interesse particular, o que comprometeria a formulação de um princípio que estabelecesse uma relação de supremacia de um sobre o outro.

Uma proposta clara de solução a esse problema foi fornecida por Daniel Hachem, em desenvolvimento às reflexões de doutrinadores que lhe antecederam. Segundo o autor, a satisfação de direitos subjetivos individuais, estejam albergados sob cláusula de direito fundamental ou não, bem como de interesses legítimos (aqueles amparados pelo Direito, conforme classificação proposta por François Ost<sup>342</sup>), configuram a realização do interesse público. O interesse público abrangeria, assim, os direitos subjetivos e os interesses legítimos, ao passo que o interesse particular circunscreveria os interesses puros e simples e os interesses ilícitos, isto é, aqueles que não são tutelados pelo direito positivo e aqueles cuja persecução é por ele proibida. A par do alargamento do conceito de interesse público, promove-se também - cabe realçar - uma redução do conceito de interesse particular, que não mais engloba os

---

<sup>338</sup> Conforme exposto nas páginas 33-36.

<sup>339</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 69.

<sup>340</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii. p. xiv.

<sup>341</sup> BARROSO, *op. cit.* p. xv.

<sup>342</sup> OST *apud* HACHEM, p. 172 *et. seq.*

interesses individuais amparados pelo Direito. Supera-se, com isso, o problema da indissociabilidade entre interesses públicos e particulares.

Em suma, interesse público passaria a ser aquele tutelado pelo Direito, ao passo que o interesse particular passaria a ser aquele não-tutelado pelo Direito.<sup>343</sup> Assim, o princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o particular, conforme defendido por Hachem, pode ser descrito também como a supremacia dos interesses juridicamente tutelados sobre os interesses não-tutelados.<sup>344</sup> Esse, em síntese, o seu conteúdo.

### 3.2 Apreciação crítica

Em primeiro lugar, é importante notar que o alargamento do conceito de interesse público, em si, ao invés de simplesmente favorecer a defesa do princípio que estatui a sua supremacia, enseja também novos motivos para a sua crítica. Isso porque admitir que a defesa de interesses particulares tutelados pelo ordenamento jurídico constitui, em certos casos, a promoção do interesse público põe em xeque a relação existente entre os conceitos de interesse público e de interesse particular. Nesse contexto, faltam critérios para identificar com clareza os casos em que a proteção de um interesse particular configura ou não a promoção do interesse público, de modo que o postulado da supremacia de um deles passa a ter um conteúdo indefinido. Surge, aí, o problema da indissociabilidade entre interesse público e interesse particular; sendo inseparáveis, não há como se cogitar da supremacia de um sobre o outro.

Tal dificuldade é superada, como visto, pela formulação de Hachem. Contudo, surgem aqui outros problemas. Em primeiro lugar, impõe-se questionar o cabimento da redução do conceito de interesse particular que se realizou para que ele pudesse ser dissociado do já alargado conceito de interesse público. Afinal, costuma-se entender por interesse particular o interesse do indivíduo, seja ele tutelado pelo Direito ou não. Assim, há interesses particulares tutelados pelo Direito e outros não tutelados pelo Direito. Contudo, Hachem sugere que somente os interesses não tutelados pelo Direito seriam tidos como particulares; os tutelados pelo Direito, mesmo que de um único indivíduo, seriam tidos como interesse público. Parece razoável conceber que a satisfação de um interesse particular implique, por vezes, a realização

---

<sup>343</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 180/181.

<sup>344</sup> *Ibidem*, p. 195 *et. seq.*

do interesse público, mas parece no mínimo arriscado afirmar que, nesse caso, o interesse deixa de ser particular por significar também a satisfação do interesse público.

Superado esse ponto, há de se reconhecer que realmente existe uma prevalência dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico (direitos subjetivos e interesses legítimos) em face dos interesses não albergados por ele (interesses puros e simples e interesses ilícitos). Com efeito, em caso de colisão entre ambos, hão de prevalecer sempre - e aqui se pode mesmo conceber uma supremacia absoluta - os primeiros. Contudo, tal prevalência não constitui decorrência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Afinal, é ínsito ao Estado de Direito que um interesse juridicamente tutelado seja protegido ante um interesse que não recebe amparo jurídico.<sup>345</sup> O lícito prevalece sobre o ilícito, é certo, mas não em virtude de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

De qualquer modo, caso se repute ser o princípio em comento o responsável por instituir a prevalência dos interesses lícitos sobre os ilícitos, estar-se-ia conferindo-lhe um novo significado, reconstruindo-o. E essa reconstrução afetaria profundamente os sentidos em que ele costuma ser empregado. Assim, em primeiro lugar, tal princípio não poderia ser invocado para restringir direitos individuais, já que ele encamparia a sua proteção. Poderia ser suscitado apenas para fazer prevalecer os interesses juridicamente tutelados sobre aqueles que não recebem tutela jurídica, o que ocorre mesmo sem a sua invocação, de modo que restaria duvidosa a sua real utilidade prática, como salienta Justen Filho:

“Por outro lado, a generalização da abrangência do interesse público acarretaria a inutilidade do postulado da sua supremacia (...) Logo, o conceito de interesse público teria tamanha amplitude que se identificaria com a ideia de posição jurídica protegida pelo direito. Em suma, o princípio da supremacia do interesse público passaria a significar nada mais do que a supremacia do lícito sobre o ilícito, deixando de apresentar qualquer conotação de preferência entre interesses lícitos igualmente protegidos.”<sup>346</sup>

Em segundo lugar, se tido como direção finalística da Administração Pública, esse princípio deixaria de determinar que a Administração Pública persiga interesses da coletividade, passando a estatuir que ela deve visar à realização do Direito, simplesmente;

<sup>345</sup> Sobre as dimensões do princípio do Estado de Direito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003. p. 243 *et. seq.*

<sup>346</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 127.

confundir-se-ia, aí, com o princípio da legalidade ou da juridicidade.<sup>347</sup> Nessa linha, inclusive, a lição de Meilán Gil, no sentido de que a submissão da Administração Pública à lei e ao Direito torna desnecessária a invocação do interesse público.<sup>348</sup> Em terceiro lugar, essa reformulação do princípio em tela afetaria a noção de que ele constitui o fundamento constitucional de prerrogativas estatais. Afinal, tais prerrogativas passariam a se justificar na medida em que permitissem à Administração Pública melhores condições de zelar pela realização do Direito (pela prevalência de interesses lícitos sobre interesses ilícitos), o que poria em risco a legitimidade de pelo menos parte delas. Em relação a cada um desses aspectos, não se demonstra, na doutrina, como o princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo se manifestaria, nem o papel que ele teria, efetivamente, a cumprir.

Por fim, no caso de se admitir a existência de um princípio com esse conteúdo, há de se salientar que ele não seria um princípio específico do Direito Administrativo. Afinal, a prevalência do lícito sobre o ilícito constitui uma característica comum a todos os ramos do Direito. Por isso, tal princípio não poderia ser tido como um dos princípios estruturantes do regime jurídico-administrativo, deixando de assumir a posição que até hoje lhe tem sido atribuída pela doutrina.

---

<sup>347</sup> Consoante Carmen Lúcia Antunes Rocha, é preciso substituir o princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, de modo a evidenciar que a Administração Pública não se submete apenas à lei formal, mas ao Direito como um todo. (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 80.)

<sup>348</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interes público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88. p. 77.

## CONCLUSÃO

Vencida a exposição do tema, passa-se a resumir as conclusões alcançadas ao longo do trabalho para, em seguida, tecer considerações finais a respeito.

Da primeira parte do trabalho, referente aos pressupostos necessários ao exame da matéria, destacam-se as seguintes conclusões:

a. Na conceituação de princípio jurídico, vislumbram-se, na doutrina pátria, em especial dois critérios distintos para extremá-los das regras jurídicas. O primeiro critério, empregado pela doutrina clássica do Direito Público (incluindo-se aí Celso Antônio Bandeira de Mello), abrange o grau de fundamentalidade da norma analisada: princípios seriam, de acordo com essa corrente doutrinária, as normas mais fundamentais de determinado sistema. O segundo critério, utilizado pela doutrina moderna do Direito Público (e desenvolvido por Dworkin e Alexy), diz com a estrutura normativa da norma examinada: princípio, em resumo, é a norma que comporta ponderação ao ser aplicada, institui mandamentos *prima facie* (ao passo que as regras instituem mandamentos definitivos) e é concretizada de modo gradual (e não da forma tudo-ou-nada, como as regras). Embora sejam relevantes as diferenças entre as concepções desenvolvidas por essas correntes doutrinárias - significando que uma norma pode ser tida como princípio à luz de uma e não o ser à luz da outra - há um importante elemento em comum entre ambas: os princípios, em ambos os casos, são tidos como autênticas normas jurídicas, devendo, para existir, possuir fundamento de validade no direito positivo.

b. O conceito de interesse público, apesar de apresentar grande amplitude semântica, não configura um conceito indeterminável, consubstanciando, ao invés, um conceito jurídico indeterminado, ao qual se reconhece, portanto, normatividade. A fim de precisar-lhe os contornos, impende atentar à distinção, oriunda do direito italiano, entre interesse "público" primário e interesse "público" secundário: o primeiro se refere ao interesse da coletividade (autêntico interesse público), enquanto o segundo circunscreve o interesse do aparato estatal (de que é exemplo o interesse patrimonial do Estado), que pode inclusive colidir com o interesse público propriamente dito. Dito interesse da coletividade precisa, entretanto, ser precisado. Nesse sentido, saliente-se que tal interesse não se encontra, ao menos em sua configuração jurídica, no interesse da maioria dos indivíduos nem no interesse autônomo da sociedade abstratamente considerados; radica, ao invés, no próprio direito positivo. A partir disso, pode-se tomar a noção de interesse público num sentido amplo e num sentido estrito.

Em sentido amplo, entende-se o interesse público como o interesse tutelado pelo direito positivo, mesmo que seja de titularidade individual. Em sentido estrito, diferentemente, o interesse público abrange apenas interesses de ordem coletiva tutelados pelo Direito. Ressalte-se, ainda, que a noção de interesse público não se confunde com a ideia de bem comum, já que este se refere à harmonização do bem individual e do bem coletivo - e não apenas ao segundo.

c. O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular foi formulado originalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello, em 1967, sendo desenvolvido pelo autor ao longo das décadas seguintes. A tese foi acolhida pela maior parte da doutrina brasileira, de modo que esse princípio, conforme o entendimento dominante, passou a compor, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, um dos alicerces teóricos sobre os quais se ergue o Direito Administrativo pátrio. Entretanto, a partir de estudo publicado por Humberto Ávila em 1988, em que o autor refuta a existência do mencionado princípio, instaurou-se polêmica no direito brasileiro: parte da doutrina defende a existência do debatido princípio, pugnando pela sua manutenção; parte nega a sua existência, defendendo, assim, a sua desconstrução; uma terceira corrente, ainda, propõe uma releitura desse princípio, sustentando, desse modo, a sua reconstrução. O presente trabalho se filia à segunda corrente, reputando insuficiente corrigir desvios pertinentes à aplicação do referido princípio (necessidade que as diversas correntes doutrinárias reconhecem) e defendendo, por conseguinte, a sua desconstrução.

Da segunda parte do trabalho, referente à análise crítica do princípio da supremacia do interesse público, destacam-se, por sua vez, as seguintes conclusões:

a. Considerando-se o conceito de princípio desenvolvido por Dworkin e Alexy, tem-se que o princípio da supremacia do interesse público não configura, a rigor, um princípio jurídico. Dito princípio, ao invés de apresentar um modo de realização gradual, possibilita apenas uma concretização ao modo tudo-ou-nada – característica própria das regras. Isso porque, diante de um caso específico, não se pode cogitar de realizar “mais” ou “menos” a supremacia do interesse público, mas somente de realizá-la ou não; ou há supremacia ou não há – inexistente outra possibilidade. Além disso, referido princípio não comporta ponderação, impedindo que seja sopesado frente a um princípio antagônico, que proteja um interesse particular; ambos não poderiam ser aplicados conjuntamente, pois um estatui, de pronto, a sua prevalência sobre

o outro. A colisão de princípios, portanto, se resolveria na dimensão da validade (como próprio das regras) – e não da dimensão do peso, como próprio dos princípios. Desse modo, não se trata de um princípio, mas de uma regra – especificamente, de uma regra abstrata de preferência em favor do interesse público. Poder-se-ia cogitar, aí, de um princípio do interesse público, capaz de ser realizado em grau e suscetível de ponderação, mas não de um princípio que afirme a supremacia do interesse público sobre o particular. Conforme o conceito de princípio defendido por Bandeira de Mello, tampouco se está a tratar de um princípio jurídico, pois lhe falece fundamento de validade no ordenamento jurídico, o que evidencia a sua inexistência, como exposto a seguir.

b. No que se refere ao princípio da supremacia do interesse público em sentido estrito sobre o particular, lembre-se que a noção de interesse público, aqui, abrange apenas os interesses de ordem coletiva tutelados juridicamente; os interesses individuais dignos de amparo jurídico correspondem ao interesse particular. Nessa configuração o princípio é habitualmente descrito, de modo que o exame, aqui, é mais detido. A esse respeito, conclui-se que:

b.1. Embora seja por vezes descrito como axioma ou como postulado ético-político, dito princípio, para ser reconhecido como tal, precisa possuir fundamento de validade no direito positivo. O debatido princípio não apresenta o referido fundamento de validade.

b.1.1. A Constituição Federal de 1988 protege com particular insistência os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que ocupam posição central no sistema por ela criado. Ambos possuem como uma de suas principais funções proteger interesses particulares (liberdade de expressão, direito de propriedade, etc.) face a maiorias eventuais e mesmo diante do Estado, inclusive quando este persegue interesses públicos. Desse modo, a ampla tutela conferida pela Carta Magna ao indivíduo impede que se venha a dela extrair um princípio que estabeleça a supremacia abstrata do interesse da coletividade sobre o interesse individual.

b.1.2. A existência de dispositivos constitucionais específicos autorizando a restrição a direitos fundamentais com fulcro em algum interesse público (como a desapropriação por interesse social), indica apenas que o constituinte realizou, aí, uma pré-ponderação por meio da qual conferiu, nestes casos específicos, relativa prevalência ao interesse público. Noutros tantos casos, que constituem a regra (e não a exceção), a opção do constituinte foi inversa - e nem por isso se cogita da existência de um princípio que ateste a supremacia do interesse particular sobre o interesse público. O fundamental é que quando a Constituição (ou a lei, respeitados os limites constitucionais) não pré-pondera os interesses

envolvidos conferindo relativa primazia ao interesse público, não pode o intérprete atribuir tal primazia por meio da invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

b.1.3. Tal princípio não pode, como propõe parte da doutrina, ser extraído do art. 3º, IV, da Constituição Federal, que prevê, como um dos objetivos fundamentais da República, promover o “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Esse dispositivo constitucional menciona o “bem de todos” não para sugerir que ele vale mais do que “o bem de cada um”, mas para assegurar que o bem de todos os indivíduos seja igualmente tutelado, e não apenas o bem daqueles que apresentam determinada origem, raça, sexo, cor ou idade. A norma em tela, assim, concretiza o princípio da isonomia – e não o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A rigor, ao proteger o indivíduo de eventual discriminação pela maioria, o referido dispositivo, ao invés de enfraquecer, fortalece o interesse particular.

b.1.4. Diante da destacada proteção conferida ao indivíduo pela Carta Magna, que estabelece uma ordem normativa que leva o particular a sério, no caso de colisão entre interesse público e interesse particular – referindo-se este a um direito fundamental – ao invés de se conceber uma supremacia do primeiro, deve-se vislumbrar uma primazia *prima facie* em favor do segundo. O direito fundamental, aí, goza de um ônus argumentativo em seu favor, no sentido de que deve prevalecer nos casos duvidosos e nos casos em que há certeza de que os fundamentos em seu favor e em prol do interesse público são igualmente bons. No caso de um conflito entre interesse público e interesse particular consubstanciado num direito subjetivo não albergado por cláusula de direito fundamental, por sua vez, o interesse particular não goza do referido ônus argumentativo em seu favor; ainda nesse caso, contudo, não se pode falar numa supremacia do interesse público ou mesmo numa primazia *prima facie* em seu benefício.

b.2. O princípio em comento é incompatível com os princípios da proporcionalidade e da concordância prática, o que constitui outro argumento a indicar a falta de amparo a tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Ambos os princípios, conquanto não se confundam, determinam que o intérprete procure otimizar a proteção dos bens jurídicos colidentes, realizando-os ao máximo e impedindo a supressão de qualquer deles. O princípio da supremacia do interesse público, inversamente, direciona a interpretação para a prevalência de um dos interesses envolvidos, ao custo do sacrifício do outro. Resulta evidente, portanto, a incompatibilidade entre esses princípios, cuja inexistência não se questiona, e o princípio da

supremacia do interesse público, o que constitui subsídio adicional para concluir pela inexistência do princípio examinado.

b.3. Concluir pela inexistência do debatido princípio não significa sustentar que direitos fundamentais jamais possam ser restringidos com fulcro em interesses públicos; pelo contrário, admite-se essa possibilidade. Contudo, salienta-se, primeiramente, que essas restrições devem ser realizadas conforme os parâmetros consagrados pelo ordenamento jurídico para a limitação de direitos fundamentais. Em segundo lugar, destaca-se que a restrição ao direito fundamental, nessa hipótese, não será realizada por meio da invocação do princípio da supremacia do interesse público, mas pelo disposto na Constituição e nas leis. Ao se reconhecer que a eventual supremacia de um interesse sobre o outro não decorre do dito princípio, mas de normas constitucionais e legais, esvazia-se o mencionado princípio de conteúdo autônomo. Não é ele, portanto, o real fundamento para a restrição de direitos fundamentais.

b.4. O princípio analisado não constitui fundamento teleológico da Administração Pública, isto é, não indica a finalidade que deve ser por ela perseguida. Se, por um lado, se tomar a realização do interesse público como finalidade da atividade administrativa, pode-se garanti-la por meio dos princípios da finalidade, da impessoalidade, da moralidade, e, no limite, por um princípio do interesse público. Assim, não procede o argumento de que a desconstrução do debatido princípio autorizaria a Administração Pública a servir a interesses particulares, deixando de zelar pelo interesse público. Se, por outro lado, se conceber a máxima realização dos interesses públicos e particulares como a finalidade precípua da Administração Pública, é a ponderação - com fulcro na proporcionalidade - que servirá como técnica apta a direcionar a sua atuação. Assim, independentemente do caminho seguido, conclui-se que o debatido princípio não fornece a direção finalística da Administração Pública.

b.5. Concluir pela inexistência de tal princípio tampouco significa que as prerrogativas estatais são necessariamente inconstitucionais. Isso porque a ampla maioria de prerrogativas estatais não se fundamenta nesse princípio. Nesse sentido, pode-se conceber objeções genéricas e específicas à fundamentação das prerrogativas materiais e processuais do Estado no debatido princípio.

b.5.1. Genericamente, pode-se aludir a outras formas de fundamentar teoricamente as prerrogativas estatais. Em primeiro lugar, pode-se admitir a existência de um princípio do interesse público – que não se confundiria com um princípio que afirma a sua supremacia sobre o interesse particular – apto a legitimar, em certos casos, a instituição de um tratamento diferenciado em prol da Administração Pública. Em segundo lugar, pode-se considerar que, inexistindo mesmo um princípio do interesse público, esse tratamento se justifica porque, ao invés de fixar privilégios, institui tão-somente instrumentos normais e necessários para o cumprimento dos fins designados constitucionalmente à Administração Pública.

b.5.2. Especificamente no que tange às prerrogativas processuais do Estado, primeiramente cabe questionar se, mesmo em se aceitando a existência do debatido princípio, tais prerrogativas podem ser nele fundadas. Considerando-se que tal princípio estatui apenas a supremacia do interesse “público” primário (como comumente afirmado), e que no processo judicial o Estado defende, em parcela expressiva das vezes, interesses patrimoniais (correspondentes a interesses “públicos” secundários), fundamentar as prerrogativas processuais do Estado no referido princípio significa estabelecer uma relação necessária entre o interesse secundário e o interesse primário, eliminando-se, no limite, a razão de sua distinção. Ao se proceder dessa forma, o próprio princípio da supremacia do interesse público tem seu conteúdo alterado, aproximando-se de um princípio que estabeleça a supremacia estatal, pura e simplesmente. Em segundo lugar, cabe indicar que boa parte das prerrogativas processuais do Estado podem ser justificadas com fulcro noutros fundamentos – o artigo 188 do Código de Processo Civil, que estabelece prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar em favor dos entes públicos, por exemplo, se justifica tendo em vista as dificuldades adicionais de defesa enfrentadas pelo Estado (volume de litígios, insuficiência de pessoal, de recursos, etc.); a prerrogativa se justifica, assim, não porque confere mais chances de êxito processual ao Estado, guardião do interesse público, mas porque se destina a colocar em plano de igualdade processual litigantes que são naturalmente desiguais. O mesmo raciocínio deve ser aplicado às demais prerrogativas processuais do Estado. Assim, tais prerrogativas podem ser tidas como constitucionais, mesmo ante a conclusão pela inexistência do debatido princípio, contanto que possuam outro fundamento; se só se justificarem com base no dito princípio, aí devem, de fato, ser consideradas inconstitucionais.

b.5.3. No que tange às prerrogativas materiais do Estado, igualmente se pode conceber outros fundamentos capaz de embasar algumas prerrogativas em específico, além dos genéricos já mencionados. A presunção de legitimidade de que gozam os atos

administrativos, por exemplo, não se funda no referido princípio, mas no próprio princípio da impessoalidade. Tampouco o poder de polícia pode ser exercido por meio da invocação do mencionado princípio; o seu fundamento repousa, antes, na Constituição Federal e nas leis. Desse modo, conjugando-se as objeções genéricas e as específicas, conclui-se que as prerrogativas processuais do Estado não são fundadas no princípio da supremacia do interesse público. Isso significa que, diversamente do que sustenta parte da doutrina, concluir pela inexistência desse princípio não significa que se deva eliminar tais prerrogativas - ao menos não grande parte delas.

c. No que se refere ao princípio da supremacia do interesse público em sentido amplo sobre o particular, o interesse público, como visto, abarca interesses individuais albergados pelo ordenamento jurídico (direitos subjetivos e interesses legítimos); interesse particular, aqui, seria apenas os interesses não tutelados pelo Direito (interesses puros e simples) e aqueles cuja persecução é por ele proibida (interesses ilícitos). Dito princípio passaria a impor, por conseguinte, a supremacia dos interesses juridicamente tutelados sobre os interesses não tutelados. Essa formulação do princípio, empregada com menos frequência e no sentido de sua reconstrução, também merece críticas.

c.1. Primeiramente, pode-se questionar o cabimento da redução imposta ao conceito de interesse particular, necessária para a sua dissociação do já alargado conceito de interesse público, que deixa de abranger os interesses individuais tutelados juridicamente para incluir apenas os interesses que não possuem amparo jurídico.

c.2. Em segundo lugar, há de se reconhecer que realmente existe uma prevalência dos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico (direitos subjetivos e interesses legítimos) em face dos interesses não albergados por ele (interesses puros e simples e interesses ilícitos). Com efeito, em caso de colisão entre ambos, não de prevalecer sempre - e aqui se pode mesmo conceber uma supremacia absoluta - os primeiros. Contudo, tal prevalência não constitui decorrência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Afinal, é ínsito ao Estado de Direito que um interesse juridicamente tutelado seja protegido ante um interesse que não recebe amparo jurídico. O lícito prevalece sobre o ilícito, é certo, mas não em virtude de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

c.3. De qualquer modo, caso se repute ser o princípio em comento o responsável por instituir a prevalência dos interesses lícitos sobre os ilícitos, estar-se-ia conferindo-lhe um novo significado, reconstruindo-o. E essa reconstrução afetaria profundamente os sentidos em que ele costuma ser empregado. Assim, em primeiro lugar, tal princípio não poderia ser

invocado para restringir direitos individuais, já que ele encamparia a sua proteção, perdendo com isso parte de sua utilidade prática. Em segundo lugar, se tido como direção finalística da Administração Pública, esse princípio deixaria de determinar que a Administração Pública persiga interesses da coletividade, passando a estatuir que ela deve visar à realização do Direito, simplesmente; confundir-se-ia, aí, com o princípio da legalidade ou da juridicidade. Em terceiro, poria em risco a legitimidade de ao menos parte das prerrogativas estatais, já que elas passariam a se justificar na medida em que permitissem à Administração Pública melhores condições de zelar pela realização do Direito. Em relação a esses três aspectos a doutrina deixa de indicar como um princípio com essa configuração se manifestaria, ou o papel que ele teria, efetivamente, a cumprir.

c.4. Por fim, mesmo que se admita a existência de um princípio com esse conteúdo, ele não seria um princípio específico do Direito Administrativo. Afinal, a prevalência do lícito sobre o ilícito constitui uma característica comum a todos os ramos do Direito. Por isso, tal princípio não poderia ser tido como um dos princípios estruturantes do regime jurídico-administrativo, deixando de assumir a posição que até hoje lhe tem sido atribuída pela doutrina.

Resumidamente, portanto, são essas as conclusões alcançadas por meio deste estudo, indicando, no seu conjunto, que o princípio da supremacia do interesse público, independentemente do conceito de princípio jurídico utilizado ou da abrangência conferida ao conceito de interesse público, não existe no direito brasileiro. A conclusão, sobre a qual tanto se tem insistido ao longo deste trabalho, suscita a indagação relativa aos impactos que pode causar no direito pátrio. A que serve, afinal, a desconstrução do combatido princípio, que aqui se sustentou com tamanha veemência? Sobre isso parece necessário registrar ainda algumas palavras.

A desconstrução do princípio serviria, segundo alguns, a um ideário neoliberal, que busca enfraquecer o Estado e fortalecer os agentes privados para que possam agir com mais liberdade no mercado; seria meio de favorecer minorias que detêm o poder econômico em detrimento de toda a coletividade. Contudo, a desconstrução desse princípio, como aqui proposta, não se orienta sob essa perspectiva “neoliberal”, cuja descrição nesses termos mereceria também ser questionada mais detidamente. Antes de servir ao “mercado”, a superação do paradigma estabelecido por esse princípio serve - arrisca-se afirmar - à renovação do Direito Administrativo, à proteção do indivíduo e dos direitos fundamentais de que ele é titular, e, em última análise, à consolidação da democracia.

A aplicação desse princípio tem aberto espaço para as mais escabrosas malversações. Não raro se autoriza a restrição de direitos fundamentais sem respaldo constitucional ou legal, invocando-se como fundamento a dita supremacia do interesse público. O comportamento desleal do Estado - infelizmente ainda comum entre nós - ao invés de ser prontamente repellido, por vezes passa a ser tolerado pelo Direito, sob o manto do princípio da supremacia do interesse público. Por mais que se insista, em teoria, que o interesse público não se confunde com o interesse estatal, a práxis permanece no sentido de identificá-los, garantindo ao Estado a prerrogativa de definir o conteúdo do interesse público. Ao fim e ao cabo, dito princípio fortalece o Estado, dificultando a eliminação de resquícios autoritários que a Administração Pública pátria ainda apresenta e fragilizando o indivíduo e os direitos fundamentais de que ele é titular.

O problema, contudo, não se limita à aplicação do princípio. Fosse adstrito a ela, bastaria assentar bases sólidas para a sua aplicação - boa parte delas já elencadas, inclusive, pelos seus defensores - e estaria superado o problema. A questão, com efeito, não é meramente operacional. Ocorre que, no perene embate entre a esfera coletiva e o âmbito individual - de difícil (ou mesmo impossível) solução - já está superado o momento em que a tensão entre ambos podia ser resolvida pela simples supremacia, em abstrato, da primeira. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que renovou a promessa democrática, instituindo um Estado destinado a assegurar o exercício de direitos fundamentais, já não se pode cogitar de uma supremacia da coletividade sobre o indivíduo - ou, com menos razão ainda, de uma supremacia estatal. O foco, ao revés, passa para o ser humano, individualmente considerado, que ocupa o centro do sistema constitucional. Note-se que não se defende, aqui, um individualismo inveterado, mas apenas uma ordem normativa da vida social - nas palavras de Alexy - que leve o particular, como particular, a sério.<sup>349</sup>

Sob esse influxo constitucional - que afeta o Direito Público como um todo - o Direito Administrativo, em específico, precisa rever alguns de seus postulados fundamentais. Como destaca Moreira Neto, conceitos doutrinários como o princípio da supremacia do interesse público, a insindicabilidade do mérito administrativo e a noção de "poderes administrativos" são alguns dos responsáveis por tornar a Administração Pública o ramo mais conservador do Estado, mais infenso a modificações e que mais sustentação proporcionou às ideologias

---

<sup>349</sup> ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 197/198.

totalitárias, dificultando a absorção das conquistas liberais.<sup>350</sup> Sobretudo num país como o Brasil, cujo regime democrático ainda pende de consolidação, diante de resquícios autoritários que resistem a se esvanecer, tais conceitos se prestam a um emprego ideologicamente perigoso. A mudança que se avizinha, portanto, pretende, ainda nas palavras de Moreira Neto, reabilitar o administrado como protagonista e destinatário da Administração Pública, passando-se, enfim, de uma administração imperial a uma administração cidadã.<sup>351</sup> De um paradigma de contraposição entre interesses públicos e interesses privados, cuja solução privilegiaria os primeiros, há de se caminhar, paulatinamente, para a cooperação entre esses diversos interesses. Ainda assim, quando colidentes, ao invés da supremacia de um à custa do outro, o caminho há de ser promover, na máxima medida possível, a harmonização entre ambos. Sendo inviável, no caso, a harmonização, há de se reconhecer aos direitos fundamentais uma primazia *prima facie* diante do interesse público antagônico. Com base em pilares deste jaez, emerge um Direito Administrativo renovado, em sintonia, finalmente, com a ordem democrática instaurada pela Constituição da República de 1988. Nesse contexto, pois, é que se insere a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público.

Realce-se que se procurou aqui, guardados os limites do trabalho e do próprio pesquisador, analisar se tal princípio existe no direito brasileiro; concluindo-se negativamente, intentou-se sistematizar críticas existentes e fornecer novos subsídios para a desconstrução do princípio em tela, indicando-se algumas alternativas para a sua substituição. A preocupação subjacente à elaboração do estudo foi a de abordar o tema, a despeito das paixões que suscita, de modo científico. Se houve ou não êxito nessa tarefa, é juízo que por certo já não cabe ao pesquisador realizar. De qualquer modo, fica a certeza da tentativa sincera.

Por fim, como último arremate, resgate-se a afirmação de Oscar Wilde, que, como notou já Gustavo Binbenjy, sintetiza exemplarmente o que se sustentou até aqui: “Our proverbs want rewriting. They were made in winter, and it is summer now.”<sup>352</sup> Com efeito, assim como a chegada da nova estação traz consigo ares de renovação, também a inauguração de um regime democrático calcado nos direitos fundamentais requer a revisão dos alicerces teóricos sobre os quais se erguem o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo. Reescrevamos, enfim, os nossos provérbios, pois é chegado o verão e já não podemos esperar mais.

---

<sup>350</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 127/128.

<sup>351</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>352</sup> "Nossos provérbios querem reescrita. Eles foram feitos no inverno, e agora é verão" - tradução livre. (WILDE *apud* BINENBOJM, p. 307).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, vol. 907, p. 93-119, 2011.
- ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. 2 vol.
- ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "supremacia do interesse público" no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. . In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-22.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9 ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.
- BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.
- BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. xii-xviii.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan.-mar. 2007. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf). Acesso em: 20/05/12.

\_\_\_\_\_. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 205, p. 109-116, jul.-set. 1996.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm). Acesso em: 09/10/2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Acesso em: 01/10/2012

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de Outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 20/08/12.

\_\_\_\_\_. Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 01/10/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.910. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 22/04/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347324>. Acesso em 08/10/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.753-2. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16/04/98. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>. Acesso em 08/10/2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 83.432. Requerente: Francisco Pinto Duarte Filho. Recorrida: Prefeitura Municipal de Americana. Relator: Min. Leitão de Abreu. 14/03/1979. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=178233>. Acesso em 08/10/2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 181.138. Recorrente: União Federal. Recorrida: Elebra Telecon Ltda. Relator: Min. Celso de Mello. 06/09/1994. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=225830>. Acesso em 08/10/2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163.691. Recorrente: INSS. Recorrido: José Aparecido da Silva. Relator: Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=214590>. Acesso em 08/10/2012

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 70.814. Paciente/Impetrante: Ulisses Azevedo Soares. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello. 01/03/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703>. Acesso em 23/10/2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 83-101, abr./jun. 2011.

CAVALCANTI, Themistocles Brandao. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. [Rio de Janeiro]: Freitas Bastos, 1936.

COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. **O interesse público**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1966.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2010. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum\\_exec\\_por\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf). Acesso em: 14/10/2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público - sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Una nota sobre el interes general como concepto juridico indeterminado. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**, Porto Alegre, vol. 7, n. 25, p.27-50, jul./dez. 1996.

\_\_\_\_\_; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

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

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE\\_Emerson\\_Gabardo\\_Correta.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1). Acesso em: 12/07/2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 2.ed.rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4.ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os principios constitucionais e o codigo de processo civil**. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escrevendohistoria/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 10/09/2012.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20 ed. Trad. por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-135, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. **Direito administrativo e direito privado: ato administrativo e ato juridico privado: domínio publico e propriedade privada**. Porto Alegre: [S.N.], 1950.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 141-152.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interes público desde la perspectiva del derecho público español. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65-88.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1980.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

\_\_\_\_\_. A noção jurídica de interesse público. In: \_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v. 89, p. 8-33, 1967.

\_\_\_\_\_. Criação de Secretarias Municipais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 284-288, jan./mar. 1971.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1979- v.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interes público es como el amor. In: BACCELAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-32.

NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - 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 Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTIFÍCIO CONSELHO JUSTIÇA E PAZ, **Compêndio da doutrina social da igreja**. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_po.html#Significado e principais implicacões](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#Significado e principais implicacões). Acesso em: 10/10/2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Marya Silvia Zanella; \_\_\_\_\_. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed.rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: \_\_\_\_\_. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-116.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217-246.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte , n. 1, p.607-630, jan. /jun. 2003.

SOUZA, Antonio Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

TÁCITO, Caio. O poder de policia e seus limites. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.27, p.1-11, 1952.

ZAVAZCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.