

Supremacia do interesse público sobre o interesse privado: um panorama crítico da teoria da desconstrução do princípio

Luiz Fernando Roberto¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma noção da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. 3 A abstrata invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento para a arbitrariedade do Estado. 4 A questão da existência e da indeterminação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

É cediço na doutrina o entendimento de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado se encontra na base do regime jurídico da Administração Pública. De acordo com essa ideia, a prevalência do interesse da coletividade em relação ao interesse particular serve de fundamento para uma relação desequilibrada entre Estado e indivíduo, no âmbito da qual ao primeiro são conferidas certas prerrogativas e, ao segundo, sujeições.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Pós-graduando em Direito Constitucional na PUC-SP.

Atualmente, nota-se o aparecimento de uma corrente doutrinária, formada por juristas de elevado prestígio nos meios acadêmicos, que defende a denominada desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Esse pensamento, baseado em regras de hermenêutica constitucional e na preocupação com a promoção da dignidade da pessoa, objetiva apontar a incompatibilidade do princípio em questão com a atual ordem constitucional.

A teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, contudo, tem sido criticada pela doutrina tradicional, que defende a perfeita consonância desse princípio com o ordenamento jurídico pátrio.

O presente trabalho tem por objetivo dar um panorama geral dessa discussão e, numa visão crítica, apresentar os principais argumentos das duas orientações doutrinárias que ora se opõem.

2 Uma noção da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

A doutrina tradicional dá uma feição garantística à formação histórica do direito administrativo, vinculando-a aos aspectos políticos e ideológicos das revoluções burguesas do século XVIII, das quais decorreram a separação das funções do Estado e a submissão dos atos estatais à lei.

Nesse sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O impulso decisivo para a formação do direito administrativo foi dado pela teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748, e acolhida universalmente pelos Estados de Direito. Até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do soberano não permitiram o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do príncipe. Dominava a vontade onipotente do monarca, cristalizada na máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem* e, subsequentemente na expressão egocentrista de Luís XIV: *L'Etat c'est moi*.

Na França, após a Revolução (1789), a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração ativa, o que ficou a cargo dos parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais.”²

Essa visão humanística dos ideais liberais reinantes no século XVIII, entretanto, não é admitida pelos defensores da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público. Tais juristas, com efeito, não vêem nas origens do direito administrativo um fenômeno garantístico dos direitos individuais, mas a continuidade de um regime autoritário, marcado pela intenção de a Administração Pública ditar suas próprias regras e julgar seus próprios atos, alheia a qualquer controle externo. A esse respeito, discorre Gustavo Binbenjoni:

“A atribuição do poder legislativo em matéria administrativa à jurisdição administrativa não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e a partilha das funções entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com administrados.

Chega-se, assim, à segunda contradição na gênese do direito administrativo: a criação de uma jurisdição administrativa. Contrariando a noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo – e conseqüente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário – embora alicerçada formalmente na ideia de que ‘julgar a Administração ainda é administrar’, não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais,

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 51-52.

pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existente nestes últimos contra a Revolução limitasse a atuação das autoridades administrativas revolucionárias.”³

Além do referido vício original, os autores da teoria ora examinada identificam uma crise pela qual passa atualmente o direito administrativo. De acordo com tais autores, o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, aliado ao compromisso do Estado Democrático de Direito com a promoção da dignidade da pessoa, obrigam o intérprete a proceder a uma releitura dos institutos tradicionais do direito administrativo, para compatibilizá-los com a Constituição Federal.

Seguindo tal raciocínio, durante o período do liberalismo posterior à Revolução Francesa, o Estado assumiu um papel essencialmente abstencionista, cujo objetivo precípua era garantir a autonomia e a liberdade dos particulares. Tal abstenção estatal, contudo, gerou distorções e desigualdades sociais, as quais puderam ser aplacadas apenas com a atuação positiva do Estado. Essa intervenção, que se fez mais evidente no período posterior à Segunda Guerra Mundial, foi marcada pela intensa prestação de serviços públicos em favor da população. Todavia, o modelo intervencionista, que se convencionou denominar *Estado de Bem-estar Social*, apesar de representar um grande avanço para os direitos e garantias fundamentais, ocasionou o insuportável inchaço do aparato estatal, o que acarretou a ineficiência dos serviços prestados pelo Estado à população. Essa falência do Estado Social motivou a retirada de certas funções da responsabilidade do Estado, transferindo-as à iniciativa privada.

Tal fenômeno foi bem captado por Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, que expõe:

“A Administração Pública burocrática necessitava de agilidade e eficiência. Instaurada a crise do Estado Social, ocorre, nas palavras de Caio Tácito, o ‘retorno do pêndulo’, ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter

3 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, n. 8, ano 3, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12591>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

econômico (diversas empresas públicas e sociedades de economia mista demonstraram-se ineficientes), e entrega à iniciativa privada, inclusive, tarefas que, até então, eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público (privatização dos serviços públicos).”⁴

Entendem os defensores da teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que, nesse processo de desmobilização do Estado Social, as noções de interesse público e de interesse privado adquiriram limites menos claros, já que tarefas anteriormente prestadas pelo Estado passaram a ser desempenhadas por entidades particulares. Além disso, no seio de uma sociedade pluralista, massificada e complexa, se tornou cada vez mais difícil separar interesses puramente individuais dos interesses públicos. Em decorrência, o direito público passou a ser influenciado por normas de direito privado, ao mesmo tempo que as normas de direito privado passaram a sofrer um grande influxo de normas de direito público.

Nesse sentido, discorre Daniel Sarmento:

“As fronteiras entre as categorias público/privado estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o direito público se privatiza, como acima destacado, este processo não anula a publicização do direito privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. Trata-se de processo, já identificado com verdadeira ‘revolução copernicana’ no direito privado, consistente na sua progressiva constitucionalização.”⁵

No alicerce dessas mudanças, segundo entendem os teóricos da doutrina da desconstrução do princípio da supremacia do interesse

4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

5 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 44-45.

público, se encontra o denominado *pós-positivismo*⁶ ou *neoconstitucionalismo*⁷. Essa teoria, que se caracteriza pela aproximação da moral com o direito e do direito constitucional com a filosofia do direito, objetiva estabelecer uma abordagem não positivista do direito. Tal abordagem, fundada na superioridade normativa dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito – notadamente o princípio da dignidade da pessoa – e na constitucionalização do direito, propõe uma releitura do ordenamento jurídico para compatibilizar todos os institutos jurídicos com a atual ordem constitucional.

Esse pensamento é bem exposto por Gustavo Binbenbojm:

“Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se, hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, ao se situarem acima e para além da lei, vincularem juridicamente o conceito de interesse público e estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.”⁸

Dentre os institutos considerados arcaicos e superados por essa corrente doutrinária, um dos que mais recebe críticas é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Alegam os autores que tal princípio representa uma janela aberta ao autoritarismo estatal, incompatível, pois, com o atual Estado Constitucional de Direito. Além

6 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *A constitucionalização do direito administrativo*, cit., p. 19.

8 BINENBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, cit.

disso, tecem críticas à sua indeterminação, chegando ao ponto de negarem a própria existência do princípio.

3 A abstrata invocação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como fundamento para a arbitrariedade do Estado

Nos textos em que se apresentam críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, nota-se uma reação dos autores a um suposto autoritarismo estatal exteriorizado pela aleatória e imotivada invocação desse princípio para a prática de atos estatais violentos. Invariavelmente, os críticos apresentam exemplos de atos administrativos imperativos e restritivos de direitos individuais, todos motivados pelo abstrato fundamento da supremacia do interesse público. Vejamos.

Daniel Sarmento escreve:

“Como se sabe, a doutrina nacional alude frequentemente ao referido princípio implícito da supremacia do interesse público sobre o particular, ao qual atribui importância capital na definição do regime jurídico-administrativo. Tal princípio é empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade, como imperatividade do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a autotutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, para citar apenas alguns exemplos.”⁹

Alexandre Santos Aragão, criticando a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais com base no interesse público, discorre: “É ainda comum a invocação do ‘interesse público’ como meio de justificar qualquer medida restritiva das liberdades públicas, como uma

⁹ SARMENTO, Daniel, Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional, cit., p. 24.

tentativa de fazer prevalecer um argumento não institucional sobre um feixe harmônico de argumentos institucionais (...).”¹⁰

Nesse mesmo passo, expõe Paulo Ricardo Schier:

“A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.”¹¹

Tais proposições, contudo, não são isentas de críticas.

De fato, em que pese o brilho e a eloquência dos autores referidos, é preciso ressaltar que em nenhuma obra consagrada de direito administrativo se encontrará qualquer definição do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que possa servir de fundamento para que o Estado aja de maneira autoritária ou violenta, como sugerido pelos trechos citados.

Aliás, nem mesmo a já referida tese do “pecado original” resiste a uma criteriosa análise, já que a ideia de que o direito administrativo nasceu para manter instituições arbitrárias do Antigo Regime parece ser demasiadamente simplista, diante da profundidade das alterações sociais e institucionais trazidas pelos ideais iluministas daquela época. Nesse contexto, são oportunas as observações de Jean Rivero e Hugues Moutouh:

“Se a doutrina do contrato social redundava, com Hobbes, na justificação do absolutismo, com Locke, ao contrário, ela conduz à limitação do poder. Para ele, o estado de natureza não é um inferno do qual se deva evadir, ainda que à custa de uma alienação total. A passagem para o estado de sociedade marca

10 ARAGÃO, Alexandre Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do estado democrático de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

11 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, jan./mar. 2004.

somente a busca refletida de um maior bem-estar. Portanto, o homem pode, antes de firmar o pacto social, calcular e dosar o que deixa à sociedade e o que guarda para si. O objetivo do contrato é precisamente fazer a partilha entre o que o homem reserva para si de sua liberdade inicial e o que entrega à autoridade do poder que cria.

Assim, aparece a ideia de que o homem recebe, da natureza, direitos fundamentais que ele conserva, em virtude do contrato, no seio da sociedade, e que são oponíveis ao poder. Sob essa forma, a escola do direito da natureza e das pessoas contém em germe os princípios fundamentais das declarações americanas e francesas do final do século XVIII.”¹²

A esse respeito, também se pode citar a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, enxergando na origem do direito administrativo uma feição limitadora do poder estatal, afirma que esse ramo do direito “constitui disciplina própria do Estado moderno, ou melhor, do Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas suas relações com os governados”.¹³

Já em conciliadora posição, baseada na lúcida lição de Odete Medauar, expõe Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

“Ao que parece, no entanto, o direito administrativo não teria sido fruto de um milagre e nem, tampouco, representaria uma continuidade com o regime anterior. Não se pode afirmar uma origem exclusivamente milagrosa quando a força da Revolução impôs aos governantes a necessidade de estabelecerem regras especiais e limitadoras da ação estatal em um novo contexto sociopolítico. Induvidosamente, o surgimento do direito administrativo foi fruto da pressão social. De outra parte, não se teria

12 RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40.

13 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 52.

efetivamente uma solução de continuidade com o Velho Regime, pois, ainda que existissem defeitos ou ‘pecados’ importantes, a Administração deixava de ser totalmente arbitrária e passava a encontrar limites em normas legais, respondendo o Estado civilmente por seus atos.”¹⁴

Realmente, parece exagerada a ideia de que os ideais iluministas que fundamentaram a Revolução Francesa seriam apenas um pretexto para a manutenção de um Estado autoritário. Do mesmo modo, parece exagerada a imagem desse Estado triste e arbitrário, que viola impunemente direitos particulares sob a abstrata justificativa do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, insistentemente descrita nos textos dos juristas que defendem a teoria examinada.

A esse respeito, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tecendo incisiva crítica à teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público:

“Em primeiro lugar, a ideia de que o interesse público *sempre, em qualquer situação*, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação. Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconsequente, irresponsável e sob falsos pretextos.

Em verdade, existe uma tendência a generalizar excessivamente determinados atributos do regime jurídico administrativo, que não correspondem à verdade.

Fala-se, por exemplo, nos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade dos atos administrativos como se fossem aplicáveis a todos os atos administrativos. No entanto, é sabido que nem todos os atos administrativos têm esses atributos. Os chamados *atos negociais* não são imperativos. Do mesmo modo, atos autoexecutórios são apenas aqueles a que a lei confere esse atributo ou aqueles de que a Administração tem que se socorrer em situações de emergência (aliás, por razões de interesse público). É o que realçamos no livro *Direito administrativo* (20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 185), repetindo lição que consta de

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *A constitucionalização do direito administrativo*, cit., p. 10.

todas as edições anteriores e nos melhores e mais atuais livros de doutrina.”¹⁵

Com efeito, uma consulta aos manuais mais tradicionais revela que nenhum jurista que se propôs a estudar com profundidade o direito administrativo declina fundamentos da utilização do interesse público para justificar atos de uma Administração Pública arbitrária ou violenta. Muito pelo contrário, toda a noção que se formou em torno da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado é permeada pela preocupação com a limitação da atuação estatal e com a proteção de interesses particulares.

Essa preocupação, cumpre ressaltar, encontra-se bem explicitada na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos mais conhecidos defensores do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que adverte:

“Existe uma impressão, quando menos difusa, fluida, mas nem por isso efetiva, de que o direito administrativo é um direito concebido em favor do poder, a fim de que ele possa vergar os administrados. Conquanto profundamente equivocada e antiética a razão de existir do direito administrativo, esta é a suposição que de algum modo repousa na mente das pessoas.

Entre nós, infelizmente, é reforçada, mesmo sem este intento, por algumas formulações doutrinárias que arrolam ‘poderes’ da Administração, quais, ‘poder’ regulamentar, ‘poder’ normativo, ‘poder’ discricionário, ‘poder’ hierárquico ou quejandos, contribuindo dessarte, para que o direito administrativo seja visto como um ramo do direito aglutinador de poderes desfrutáveis pelo Estado em sua feição administrativa, ao invés de ser considerado como efetivamente é, ou seja, como um conjunto de limitações aos poderes do Estado ou, muito mais acertadamente, como um conjunto de deveres da Administração em face dos administrados.”¹⁶

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 56, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62095>>. Acesso em: 25 dez. 2009.

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42.

As críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado baseadas na incondicionada prevalência do interesse público, portanto, partem de uma premissa equivocada. Tal equívoco, como se vê, consiste no proposital exagero de alguns aspectos do regime jurídico administrativo, para dar a impressão de que a supremacia do interesse público sobre o privado serve de fundamento para uma atuação estatal arbitrária, posição que não pode ser depreendida, sequer implicitamente, das lições da doutrina tradicional.

4 A questão da existência e da indeterminação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Seguindo a linha argumentativa já exposta, os autores que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público questionam a própria existência formal do instituto no ordenamento jurídico, sob o entendimento de que ele não resulta, “*ex constitutione*, da análise sistemática do direito”¹⁷. Além disso, questionam tais autores a aplicabilidade prática do princípio, considerando, principalmente, a indeterminação de seu conceito.

Ao criticar a indeterminação do conceito do princípio em exame, Humberto Ávila traz uma série de argumentos que objetivam demonstrar a incompatibilidade da supremacia do interesse público com a atual ordem constitucional. Em síntese, alega o autor que o referido princípio não pode ser considerado como norma-princípio à luz da teoria geral do direito, porque sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, resultando na sua prevalência absoluta em relação aos interesses privados.

Além disso, o mencionado autor aduz uma série de argumentos em abono de sua tese, entre eles: que a Constituição Federal, ao proteger a dignidade da pessoa e a esfera individual, não admite uma interpretação que leve à prevalência em favor do interesse público; que a indeterminabilidade abstrata do termo interesse público representa perigo à segurança jurídica; que o interesse público é indissociável do interesse

¹⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 186.

privado; e, por fim, que a supremacia do interesse público sobre o privado é incompatível com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática.

Por esses fundamentos, conclui Humberto Ávila:

“Não há se negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa a ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre referida supremacia do interesse público sobre o particular.”¹⁸

De fato, a existência jurídico-positiva do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem assim a precisa delimitação do seu conteúdo jurídico, são aspectos essenciais para o desempenho de uma atividade estatal compatível com os ditames do Estado Democrático de Direito. No entanto, as críticas apontadas pelos defensores da desconstrução desse princípio são pontualmente rebatidas por argumentos já consagrados na doutrina tradicional. Vejamos.

No que diz respeito à existência jurídico-positiva do princípio, cabe observar que os autores que veem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um elemento inerente à atuação estatal¹⁹, ou um pressuposto lógico do convívio social²⁰, depreendem sua previsão positiva de uma série de manifestações concretas contidas no texto constitucional e na legislação.

Nesse sentido, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A Constituição é rica em institutos fundados no princípio da supremacia do interesse público, mesmo no capítulo dos direitos

18 ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, cit., p. 186.

19 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 105.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 93.

fundamentais do homem. É o caso do princípio da *função social da propriedade*, previsto no artigo 5º, da Constituição, que serve de fundamento para desapropriações de caráter sancionatório (arts. 182 e 184) e que convive pacificamente com os princípios da propriedade privada, da livre concorrência, inseridos entre os princípios que têm por fim ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’ (art. 170). É o caso da requisição de propriedade particular pela autoridade competente ‘no caso de perigo público iminente’ (art. 5º, XXV), da proteção do sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII), do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), da ação popular (art. 5º, LXXIII). É o caso das ações coletivas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). No próprio título da ordem econômica, coexiste a proteção do interesse econômico individual com a proteção do interesse público: de um lado, a previsão da propriedade privada, da livre concorrência, da livre iniciativa, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; de outro, a justiça social, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170). Confirma-se ainda o capítulo da política urbana, onde se encontra a ideia de *função social da cidade e de bem-estar de seus habitantes* (art. 182). É o interesse público que se procura defender com a norma do artigo 192, quando se estabelece que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade. Por sua vez, o título pertinente à ordem social começa com a regra de que o seu objetivo é o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). O artigo 225 coloca o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e o define como bem de uso comum do povo.”²¹

Já com relação às críticas dirigidas à indeterminação do conceito de interesse público, é preciso observar, como já se ressaltou, que não há na doutrina tradicional uma definição de supremacia do interesse público

21 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

sobre o privado que estabeleça a absoluta prevalência do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, já se mencionou neste trabalho posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicitando que nenhum autor apresenta o princípio da supremacia do interesse público como um valor absoluto. Em reforço, é útil citar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello que, explicando os princípios que fundamentam o regime jurídico administrativo, diz:

“Os dois princípios, referidos acima, são realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como fundamental, é a tradução deles no sistema.

Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto. Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do direito administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles tenham sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável.”²²

Além disso, entende a doutrina, ao explicar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que a indeterminação do conteúdo do termo não pode representar óbice à sua aplicação.

De fato, explica Maria Silvia Zanella Di Pietro que o conceito de interesse público é tão indeterminado quanto o de outros princípios de incontroversa compatibilidade com a atual ordem constitucional, como a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a segurança jurídica etc. Aliás, a autora entende que essa indeterminação é necessária e útil para conferir ao intérprete a faculdade de melhor amoldá-lo à realidade, e ainda para ampliar a possibilidade de controle judicial.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 53.

Nesse passo, afastando as críticas tecidas pela teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a autora ainda esclarece que há diferentes graus de indeterminação do conceito jurídico de interesse público. Por essa razão, há casos em que o próprio ordenamento jurídico, ao delinear com precisão o que se deve entender por interesse público, restringe a liberdade do intérprete em determinadas situações concretas. Dessas lições, lê-se:

“Existem diferentes graus de indeterminação. Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações.”²³

Vê-se, portanto, que o conceito jurídico de interesse público, nas lições da doutrina tradicional, ganha concretude por intermédio do direito positivo. Assim, atendendo ao princípio da legalidade, axioma basilar do Estado de Direito, a Administração Pública orienta a realização de suas funções de acordo com o interesse público indicado pelo ordenamento jurídico.

Essa atividade lógico-jurídica de apreender do ordenamento jurídico o conteúdo do interesse público segue uma ordem sequencial, que vai ganhando concretude em cada etapa, até incidir sobre um caso específico. Tal procedimento hermenêutico tem início na compreensão dos princípios constitucionais, passa pela interpretação da lei e, por fim, chega à discricionariedade administrativa que incide sobre um caso concreto.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

Sobre essa atividade interpretativa voltada para a determinação do conteúdo concreto do interesse público, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade. Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo – por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico –, mas aquele interesse que tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.

Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição, e a partir dela o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e nos limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.”²⁴

A apreensão do conteúdo jurídico do conceito de interesse público por meio da análise sistemática do direito positivo, portanto, responde às críticas formuladas quanto à indeterminação do conceito. De fato, o interesse público, definido pela doutrina tradicional como a dimensão pública dos interesses individuais, será assim qualificado não pelo arbítrio do administrador público, mas sim pelo ordenamento jurídico positivo.

Aliás, ficam respondidas também as críticas relacionadas com a ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade, porque no desempenho da atividade administrativa, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“São inválidas medidas desproporcionadas em relação às circunstâncias e fatos embaixadores – e, portanto, assintônicas com o escopo normativo – tanto porque seriam desarrazoadas como porque nisto se revelaria extravasamento da competência, já que esta é atribuída para se exercitar na intensidade e

24 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de “interesse público”. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

medida indispensáveis ao fim legal, por ser mera expressão do dever de atendê-lo, do qual os poderes são a contraface serviente e instrumental.”²⁵

Também nesse sentido, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afastar críticas formuladas pela teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público:

“A exigência de razoabilidade – que está sendo apontada por alguns pretensos inovadores – está presente desde longa data na aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Se forem consultados livros de direito administrativo, vai-se encontrar a afirmação, desde longa data, de que o poder de polícia (cuja própria razão de ser decorre do princípio da supremacia do interesse público) tem as características da *necessidade*, da *eficácia* e da *proporcionalidade*.

Isto não é novidade. Isto é doutrina velha, que se conserva nova, atual, porque é indispensável para a busca do equilíbrio entre o direito individual e o interesse público. Isto já tem sido aplicado pela jurisprudência desde longa data, mesmo quando não se invoca a expressão razoabilidade. O antigo Tribunal Federal de Recursos, extinto há quase 20 anos, é rico na aplicação do princípio (cf. Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 192 et seq.).”²⁶

Por todas essas razões, é forçoso concluir que não há incompatibilidade entre os direitos fundamentais e o princípio da supremacia do interesse público delineado nas lições da doutrina tradicional. Muito pelo contrário, o direito administrativo, de acordo com os ensinamentos contidos nos manuais consagrados, é definido como um instrumento de limitação do poder estatal, que tem por um de seus principais objetivos impedir a indevida interferência do Estado na esfera de direitos privados. Por isso, conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “O princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se afirma, não

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade: seus limites e controle. In: *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80.

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege.”²⁷

5 Conclusão

A teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem o mérito de explicitar a legítima preocupação dos autores com o controle do poder estatal, de modo a preservar os direitos individuais. Além disso, a tese aprofunda de maneira notável o estudo do conceito de interesse público. Todavia, nota-se que algumas críticas formuladas à teoria tradicional para justificar a exclusão desse princípio são baseadas em uma visão superficial das consagradas lições da doutrina pátria.

Por isso, parece ser recomendável que, antes de se propor a destruição de uma doutrina tão bem elaborada e sedimentada nos meios acadêmicos, se dê a devida atenção para as lições dos nossos grandes publicistas.

Assim, construindo ciência a partir do que já foi exaustivamente estudado, pesquisado e consolidado pela doutrina tradicional, poderão os críticos do princípio da supremacia do interesse público contribuir de forma ainda mais efetiva para o aprofundamento dos estudos do direito administrativo. Essa parece ser a opinião de Alice Gonzalez Borges que, com delicadeza e precisão, observa:

“É justamente nas preciosas lições dos jovens juristas que se põem radicalmente a desconstruir o princípio da supremacia do interesse público que iremos encontrar bases para a construção de sua verdadeira concepção, à luz da melhor doutrina e dos supremos valores fundamentais de nosso próprio ordenamento jurídico-constitucional, que não podem ser esquecidos nem desrespeitados.”²⁸

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, O princípio da supremacia do interesse público, cit.

28 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. Disponível em:<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49174>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

6 Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do estado democrático de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171-215.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Legalidade – discricionariedade: seus limites e controle*. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A noção jurídica de “interesse público”. In: _____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, n. 8, ano 3, p. 77-113, jan./mar. 2005, Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12591>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. *Supremacia do interesse público:*

desconstrução ou reconstrução? *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49174>>. Acesso em: 3 fev. 2010.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62095>>. Acesso em: 25 dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

