XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

DANIEL FERREIRA

GUSTAVO ASSED FERREIRA

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direito administrativo e gestão pública III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Daniel Ferreira, Gustavo Assed Ferreira, José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-296-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

O Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública III", reunido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI na UNICURITIBA, resulta em um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e induvidoso relevo prático, fruto de estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores das mais diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, cumpre ressaltar que os comunicados científicos e as discussões propiciaram debates de largo interesse e repercussão nas mais diversas searas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de graduação, mestrado e doutorado, bem como professores e profissionais, que tiveram a oportunidade de apresentar suas contribuições de forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural. Os artigos ora publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS QUE RESULTAM NO COMBATE AOS ATOS DE CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.

2. LEGALIDADE E REGULAÇÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

3. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA EMERGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA.

5. A PUGNA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO EM FACE DO ARRANJO DEMOCRÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESMITIFICANDO A PRIMAZIA AUTOCRÁTICA DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

6. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NO PROCESSO LICITATORIO E A CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADOS.

7. PEQUENAS EMPRESAS E DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

8. REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS ESTATAIS E AS NOVAS DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL Nº 13.303/2016.

9. O TERCEIRO SETOR REGULAMENTADO: PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS DE CIDADANIA E EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL APLICADA.

10. NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS REFERENTES AO TRÂNSITO.

11. O AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E AS POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO URBANO: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE O CONTROLE PROCESSUAL JUDICIAL ACERCA DE SUA EFETIVAÇÃO.

12. A CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS REGULARIZAÇÕES FUNDIÁRIAS POR INTERESSE SOCIAL DA LEI 11.977 DE 2009.

13. PODERES E LIMITES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO NO BRASIL.

14. O PODER DISCRICIONÁRIO DO ESTADO E SUAS VERTENTES. CASO CONCRETO: MODIFICAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA A CONSTRUÇÃO DE CAMPO DE GOLFE - OLIMPÍADAS 2016.

15. TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE INSTITUI O LICENCIAMENTO AMBIENTAL EXPRESSO.

16. O DIREITO DO SERVIDOR SER REINTEGRADO AO CARGO EM RAZÃO DA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS EM PROCESSO CRIMINAL.

17. UM ENSAIO SOBRE A JUSTIFICATIVA DE APROFUNDAR OS ESTUDOS RELATIVOS AO IMPACTO DA FORMA POLÍTICA ESTATAL NA TENTATIVA DE IMPLEMENTAÇÃO DOS NOVOS MODELOS DE GESTÃO PÚBLICA.

18. A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO À LUZ DA CRISE HÍDRICA NO ESTADO DE SÃO PAULO.

Como se pode perceber, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública como um todo, inclusive com a potencial condição de apontar os rumos da pesquisa e das mais candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, pelo que registramos a satisfação em podermos debater com todos os colegas autores e demais participantes.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e os nossos cumprimentos e agradecimentos a UNICURITIBA, pela afetuosa e impecável acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Prof. Dr. Daniel Ferreira – Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC

A PUGNA ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO EM FACE DO ARRANJO DEMOCRÁTICO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESMITIFICANDO A PRIMAZIA AUTOCRÁTICA DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

THE STRUGGLE BETWEEN THE PUBLIC INTEREST AND THE PRIVATE INTEREST IN THE FACE OF THE DEMOCRATIC ARRANGEMENT OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: DEMYSTIFYING THE AUTOCRATIC PRIMACY OF PUBLIC INTEREST OVERRIDE.

Erica Patricia Moreira De Freitas
Faustus Maximus De Araujo Alvim

Resumo

O objetivo deste estudo é apresentar o conflito existente entre o princípio peculiar à administração pública nacional, intitulado supremacia do interesse público, em face dos direitos fundamentais inseridos no texto constitucional. O artigo, baseado em pesquisa bibliográfica e numa abordagem crítico-dedutiva, orienta-se a demonstrar a insustentabilidade da aplicação autocrática, genérica e apriorística do princípio da supremacia do interesse público, cuja prevalência, sob tais condições, ante a sociedade e particulares agride e contraria substantivos direitos fundamentais positivados na ordem constitucional, indispensáveis à efetivação da cidadania, servindo de obstáculo ao acesso à justiça pelo particular.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Supremacia do interesse público, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this study is to present the conflict between the principle peculiar to the national public administration, entitled supremacy of public interest, in view of the fundamental rights inserted in the Constitution. The article, based on literature and a critical-deductive approach, guides to demonstrate the unsustainability of autocratic application, generally and a priori the principle of supremacy of public interest, its prevalence, under such conditions, to society and individuals assaults and contrary to fundamental rights substantive positivized the constitutional order, essential for effective citizenship, serving as a barrier to access to justice by particular.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Supremacy of public interest, Access to justice

INTRODUÇÃO

A partir da segunda metade do sec. XX, influenciados pelo impacto da barbárie perpetrada pelos nazistas durante a segunda guerra mundial, vários juristas começaram a perceber a insuficiência do pensamento positivista para proteger os indivíduos perante o Estado. Nesse contexto, desenvolveu-se o novo direito constitucional ou o chamado *neoconstitucionalismo* fundamentado nos valores *supremacia da constituição* e *centralidade dos direitos fundamentais.* (OLIVEIRA, 2013, p.10).

Na nova perspectiva jurídica, a centralidade dos direitos fundamentais serviria de parâmetro para a interpretação das outras normas constitucionais e infraconstitucionais, conduta batizada na doutrina de *constitucionalização do direito*. Em decorrência prática desse processo de mudança, e apenas a título de ilustração, sobreveio a imposição de limites à propriedade privada, a sobrelevada importância dada aos direitos da personalidade, bem como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito civil. Também o direito penal abriu-se ao influxo das novas idéias mediante a previsão de diversas garantias processuais positivadas no artigo 5º da Carta Magna. (OLIVEIRA, 2013, p. 10).

Entretanto, impõe reconhecer que o ritmo e a intensidade dessas mudanças não foram heterogeneamente recebidas e processadas em todos os ramos jurídicos. Efetivamente, na esfera do Direito Administrativo nota-se substancial resistência quanto à redefinição do conteúdo de seus principais institutos com vistas a harmonizá-los aos novos valores trazidos pela Constituição de 1988. Entre outras dificuldades, a maior delas reside na crítica dirigida ao '*princípio' da supremacia do interesse público*, tal como definido pela doutrina tradicional, e a sua prevalência apriorística e genérica ante os interesses particulares, visto que a autocrática concepção desse princípio abre margem ao cometimento de graves desrespeitos aos direitos fundamentais de indivíduos, quando de sua aplicação ao caso concreto. (SARMENTO, 2009, p. 17).

A par dessa realidade, o presente estudo, a partir de pesquisa bibliográfica e de uma abordagem crítico-dedutiva, buscará refletir acerca da necessária redefinição do princípio da supremacia do interesse público para que este não constitua entrave à plena efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, após proceder ao estudo histórico conformativo do referido princípio na ordem jurídica, a análise buscará demonstrar a imperiosa necessidade de se equanimizar as relações travadas entre Estado e sociedade, entre Administração e particulares, a partir de juízos e procedimentos hermenêuticos ponderativos alicerçados no texto Constitucional, com vistas a atender ao imperativo-mor da obediência aos direitos fundamentais, possibilitando ao particular o acesso à justiça.

1- ONTOGÊNESE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR

Nos dias que correm, e a despeito da substantiva distância temporal, a Administração Pública nacional ainda se sustém em vetustos valores travestidos em clássicas dicotomias jurídicas, valores que, ao longo de extenso processo histórico-legislativo e de fecundo labor doutrinário, elevaram-se à categoria de *princípios conformadores do Direito Administrativo* pátrio. Entre tais, e apenas para citar dois, ainda remanescem na doutrina clássica princípios como a s*upremacia do interesse público* (em face do particular) e a *presunção de legitimidade dos atos administrativos.* A hodierna manifestação desses princípios denota a multissecular persistência de uma *ética autoritária* no seio da Administração Pública herdada da primeva cultura romana, perpetuada nas Monarquias Absolutistas modernas e sobrevivente ao Estado Liberal, *ethos* que, ainda agora, nos albores do século XXI, encontra ressonância e apoio em expressivas vozes da doutrina administrativa. (SARMENTO, 2009, p. 36-37).

Na primitiva sociedade romana, o Estado, entidade híbrida, político-religiosa, prevalecia à sociedade cujos súditos nele fundiam-se por meio da observância inconteste de regras ditadas pelo culto sagrado e pelas divindades da cidade, como bem relata Coulanges na Cidade Antiga.[1] Por força dos mandamentos sagrados, instituíam-se governos, ordenações, papeis sociais ante os quais ninguém ousava opor-se dado o seu desígnio divino. A veneração à autoridade convertera-se em severo autoritarismo capaz de delimitar, de modo expresso e inequívoco, duas esferas distintas, porém dialeticamente complementares, de manifestação de poder: de um lado, tinha-se a esfera privada (de *privatus*, particular), cujo ícone era a família doméstica, a casa, onde reinava o poderio patriarcal, e, de outro, a esfera externa, social, o espaço de manifestação da *civitas* ou espaço público, no qual o autoritarismo político era engendrado pela força-poder paterno-governamental. (MOREIRA ALVES, 1971, 66).

A progressiva construção da dicotomia *domus-civitas*, entre público e privado viria solidificar-se nas obras jurídicas coligidas em fins do Império Romano a mando do imperador Justiniano, notadamente nas *Institutas* e no *Digesto*, nas quais se dispunha ser o direito

[1] Rigorosamente, a adoção do vocábulo "Estado" em referência à experiência política romana pretende tão-somente evocar a idéia de uma organização jurídico-política e cultural capaz de amalgamar em torno de si um amplo grupo de famílias organicamente identificadas em face da defesa de interesses econômicos e sociais coincidentes. A observação se impõe em razão de que o Estado é entidade jurídico-política concebida na modernidade, exsurgindo já a partir do século XIII, na Europa Ocidental em decorrência do desenvolvimento de complexas variáveis. Para aprofundada compreensão da submissão das cidades a seus deuses, bem como de demais elementos jurídico-culturais peculiares aos romanos e gregos, sugere-se visitação à magnífica obra *A Cidade Antiga*, de autoria do historiador Fustel de Coulanges, publicada em fins do século XIX.

público “aquele que se volta ao estado da *res* romana, e privado o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos enquanto tais”.[2] (MOREIRA ALVES, 1971 p. 71).

Como assentado, a primeva sociedade romana era geneticamente autoritária. Os amplos poderes monopolizados pela autoridade – patriarcal ou governamental - informavam e orientavam o exercício de demais poderes de cunho protetivo (paternalismo), assistencial (clientelismo) e administrativo (autoritarismo e mandonismo) na vida social, conjunto de atributos que viria peculiarizar o Estado romano e, ulteriormente, as colônias exploratórias conduzidas pelo engenho lusitano na América. Desse modo, dentro dos limites possíveis daquele paradigma social, raríssima era a oposição de resistência à *voluntas* (vontade) da autoridade real cujas ordens presumiam-se legal e moralmente corretas, porquanto acordes aos juízos divinos, socialmente aceitos como inexoráveis. E ante o inexorável – dispunha a cultura – restava ao *populus*, destinatário da ordem, apenas resignar-se. Portanto, em ambos os nichos, quer doméstico ou civital, o extremado poder atribuído à autoridade pelo regime aristocrático romano preencheria todos os espaços possíveis, ditando normas de conduta na esfera pública e privada, forjando, afinal, a base genética constitutiva da supremacia do interesse público-governamental sobre o particular.[3] (MADEIRA, 2013, p. 26-27).

Portanto, esse caracter de monoconcentração absoluta de poderes-direitos em determinados sujeitos sociais tem lastros remotos, caracterizando direito e sociedades antigas, cuja manifestação perpassa variados períodos da História, revestindo-se de peculiares aparições de exercício do poder, quer nos reinos medievais, após, na formação dos Estados

---

[2] É de se acreditar que a cultuação da autoridade-poder constitui fenômeno ancestral imiscuído no senso de religiosidade, nos anseios humanos de transcendentalidade. Ao longo da História, essa inerência ontológico-religiosa revelou-se diretriz organizadora da vida profana, caracterizando o uso da autoridade político-temporal, atribuindo-se lhe caracter de sacralidade do que, justamente, emanam atributos como *correção, certeza, retidão*, enfim, *incontestabilidade*. Assim sucedera entre os antigos romanos cuja cultura era intrinsecamente autoritária em função do patriarcalismo reinante. Lá o *paterfamilias*, ascendente familiar masculino, instituição humano-divina, governante do microestado familiar, reunia amplos e incontestes poderes. Diretor do culto doméstico, suas ações congregavam elementos místicos, humano-divinos, presumindo-se, por isso, serem melhores, previamente verdadeiras e *ajustadas, ou seja, segundo o justo*, o direito costumeiro reinante. Portanto, o *paterfamilias (*com cognatos patrimônio, patrimonial, todos radicados no substantivo *pater, patrii)* detinha amplos e totalizantes poderes no seio familiar no qual exercia omnímodos poderes sobre os seus comandados (poderes religiosos, civis e jurisdicionais), bem como sobre os bens familiares, formando, pessoas e bens, objeto de sua exclusiva propriedade, controle e administração, o seu *patrimônio.* A respeito da categorização público-privado, vide *Digesto de Justiniano, liber Primus*: Introdução ao Direito Romano; trad., de Hélcio Maciel França Madeira; 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (MADEIRA, 2013, p. 57).

[3] Veja que o vocábulo autoritarismo tem raiz no substantivo latino *auctoritas* (derivado de *auctus, augere,* com sentido de crescimento, grandeza) acrescido do sufixo grego *ismo* que, entre outros sentidos, é indicativo de doutrina filosófica ou concepção teórica. De se notar que não raramente os *ismos* revelam descomedimento, desequilíbrio e desarmonia na afeição dada a certo objeto, contrariando, pois, a busca do meio-termo, da temperança, a *mesotes* aristotélica ou *áurea mediocridade*. Efetivamente, a cultura ocidental sempre primou pelo excesso no culto à autoridade, mormente aquela de natureza econômico-política: cultua-se o possuidor de riqueza, o agente burocrático poderoso, o homem público operando-se, sobretudo nesse caso, paradoxal inversão ética, vez que o político-mandatário deve, antes e sobretudo, atender à *vocação de servo,* de serviço ou de servir a seus tutores, os cidadãos-mandantes. (MADEIRA, 2013, p. 64-65).

absolutistas e liberais europeus e, hoje, na conformação de "princípios jurídicos" que sustentam a superposição do poder estatal sobre a sociedade e os indivíduos.

Assim sucedera que, ao longo do tempo, e sob novos invólucros ideológicos, viria consolidar-se a dicotomia público-privado, afirmando-se o primado do primeiro sobre o segundo. Justamente em função da primazia do público sobre o privado é que se erigiram variados privilégios de que o Estado e sua Administração ainda gozam nos dias atuais.[4]

1.1 A persistência das bases autocráticas da administração na formação dos Estados Modernos

Com o declínio do Império Romano, a Europa vivenciou cerca de dez séculos de transformações econômicas, políticas e culturais, período genericamente batizado de Idade Média cuja ordem, ao cabo de variados movimentos históricos, desintegrara-se ante a instituição dos Estados monárquicos absolutistas, a partir do século XII, assentada na profícua aliança rei-burguesia. (MARQUES, 1990, p. 55).

A seguir, a paulatina afirmação da parceria firmada entre os interesses burgueses e os estatais resultaria, ao longo dos séculos XIV à XVII, na consolidação de um Estado politicamente forte, de grande proporção, de natureza absoluta, sagrada. Portugal, Espanha, França e Inglaterra foram nações precursoras do colonialismo e as primeiras beneficiárias do crescimento econômico e político disso resultante. (MARQUES, 1990, p. 57).

Incumbidas de manifestar a potestade estatal, na esfera administrativa consolidaram-se *estruturas administrativas omnipresentes, autoritárias e autocêntricas*, típicas do Estado interventor na vida econômica e controlador da vida social, qualidades, todas, paradigmaticamente sintetizadas na célebre frase atribuída ao déspota francês Luís XIV: "*l'étatces´t moi* (O Estado sou eu) [5]. Essa potestade, corporificada no agente político,

---

[4] Não se deve menosprezar a tratativa dada a certas categorias ou conceitos jurídico-políticos no período medieval, lapidadas, em especial, pelo labor da filosofia Patrística e Escolástica, exponenciadas, respectivamente, por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Entre tantas, avulta em importância a noção de *bem comum* e *bem particular* cuja conceituação concorre não apenas para a compreensão da construção do princípio da supremacia do interesse público, como também à compreensão das categorias público-privado. (MOREIRA ALVES, 1971, p. 104-105).

[5] Slogan do *Ancién Regime* predicado ao *Rei Sol*, Luís XIV, demonstrativo da plena concentração de poderes *jurídico-administrativos* nas mãos do déspota. O poderio unipessoal do governante acha-se explicitamente colocado em textos da época: "É somente na minha pessoa que reside o poder soberano (...) é somente de mim que os meus tribunais recebem a sua existência e a sua autoridade; é unicamente a mim que pertence o poder legislativo, sem dependência e sem partilha; toda a ordem pública emana de mim, e os direitos e interesses da nação, de que se pretende ousar fazer um corpo separado do Monarca, estão necessariamente unidos com os meus e repousam inteiramente em minhas mãos". MARQUES, Ademar *et al.História moderna através de textos*. São Paulo: Contexto, 1990. p. 58.

materializava a clássica regra q*uod principiplacuit legis habet vigorem (*o que agradava ao governante tinha força de lei), haja vista que o poder do monarca abarcava o desempenho de funções administrativas, judiciárias e militares. (MARQUES, 1990, p. 58-60).

Na esfera administrativa – recorte que interessa a esse estudo – a instituição de estruturas de governança de cidades e regiões (e seu loteamento ou venda entre pessoas fiéis ao rei), a criação e a manutenção de um exército próprio, a tarefa de fiscalização de fronteiras, a cobrança de impostos e a genérica regulação da vida social e econômica formataram, desde então, o que mais tarde denominar-se-ia poderes de polícia estatal. E, para operar o funcionamento da insurgente máquina estatal, instituíra-se um corpo administrativo de funcionários, mantido sob rígidos comandos, hierarquizados sob a batuta do poder real, verdadeiros servos do rei, na autêntica acepção do termo. (SCHIER, 2010, p. 16)

Ainda na dimensão administrativa, e acorde ao modelo político prevalente, toda a administração dos interesses estatais centrava-se no voluntarismo despótico, no clientelismo subserviente, na má gestão de recursos e na concessão de privilégios distribuídos *aux amis de leroi* (aos amigos do rei). Ademais, prevalecia a indistinção entre os interesses da autoridade e aqueles interesses peculiares ao organismo político-estatal cujos conflitos, quando existentes, solviam-se mediante privilegiada atenção à autoridade real então dotada de um poder supremacial apriorístico e genérico: a *supremacia estatal*[6]. (SCHIER, 2010, p. 24).

Em síntese, de acordo com SCHEIR (2010, p. 42) esse processo político autocêntrico ulteriormente plasmaria o conteúdo e a dinâmica do modelo de administração estatal que viria instituir-se no seio dos povos conquistados (inclusive o Brasil) cujos principais atributos podem resumir-se nos seguintes:

a) na prevalência da vontade da autoridade real sobre todos os demais interesses, fazendo submeter os interesses gerais aos interesses do monarca, do governante, haja vista que os desígnios da vida social devem decorrer da *voluntariedade* do rei. *Mutadis mutandis,* e guardadas as ulteriores justificações retóricas, eis novamente exposta raiz da supremacia do interesse público sobre o privado;

b) no pleno descontrole social dos atos vertidos pela administração, atos praticados pelo governante segundo o seu alvedrio, ou a seu mando, logo presumidamente adequados e intangíveis ao juízo comum. Atualmente, ainda ocupa-se a doutrina em debater a extensão e a

[6] Observe que a cultura autoridólatra historicamente constituída no Brasil virá forjar hábitos e práticas na vida nacional por força do colonialismo lusitano, aqui projetando amplo espectro de consectários na vida social e jurídica, fazendo aqui emergir, muitos séculos depois, justamente na esfera da Administração Pública, o núcleo do que se convencionou chamar A*dministração Pública Patrimonial* cujas práticas expropriacionistas, mandonistas e clientelistas, a despeito e apesar dos esforços legislativos e avanços democráticos e institucionais, ainda hoje marcam a vida da Administrativa nacional nesse país-continente. (SCHIER, 2010, 24-26).

profundidade da sindicabilidade judicial dos atos administrativos de natureza discricionária, arguindo-se, em justificação, variados argumentos, entre os quais a *complexa tarefa de administrar*, bem como a genérica eleição de *fins e interesses públicos* presidentes da atuação estatal, os quais confeririam ao gestor *solitários e herméticos* poderes apreciativos dos vetores oportunidade e conveniência.[7]

Como se vê, os fins do Estado erigiram-se autônomos, independentes da vida social, aglutinando-se no governante amplo feixe de interesses por vezes muito distintos e distantes dos interesses manifestamente existentes na vida social, tornando-se, este, um *interesse meramente secundário*. [8] Corolariamente, as relações da administração estatal (não se pode ainda falar de Administração Pública, no sentido moderno) com os administrados pautavam-se, com não rara frequência, em vínculos de nepotismo, favorecimento, clientelismo e corrupção, enfim, pela apropriação das coisas do Estado por uma plutocracia. Apropriação que, séculos adiante, com a insurreição dos paradigmas liberais, viria revelar-se indébita. (OLIVEIRA, 2013, p.22).

1.2- O paradoxo da nova ordem igualitária: manutenção de privilégios derrogatórios da soberania

Em um Estado que se pretende democrático *soberano* deve ser o povo, as suas ordens, a respostas às suas necessidades. Ensina CUNHA (1986, p. 39) que soberano é aquele que detém poder ou autoridade suprema. Embora não fosse esse o valor orientativo da conduta dos revolucionários, ainda assim o Estado liberal burguês surgira vocacionado à emergência de um novo *ethos* político-social de cerne libertário, igualitário e cooperativo. Embora se propugnasse uma mera autonomia da conduta individual – e não aquela liberdade urdida "pelos antigos", calcada na real participatividade política - ainda assim, o novo organismo inaugurou sensíveis mudanças.

---

[7] Inúmeras vozes erguem-se na doutrina nacional para tratar do tema, exponenciando-se, entre tanto, a doutrina de Celso Antonio Bandeira de Melo, na obra *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005 e, ainda, do mesmo autor, na obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. Vide também as lições de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.* . 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001. E ainda: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público,nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp.

[8] Deve-se buscar na doutrina italiana de Renato Alessi (*Sistema instituzionale Del diritto amministrativo italiano,* 1960, p. 197-8) a precursora reflexão acerca da distinção entre *interesse estatal primário* e *secundário* estatal, que fora, na doutrina pátria, reverberada, entre outros, por Celso Antonio Bandeira de Melo.

Entretanto, mudança nem sempre é sinonímia de *trans-formação*, porquanto esta contém sentido de alteração substantiva do ser, de mudança de forma, de formato, enfim, metamorfose. Pode-se, pois, promover mudança que não importe em efetiva transformação. Assim sucedera na esfera do Direito Administrativo cujas mudanças resultaram, em especial, do processo revolucionário francês: eis que as inovações trazidas nos ventos liberais acobertaram antigos valores éticos que remanesceram informando princípios jurídico-administrativos. (CUNHA, 1986, p. 72).

Destarte, sucedera com a construção doutrinária francesa, veiculada pelo recém-criado Conselho de Estado, que faria perpetuar, sob nova justificação retórica, anacrônicos valores hoje repelidos pelo constitucionalismo contemporâneo, notadamente a absoluta e genérica prevalência do poderio estatal – a ideia da supremacia do interesse público - em face do cidadão, do administrado. (CUNHA, 1986, p. 80).

As mudanças na Inglaterra, contestatórias do Antigo Regime, fundaram-se nas idéias de John Locke quem defendia ardorosamente o poder legislativo, "poder supremo ao qual tudo mais deveria ficar subordinado". Para o inglês, a usurpação dos poderes legislativos pelo soberano sujeitava-o à insurreição popular vez que "o verdadeiro remédio contra a força sem autoridade é opor-lhe a força. O emprego da força sem autoridade coloca sempre quem dela faz uso num estado de guerra, como agressor, e o sujeita a ser tratado da mesma forma".[9]

Já na França,[10] o Iluminismo formou a base ideológica de contestação ao Antigo Regime cujo ideário fora sumulado por Diderot e D'Alambert na *Enciclopédia.* Naquele país, onde se radicam os alicerces do Direito Administrativo moderno, a ideologia revolucionária foi representada pelas idéias de Rousseau, Voltaire e Montesquieau. Para Voltaire, a liberdade

---

[9] LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 88-101.Coleção Os Pensadores. A efervescência de toda a *era das revoluções* resultou em importantíssimas contribuições ao constitucionalismo e à Administração Pública modernas, de modo que das idéias de Locke, Voltaire e Montesquieau surgiria o *liberalismo*, e das idéias de Rousseau, a *democracia*. Enfim, grosso modo, podemos afirmar que a Revolução Inglesa legou ao ocidente o Parlamentarismo; a Francesa, a democracia moderna e a Revolução Americana, de 1776, as bases do Federalismo, da República e do Presidencialismo.

[10]Embora uma das primeiras modalidades de controle externo do poder real tenha surgido na Inglaterra do século XII quando da imposição, pela nobreza agrária, da assinatura da célebre *Magna Charta Libertatum* ao rei João Sem Terra, somente mais tarde, em 1688, com a Revolução Inglesa, é que surgiriam os incipientes princípios e instituições da democracia moderna (princípios da separação de poderes, da legalidade, etc) mediante nova rendição do poder real pontificada na assinatura do Bill of Rights. Com esse vitorioso movimento, a ascendente burguesia dera início ao parlamentarismo inglês. Portanto, enquanto a Magna Carta viria emanar o princípio due process of law, a Declaração de Direitos (Bill of Rights) precursionaria, não apenas as modernas declarações de direitos (como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), mas, também, o princípio da legalidade, hoje inserto nos incisos LXVIII e LXX, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira. Na teoria do constitucionalismo moderno, observe-se que fora a Constituição norte-americana de 1787 que pela primeira vez instituiu o modelo de controle político radicado na Inglaterra e teorizado na França, (re)elaborando-se a teoria dos *checks and balances* (freios e contrapesos) sobre a qual se baseia o constitucionalismo atual. A respeito, vide MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980, p. 15.

de pensamento, de religião, bem ainda a igualdade de todos perante a lei constituíam direitos naturais, inafastáveis. Montesquieau, no *Espírito das Leis*, e na esteira do pensamento lockeano, pugnava a necessidade do estabelecimento de controle ao exercício poder político haja vista a tendência natural do homem de abusar do poder confiado ("o poder vai até que encontre limites"), crença sobre a qual fundamentou a "tripartição" de poderes inerente ao Estado contemporâneo. A seu turno, Rousseau, no *Contrato Social*, defendia a contratualização do exercício do poder, de modo a prevalecer, na sociedade organizada pelo Estado, a vontade coletiva e não mais a individual, obedecendo-se, assim, ao princípio de *que todo o poder deveria emanar do povo e em seu nome ser exercido*. Já Voltaire, receoso dos riscos do retrocesso ao arbítrio, defendia serem os juízes escravos da lei e não os seus árbitros, de modo que, segundo ele, *interpretar a lei significaria corrompê-la.* Comungando essa visão, também Monstequieau afirmava ser o juiz*"a* boca muda que pronuncia as palavras da lei*"*. (MELLO, 2008, p. 68).

Bastam, pois, essas perspectivas para ilustrar o ideário no qual se fundou o Estado de Direito, substituindo-se o "governo dos homens pelo governo das leis*"*, conjunto de valores sobre os quais viria erguer-se todo o edifício jurídico positivista nos séculos seguintes. (MELLO, 2008, p. 74).

De se ver que os revolucionários franceses nutriam intrínseca desconfiança na atuação dos juízes porque receavam eventuais retrocessos reacionários (os juízes deveriam ser a boca muda que diz a exata expressão da lei, na dicção de Montesquieau). Justamente por tal razão, a França pós-revolucionária engendrou um sistema dualista de jurisdição outorgando ao recém criado Conselho de Estado expressivos poderes conformativos do funcionamento estatal, mediante a edição de normas jusadministrativistas. (MELLO, 2008, p. 81).

O núcleo do paradoxo revolucionário evidenciou-se no fato de que os liberais, ao militarem o controle do poder, instituíram, para tanto, instâncias do poder fora das possibilidades de controle. Naquele país, segundo leciona Binenbojm (2010, p. 124), a atuação do Conselho de Estado operou perversa subversão dos fundamentos do recém-inaugurado Estado de Direito ao afrontar o ideal do controle do exercício do poder, manifesto no princípio da separação de poderes, bem como ignorar a soberana vontade social ínsita ao princípio da legalidade. Para referido autor, a gênese do Direito Administrativo naquele país fundou-se em dois grandes paradoxos: o primeiro, materializado no fato de que, a pretexto da supressão das autocráticas bases do Antigo Regime, a *criação de um Conselho de Estado*, dotado de poderes jurisprudenciais autoregulatórios da dinâmica administrativa, viria perpetuar aqueles mesmos fundamentos absolutistas, pondo-os, ainda, fora do controle dos

cidadãos, porque produzidos dentro da esfera da Administração; e, o segundo, fundado na subtração do controle judicial dos atos administrativos por parte da sociedade, veiculada pela criação de *jurisdição administrativa autônoma,* localizando na Administração ampliado leque de poderes consistentes na *criação, aplicação* e no *julgamento* de normas de natureza jurídico-administrativas. (Binenbojm, 2010, p. 124-125).

Efetivamente, o direito administrativo jurisprudencial, vertido pelo Conselho de Estado, ao exorbitar ao direito comum promovera efetiva derrogação do direito legislado, ícone do Estado de Direito recém-inaugurado. Justamente em decorrência da atuação do Conselho de Estado, categorias remanesceram no hodierno Direito Administrativo, radicados no princípio da supremacia do interesse público, tal como a insindicabilidade do mérito administrativo e os *privilégios procedimentais de que goza a Fazenda Pública em juízo,* entre outras[11]. (SARMENTO, 2006, p. 55).

2 - A PREVALÊNCIA ÉTICO-NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRIVILÉGIOS ESTATAIS

Tautologicamente, *princípios fundamentais* (expressão que também encerra uma tautologia) são aqueles sobre os quais se fundam, nos quais o Estado finca as suas bases, são aqueles que ofertam suporte a toda a ordem jurídica erigida. Entre outros, avultam destacadamente importantes os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana positivados no umbral da Constituição. (SCHEIR, 2010, p. 12).

[11]Por *privilégio* aqui entendemos a outorga irrazoável, anacrônica ou deslegitimada de certos benefícios a determinados sujeitos ou parcelas deles, os quais restam positiva ou negativamente discriminados dentre a totalidade dos sujeitos sociais. De fonte latina, composto dos radicais *privus* (privado, particular) e *legum, legis* (lei), o vocábulo privilégio é adotado como poder genérica e abstratamente reconhecido ao Estado, para agir na esfera jurisdicional ou administrativa, munido de atributos extraordinários, em regra não reconhecidos aos demais sujeitos, cuja aplicação atende não apenas aos interesses públicos *assim constitucionalmente assegurados,* mas, também, a interesses subalternos, secundários, e mesmo a interesses procrastinatórios adotados pelo sujeito estatal para fugir ao reconhecimento de direitos de terceiros ou de obrigações que lhe são impostas na ordem jurídica. Noutros termos, a configuração do privilégio resulta da constatação de que não será em toda e qualquer situação que o Estado deveria atuar revestido das prerrogativas procedimentais. Pugnamos que deveria a ordem jurídica prever juízo de procedimentalidade (passível de ligeiro recurso à Administração) pelo qual o julgador, a depender das especificidades do caso concreto, reconheceria, *ou não,* as prerrogativas extraordinárias à atuação estatal. Tal como hoje ocorre em muitas situações as *prerrogativas transubstanciam-se em privilégios* que, entre todos, é o mais perverso e portentoso: privilégio "amparado" na ordem jurídica. Ademais, assim agindo, o Estado atua em inequívoco paradoxo: quando delas lança mão para defesa de seus particularizados interesses (interesses secundários, do Estado-administração) e em manifesta agressão a direitos fundamentais, resulta por contrariar, assim, a moderna essência da lei e da atividade pública – inaugurada pelas revoluções liberais - que deveria marcar-se pela *igualdade,* pela generalidade e impessoalidade. (SARMENTO, 2006, p. 52-57)

Anote-se, quanto à organização constitucional, que jamais se poderá menosprezar a opção estética adotada pelo legislador constituinte, materializada na alocação dos direitos fundamentais e das normas-princípio no frontispício da Constituição, nas primeiras e inaugurais disposições do Texto Magno. Tal disposição serve a espancar quaisquer dúvidas acerca da vontade popular originária: *o homem é a medida de todas as coisas.* Reitere-se: essa *opção estética* organizadora revela inequívoca e intencionada *opção ética* que se materializa na demonstração de que o conteúdo expresso naquelas disposições representa sobrelevada e inegociável importância axiológico-normativa dotada de força bastante a orientar a interpretação e a aplicação dos múltiplos comandos contidos no texto constitucional, portanto, suficientes a regrar a conduta da Administração Pública. (SARMENTO, 2009, p. 19).

Em sendo assim, não há, à luz da contemporânea interpretação constitucional, bem como em razão da *constitucionalização da atividade administrativa***,** legitimação hermenêutica hábil a sustentar a indistinta, genérica e apriorística *supremacia do interesse público* sobre os particulares, acima da cidadania. Vale dizer: apenas uma única e absoluta supremacia existe e deverá ser essencialmente considerada em toda e qualquer aplicação da ordem jurídica: *a supremacia da Constituição*. (SARMENTO, 2009, p. 22).

Efetivamente, antes mesmo das celebradas idéias de Kelsen, já se tinha consagração de que a Constituição ocupa o vértice do ordenamento, funcionando, pois, como fonte, fundamento e raiz de aferição da legalidade e, igualmente, da legitimidade e da justiciabilidade da experiência jurídica infraconstitucional. A respeito dessa disposição magna, leciona Barroso (1998, p.150):

> Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

Ao tratar da função dos princípios constitucionais sobre a ordem jurídica, o professor assevera que “cabe-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiraram a criação ou reorganização de um dado Estado”. (Barroso, 1998: 146).

É consabido que a Constituição abriga proposições que consagram *valores* e *bens jurídicos* que frequentemente se contrapõem. Em tais casos, e reforçando a unidade do Texto Maior, a efetivação de tais valores e bens reclamará harmonização pelo intérprete. O que não se tolera, porque não se coaduna com a inteligência sistemática e finalística da Carta, é a

adoção simplista e simplificadora de teses escapistas (sobretudo utilitaristas), voltadas à desatenção dos sobrelevados valores constitucionalizados, entre os quais o valor dignidade da pessoa humana, a seu turno abarcativo de uma miríade de outros direitos humanos fundamentais constitucionais. (BARROSO, 1998, p. 162).

Entre os autores implicados na proposição de soluções aos reportados conflitos, Barroso aponta que a solução pacificadora da tensão entre bens e valores constitucionalizados pode ser buscada no desenvolvimento do *princípio do devido processo legal,* segundo a tratativa dada ao mesmo pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o autor, a solução haverá de ser composta dentro de um exercício hermenêutico ponderativo, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aferição da tensão existente. Segundo Barroso, o devir do *due processo flaw* forjou duas dimensões relevantes ao exercício controlador: uma, com ênfase processual *(procedural due process*) e, outra, com núcleo material ou substantivo (*substantive due process*). (SARMENTO, 2009, p. 36).

A esse respeito, Luiz Roberto Barroso acrescenta que:

> "(...) essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e atos do Poder Público em geral" (BARROSO, 1998, p.199).

Sendo, pois, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade utilizados como mecanismos de controle da discricionariedade legislativa e administrativa, eis que com a aplicação desses princípios, o Judiciário deve buscar o melhor resultado, isto é, buscar a realização dos direitos fundamentais. A indistinta eleição do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é manifestamente incompatível com o princípio da proporcionalidade, importante parâmetro para aferição da constitucionalidade das prerrogativas exorbitantes da Administração. Vigente no ordenamento brasileiro, com amplo reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, o princípio da proporcionalidade abriga critérios indispensáveis à resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais. Para fazê-lo, o mencionado princípio desmembra-se em três subprincípios, assim sintetizados:

> (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da (c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão. (BARROSO, 2007, p. 69)

Veja que o caminho eleito - cimentado de legalidade, de técnica hermenêutica, de juridicidade e justiciabilidade, diga-se, põe em cheque antigos bastiões da Administração estatal, como presunções, privilégios e intangibilidades.[12] (BARROSO, 2007, p. 69-71).

Muito embora o excerto doutrinário reporte-se, materialmente, ao conteúdo dos atos vertidos pela Administração, a lógica presidente da construção é a mesma a orientar a crítica aos privilégios da Administração que se ancoram na idéia da supremacia: à luz dos pilares constitucionais, o indistinto e abarcativo reconhecimento da supremacia é *per si* agressivo à ordem instituía pelo legislador constituinte originário. (SARMENTO, 2009, p. 74).

Em reforço a esse viés, Marçal, na crítica ao princípio da supremacia do interesse público, repele a existência do que chama s*upremacias jurídicas absolutas*, sustentando, para tanto, a necessidade de se proceder à sistemática e ponderada aplicação dos princípios constitucionais, quando provados ante casos concretos, mirando afirmar-se, em todo caso, os direitos fundamentais encartados na Constituição. Isso porque, aduz o "núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização dos direitos fundamentais indisponíveis" (Marçal, 2014, 159). [13]

Nos dias atuais quando se espera *atuação constitucionalizada da Administração Pública*, balizada, pois, pela congruente, conciliadora e sistemática aplicação dos princípios constitucionais, urge compreender o *fenômeno da prevalência do interesse estatal* para assinalar-lhe as evidentes limitações e anacronismos ou, ao menos, a inadequação da hígida, autoritária, generalizada, apriorística e inflexível adoção do princípio da primazia estatal em face da sociedade, dos interesses particulares igualmente albergados e privilegiados no texto constitucional. (MARÇAL, 2014, p. 149-150).

Daniel Sarmento (2009, p. 38) assevera que "o dogma vigente entre os publicistas brasileiros, que preconiza a supremacia do interesse público sobre o particular, parece ignorar

---

[12] Pela afirmação da dimensão material do *due process of law*se abriria ampla possibilidade de análise do mérito dos atos administrativos, redefinindo-se o conceito de discricionariedade. Em sendo assim, a verificação do agir estatal se submeteria ao crivo da *proporcionalidade e da razoabilidade* com imprescindível e absoluta valia para o exame da atuação administrativa, permitindo-se aferir a compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador na construção das disposições-garantia e os fins por ele visados, permitindo-se, ainda, a verificação da legitimidade dos fins. (BARROSO, 2007, p. 69-71).

[13] A respeito desse equívoco e, segundo leciona Marçal, nos dias atuais, nos quais o Estado lança mão de variadas parcerias com a sociedade para o cumprimento de suas funções, não soa razoável sustentar a velha dicotomia entre regime de direito público e regime de direito privado, concebendo-os de modo estanque e indissociável, haja vista a ocorrência de situações em que Administração e particulares atuam obedientes ora a um, ora a outro regime. Acrescente-se, ainda, que muitas vezes atuam ambos sob regime jurídico-administrativo híbrido, aglutinador de regras privadas e públicas. (MARÇAL, 2014, p. 149).

nosso sistema constitucional, que tem como uma das suas principais características a relevância atribuída aos direitos fundamentais".

Desse modo, a legitimação da epifania estatal – e da Administração que lhe corresponde – reclama o confronto de seus privilégios ante o poder emanado dos princípios fundantes e estruturantes do Estado Democrático de Direito, mormente com os direitos fundamentais e humanos, autênticos axiomas orientadores de toda a ordem jurídica pátria, razão pela qual jazem inscritos justamente no umbral da Constituição Federal. (SARMENTO, 2009, p. 42). É ainda, o mesmo autor[14] quem pondera a importância da não restrição de direitos fundamentais ante o interesse público:

> Na verdade, parece-nos que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Elas demandam um exame mais complexo, que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina. (p.157)

No mesmo sentido, o magistério de Paulo Ricardo Scheir (2007,p.14)[15]:

> (...) os direitos, liberdades e garantias fundamentais não são compreendidos como "concessões" estatais e nem tampouco podem ser vistos como um "resto" de direitos que só podem ser afirmados quando não estejam presentes outros interesses mais "nobres", quais sejam, os públicos. Ao contrário, os direitos fundamentais "privados" devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõem uma unidade normativa e axiológica.

Canotilho (1994) estabelece algumas regras que devem ser observadas em relação às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais:

> i) os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição; (ii) não existe uma cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; (iii) a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este (poder constituinte originário) autorizou expressamente pela via da lei (reserva de lei), sendo, portanto, ilícita a restrição pelo veículo regulamentar; (iv) não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o

[14]SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.* In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

[15]SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. 2007. Disponível em: http//: www.mundojuridico.adv.br/cgibin/upload/texto177.doc, acesso em 07/07/2016.

> juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública; (v) mesmo quando autorizada, a restrição só poderá ser reputada legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido, sujeitando-se, logo, aos princípios da proibição do excesso e da proporcionalidade; (vi) as leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato. (p. 168)[16]

O momento histórico da promulgação da Constituição, combatendo anterior prática autoritária do Estado e de sua relação com as pessoas, que relegava os direitos fundamentais a um plano secundário e periférico, demonstra que não se pode mais utilizar o antigo dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Novamente a reflexão trazida por Daniel Sarmento (2006) é esclarecedora:

> (...) Diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa "precedência prima facie" dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado, sobretudo, no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a "vitória" do direito fundamental.
> E tal ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia prima facie dos direitos fundamentais poderá incorrer em inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações in concreto. (SARMENTO, 2006, p. 97)[17]

Como se vê, o Estado Democrático de Direito admite a supremacia dos direitos fundamentais sobre os interesses da coletividade, pois o civismo nos moldes da Constituição Cidadã não admite o retorno dos sujeitos à antiga posição de súditos perante o Estado. A nova ordem erigiu cidadãos que formam a vontade coletiva e são detentores de direitos fundamentais, os quais devem ser preservados, afastando-se a sua mutilação pela genérica alegação da prevalência do interesse público. Normas que não traduzam comandos constitucionais que, portanto, não estejam de acordo com os valores da Justiça Social e da dignidade da Pessoa Humana não poderão ser aplicadas, porquanto agridem o núcleo do Estado Democrático de Direito.

---

[16]CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

[17]SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 proclamou em preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Enfim, garantiu o pleno acesso à justiça.

A Constituição também foi expressa na previsão de princípios e direitos fundamentais, individuais e coletivos, os quais devem ser rigorosamente respeitados por todos, inclusive pelo administrador público, por mais que este tenha o dever precípuo de buscar a satisfação de um interesse coletivo. Dessa forma, tem o administrador a árdua tarefa de estabelecer necessário equilíbrio entre esses interesses, fazendo-o por meio da aplicação dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, a fim de que se possa chegar a um Estado ideal e democrático, no qual interesses individuais e coletivos coexistam, ou ainda, convivam harmoniosamente.

Entretanto, a contemporânea natureza *republicana e democrática* do Estado e de sua correspondente Administração é fruto de penoso e constante processo histórico de afirmação dos direitos e garantias individuais, fenômeno em pleno, e doloroso, devir. No Brasil, embora pulse inequívoca a democracia política (de existência ao menos formal), ainda distam às conquistas típicas da democracia econômica e social, de sorte que o Estado do Bem Estar (e efetivamente democrático) ainda é, e por muito será, uma quimera.

Destarte, a má repartição dos meios materiais necessários ao desenvolvimento da personalidade humana anda acompanhada, ainda, dos maus tratos a que se submetem os cidadãos no convívio com a Administração Pública: morosidade, inércia, má gestão, corporativismo, insuficiência de recursos humanos e materiais e a baixa eficácia do regime de leis que lhe operam o controle são, dentre outras, seculares deficiências da Administração Pública, apontadas em variados estudos.

Justamente em face desse cenário é que a supremacia do interesse público impõe ao agente público a concretização de um fim que equivalha aos valores e necessidades sociais. Essa conduta, a seu turno, se instrumentaliza na realização das competências com poderes delimitados, os quais devem ser exercidos para o cumprimento da finalidade pública *segundo os contornos constitucionalmente delimitados.*

Nesse sentido e para evitar colisão à Lei Maior, os princípios basilares da Administração Pública, que lhe conferem prerrogativas exorbitantes, deverão ser interpretados

com base, dentre outros, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, evitando-se promover as desigualdades e injustiças exaustivamente combatidas pela Constituição.

Todavia, isso não significará desvalorizar o interesse público ou igualá-lo ao interesse particular, até porque a própria Constituição brasileira garante a relevância de cada um deles. Trata-se, antes, do estabelecimento de critérios prudentes para a tratativa de uma ou outra hipótese, de modo que a utilização das prerrogativas extraordinárias, assentadas na supremacia do interesse público, não se efetive aleatória e antidemocraticamente, sem obediência ao verdadeiro interesse público a ser captável à luz da interpretação constitucional, na ótica do Estado Democrático de Direito, de tal sorte a poder garantir, numa situação contextualizada, o acesso à justiça e a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética, liberalismo e capitalismo*. In: DAVEL, Eduardo. P.B, VASCONCELLOS, João. (org.). Recursos humanos e subjetividade. Petrópolis: Vozes, 1995

BARROSO, Luis Roberto. *Prefacio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o principio de supremacia do interesse publico*. 3ª tir. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1998.

BCUAS VIDAL NETO, Pedro. *Estado de Direito: direitos individuais e direitos sociais.* São Paulo: ed. LTr, 1979. p. 157-165.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Noberto (1909**).** *A Era dos Direitos*. 4º reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRETELLA Jr; CRETELLA, Agnes. *Institutas do Imperador Justiniano*: manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano no ano de 533 d. C. trad. CRETELLA JR; CRETELLA, Agnes, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

DIGESTO de Justiniano, liber Primus: *Introdução ao Direito Romano*; trad., de Hélcio Maciel França Madeira; 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo.* 10 ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Ademar *et al. História moderna através de textos*. São Paulo: Contexto, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional. Casa da Moeda, 1980.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública.* São Paulo: Dialética, 1998.

MORAES, José Roberto. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. In: SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 2004.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

OLIVEIRA, André Luís de; FARIAS, Raul Rossy Vasconcelos. *A supremacia do interesse público à luz dos direitos fundamentais*. Disponível em http//:www.faculdade.flucianofeijao. com.br/site_novo/anais/servico/.../A_supremacia.pdf, acesso em 10/07/2016.

ROUSSEAU, Jean Jaques. *O contrato social*. In: Oeuvres completes, tome III. *Collection Pléiade*. Paris: Gallimard, 1757.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Descontruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http//:www.mundojuridico.adv.br/cgibin/upload/texto177.doc. Acesso em 07/07/2016.

SCHIMITT, Carl. *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*. Madrid:1983.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Scarpinella (Coords.). *Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2008.