XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
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

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-038-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marilia Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO: UMA RELEITURA À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER PRIVATE: A REINTERPRETATION FROM THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW

Gina Chaves
Érico Andrade

Resumo

Este trabalho busca a reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, à luz do Estado Constitucional, como instrumento de que dispõe o Estado para promover e efetivar os direitos fundamentais. Nesse paradigma de Estado, a atividade administrativa está pautada na satisfação dos interesses públicos, eleitos mediante práticas democráticas. O status de supremacia da atividade estatal foi deslocado para a consecução da vontade coletiva constitucionalmente positivada, após a profunda mutação que a atual ordem constitucional provocou nas bases teóricas do Direito Administrativo, pois, atualmente, o fim último da atuação administrativa é a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Assim, os interesses públicos são vistos como objeto do Direito Administrativo, contextualizado às novas teorias do Centro do Direito Administrativo, desenvolvidas pelas escolas jurídicas Italiana e Alemã. Além disso, a ideia de interesse público é extraída a partir do sistema constitucional vigente, como defesa dos direitos e garantias fundamentais, a vincular a atuação dos poderes estatais. Dessa forma, a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, Atividade administrativa, Interesse público, Direitos e garantias fundamentais, Estado constitucional de direito.

Abstract/Resumen/Résumé

This work seeks the reconstruction of the principle of supremacy of the public interest over private, according to the Constitutional State of Law as an instrument available to the State to make effective the fundamental rights. In this paradigm State the administrative activity is guided by the satisfaction of the public interests, these elected through democratic practices. The status of supremacy of state activity was shifted to the achievement of the collective will constitutionally positively valued, after profound changes that the current constitutional order caused the theoretical foundations of administrative law, as currently the order of the administrative action is the realization of the rights and fundamental guarantees. Thus, the public interest is seen as an object of Administrative Law, contextualized to new theories of core administrative law, legal developed by the Italian and German schools. Moreover, the

public interest is conceptualized from the current constitutional system as a defense of fundamental rights and guarantees, to bind the actions of state powers. Thus, the Public Administration has the principle of supremacy of the public interest over particular an instrument to serve to Constitutional State of Law, the search for the implementation of fundamental rights and guarantees.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of supremacy of public interest over private, Administrative activity, Public interest. fundamental rights and guarantees, Constitutional state of law.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aponta como problema a ser discutido a necessidade de reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, à luz do Estado Constitucional[1], já que, neste paradigma de Estado, a atividade administrativa deve pautar-se pela busca da satisfação dos interesses públicos condizentes com a vontade coletiva, obtida mediante práticas democráticas consentâneas com os fins constitucionalmente definidos[2].

Para tanto, esta pesquisa utiliza como hipótese para a reconstrução da noção de supremacia do interesse público, a perspectiva de que a profunda mutação sofrida pelo Direito Administrativo em suas bases teóricas, sobretudo diante da atual ordem constitucional que traça a efetivação dos direitos e garantias fundamentais como fim último da atuação administrativa, deslocou o *status* de supremacia da atividade estatal para a consecução da vontade coletiva constitucionalmente positivada.

A questão será inicialmente abordada a partir da análise crítica do interesse público, visto como objeto de estudo do Direito Administrativo, de forma a contextualizá-lo às novas teorias que discutem o novo centro do Direito Administrativo, qual seja, a do Procedimento e da Relação Jurídica, desenvolvidas pelas escolas jurídicas Italiana e Alemã respectivamente.

Em seguida, o interesse público será examinado tendo como premissa o sistema constitucional vigente, cujo núcleo é a defesa dos direitos e garantias fundamentais, como vinculação direta da atuação dos poderes estatais, o que exige seja a atividade administrativa pautada não mais pela noção clássica de legalidade, mas sim pela concepção de juridicidade, que leva em conta todo o ordenamento jurídico em vigor, inclusive os princípios gerais de direito, incorporados na Constituição.

Por fim, a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado será defendida a partir de uma interpretação consentânea ao Estado Constitucional, como instrumento de que

---

[1] A evolução do direito administrativo é nitidamente marcada por essas três passagens sequenciais, como anota Giulio Napolitano: "A segunda metade do século XX é assim assinalada pelo advento do 'Estado constitucional', que se coloca em sequência natural com a experiência do Estado de direito e do Estado social" No original: NAPOLITANO, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2010, p. 6: La seconda metà del XX secolo è così segnata dall'avvento dello *"Stato costituzionale", che si pone pertanto in sequenza naturale con le esperienze dello Stato di diritto e dello Stato sociale*. (NAPOLITANO, G. Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, n. 1, p. 1-20, 2010).

[2] (…) não se pode conceber na contemporaneidade um Estado Constitucional que não seja ao mesmo tempo democrático.
(…)
Assim, mais do que um Estado fundado em um "pacto social" (Constituição), de natureza dirigista, reclama a sociedade um Estado de "inclusão social", capaz de assegurar-lhe a inserção no contexto de decisão sobre os seus destinos, mediante instrumentos processuais de interpretação e efetivação de seus direitos fundamentalizados, o que somente será implantado com o Estado de Direito Democrático. (PENNA, 2011, 40)

dispõe o Estado para, enquanto administrador da *res publica*, promover e efetivar os direitos fundamentais, relegando ao passado autoritário as escolhas baseadas na mera superioridade da vontade estatal, para buscar nas relações jurídicas democráticas o verdadeiro interesse público a ser concretizado pela administração pública.

Por tudo isso, mostra-se relevante o desenvolvimento deste trabalho, em que se busca demonstrar que a Administração Pública, alicerçada na satisfação dos interesses públicos condizentes com a vontade coletiva, objetivados na Constituição, tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo de atendimento ao Estado Constitucional, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

2 INTERESSE PÚBLICO COMO OBJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Conforme ressaltado anteriormente, o interesse público será estudado a partir de uma análise crítica de seu posicionamento dentro do Direito Administrativo, sobretudo diante da evolução histórica deste ramo do direito que, como os demais, sofreu profunda alteração em seus alicerces, em razão da mudança paradigmática da estrutura estatal.

No início do século XX o serviço público[3] era visto por parte da doutrina como objeto e fundamento do Direito Administrativo, em função da Escola do Serviço Público[4] desenvolvida por Léon Duguit, que, baseada no paradigma do Estado Social de Direito, organizou o Estado Prestacional, e aglutinou em seu redor toda a estrutura do Direito Administrativo (DUGUIT, 1996).

---

[3] Atribui-se a Rousseau o uso originário da expressão serviço público, pela primeira vez, embora destituída de seu significado atual, tendo-a como sinônimo de qualquer atividade estatal. (GROTTI, 2003. p.20)

[4] A propósito da "Escola do Serviço Público", confira-se lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:
"Basta dizer que, à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada 'Escola do Serviço Público' (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnardo, Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina - que dantes se constituía sobre a ideia de 'poder' estatal - pela ideia de 'serviço aos administrados'. (…) Duguit propôs-se a afastar a ideia de soberania e de Poder Público como origem do Direito, repelindo a teoria de que 'o Estado cria o Direito, mas está regido por ele'. Para este mestre, 'o serviço público é o limite e o fundamento do poder governamental'. Daí haver arrematado: *'Et par là ma théorie de l'État est achevée' (Traité de Droit Constitutionnel, 2ª ed., v. II, Librairie Fontemoing, 1923, p. 70).* Em sua esteira, passou-se a ver o Direito Administrativo como um conjunto de princípios e normas congregados ao derredor da ideia de serviço público. 'A Escola do Servi;o Público acreditava poder explicar todas as particularidades do Direito Administrativo pelas necessidades do serviço público', disse Jean Rivero *(Droit Administratif, 2ª ed., Paris, Dalloz, 1962, p. 146).* 'A tese fundamental é a de que todo o Direito Administrativo se explica pela noção de serviço público', averbou *Georges Vedel (Droit Administratif, 3ª ed., Paris, Presses Universitaires de França, 1964, p. 72)".* (MELLO, 2008, p. 679/680)

Léon Duguit[5] apontava que o Estado "é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes", e definia o serviço público como:

> (…) toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante. (*apud*, PEREIRA, 2002, p. 2.)

Todavia, a ideia de prestação de serviço público como centro do Direito Administrativo não foi bastante para explicar toda a complexidade de atividades inerentes ao desenvolvimento das funções do ente estatal, o que fez a doutrina administrativista lançar mão da teoria do ato como objeto da atuação pública.

Isabelle de Baptista (2013, p. 57) explica que "atrelar o objeto do Direito Administrativo tão somente à prestação de serviço público não foi suficiente para abarcar toda a complexidade da atividade administrativa do ente estatal", razão pela qual "a necessidade de encontrar outro objeto mais adequado e que melhor sistematizasse a disciplina jurídica" fez com que "o ato administrativo" fosse "estruturado tomando-se por base seus elementos, atributos, competências, pela análise da vontade administrativa em torno do mérito e da discricionariedade, finalidade e formalidades".

Entretanto, também o ato administrativo[6], como objeto do Direito Administrativo, não se mostrava adequado a expressar a atividade administrativa em sua essência, uma vez que nem sempre a atuação da Administração Pública se dá por intermédio de atos.

---

[5] DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo 2, p.59. 1923 *apud* PEREIRA, 2002, p. 2.

[6] A respeito da assunção do procedimento ao *status* de figura central do Direito Administrativo, cabe lembrar Érico Andrade (2010, p. 298/299):

"Toda a teorização do direito administrativo foi construída em torno do ato administrativo.

Preocupava-se a doutrina clássica com o momento decisório, com a emissão do ato decisório, descurando, por completo, do 'iter' que levava até ele. Era o ato administrativo que ditava a especialidade do direito administrativo, permitindo a elaboração científica em torno do então novo ramo do direito.

Entretanto, no curso da evolução do Estado, vários fatores foram contribuindo para a alteração do quadro, conduzindo a uma nova visão do procedimento: passa a ser considerado em si mesmo, e não como acessório do ato administrativo.

Destacam-se alguns desses fatores. Primeiro, a perda da importância do poder de autoridade, mediante abertura para outros tipos de atividade estatal, permeadas, por exemplo, pelo consenso. Com abertura para o direito privado, como visto supra, o ato administrativo vai perdendo a centralidade no direito administrativo.

Segundo, o aparecimento do Estado pluriclasse - em que se reconhece a existência de múltiplos interesses públicos - importa no surgimento do papel da Administração como mediadora entre esses vários interesses em conflito, tornando evidente a insuficiência do ato administrativo para o desenvolvimento de tal função.

Terceiro, a maio abertura para a discricionariedade administrativa exige a disposição de regras prévias por mie das quais a Administração possa ponderar os valores em jogo, para operar a escolha e permitir, com isso, o controle do poder discricionário.

(…)

O procedimento se coloca atualmente como ponto central do Estado, deixando-se de lado, com isso, o ato administrativo como ponto principal e mais importante do direito administrativo".

É o que afirma Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, no prefácio de sua obra "Em busca do acto administrativo perdido":

> (…) a noção clássica de acto administrativo foi elaborada em função de um modelo de Administração (meramente) agressiva, que era o do Estado Liberal, que já não existe mais - e que se refletia num conceito de natureza autoritária, que não pode deixar de estar desactualizado. Como também porque o acto administrativo, em nossos dias, perdeu o seu papel de protagonista exclusivo do relacionamento dos indivíduos com a Administração, para passar a ter de partilhar essa posição com outras formas de actuação, que se tornaram cada vez mais habituais (v. g. regulamentos, contratos, actividades de caráter técnico); ao mesmo tempo que esse conceito de acto necessitava ainda de ser integrado e entendido no quadro mais amplo de figuras como a relação jurídica administrativa ou o procedimento, sob pena de não conseguir explicar a integridade dos vínculos jurídicos que actualmente se estabelecem entre os indivíduos e as autoridades administrativas. ao que acresce, na nossa ordem jurídica, o desafio colocado pelo legislador constituinte no sentido de obrigar à reconstrução da noção de acto administrativo, ao afastar (expressa e intencionalmente) as clássicas características da definitividade e da executoriedade do domínio da recorribilidade. (SILVA, 2003, p. 5)

Assim é que o interesse público surge, por sua vez, como objeto de estudo do Direito Administrativo[7], de modo que as práticas administrativas levem em consideração os fins do Estado, estes entendidos como a noção de bem-estar coletivo, e passa a constituir o cerne dos principais institutos do direito público[8].

Héctor Jorge Escola (1989) defende, em sua obra *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, que a Administração Pública deve desenvolver seus atos e procedimentos de forma a alcançar os seus fins, estes compreendidos não como os da própria Administração, nem tampouco como os do Direito Administrativo, mas sim como os fins gerais do Estado, constituídos pela noção de interesse público, extraídos do somatório da maioria dos interesses individuais e daqueles emergentes da vida em comunidade.

Isabelle de Baptista (2013, p. 58), mais uma vez, aponta que "é a vinculação com o interesse público dos indivíduos inseridos numa comunidade que justifica a atuação estatal garantidora e protetora dos direitos e garantias fundamentais", o que evita, por conseguinte, o desvirtuamento da vontade coletiva sob a forma de desvio de finalidade do atuar administrativo.

---

[7] Para Jaime Rodríguez-Arana *"es tal la relevancia que el Consejo de Estado de Francia atribuye al interés general que rotula el segundo epígrafe de sua rapport "El interés general clave de bóveda del Derecho Público Francés"* (RODRIGUÉZ-ARANA, 2012, p. 15)

[8] Como aponta Jaime Rodríguez-Arana: *"Esta construcción voluntarista e inmanente del interés general es la razón de ser, según el Conseil d'Etat, del Derecho Público. Los grandes conceptos y categorías: servicio público, dominio público, obra pública, empleo público, entre otros, tienen una característica común: deben ser definidos en relación con la noción primaria de interés público, que se convierte en su razón de ser"* (RODRIGUÉZ-ARANA, 2012, p. 15)

Importante ressaltar que o surgimento do Estado pluriclasse, com a universalização do sufrágio a partir de meados do século XX, traz uma gama de interesses públicos diversos e conflitantes que acabam por ser acolhidos na Constituição, o que pluraliza sua noção, "de modo que se reconhece hoje a existência de vários interesses públicos"[9], muitos dos quais exigem a consensualidade, "num contexto de participação do cidadão", "para serem corretamente atuados pela Administração" (ANDRADE, 2010, p. 205).

As teorias da Relação Jurídica e do Procedimento, erigidas ao *status* de novo centro do Direito Administrativo, respectivamente pelas escolas jurídicas Alemã e Italiana, mostram-se, então, como instrumentos hábeis e precisos de que dispõe o administrador público e, também, a coletividade, para a identificação do que sejam esses "interesses" a serem alcançados pela atividade administrativa e, consequentemente, a serem defendidos pela sociedade.

Não se pode olvidar, outrossim, que a ideia de relação jurídica administrativa, na forma como desenvolvida pelos alemães, rechaça qualquer tentativa de se afirmar a superioridade, legal ou moral, da atuação estatal na realização dos fins públicos, ao alocar em igual posição o cidadão e as autoridades administrativas e afirmar que a Constituição afasta a noção do cidadão como administrado ou como objeto do poder (SILVA, 2003).

Importante citar, a propósito, lição de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

> (…) a Administração Pública é constituída por numerosos sujeitos jurídicos (art. 202º, alínea d), que visam a prossecução do interesse público mas no respeito pelos direitos dos cidadãos (artigo 266º, nº 1), e cuja actuação se pauta por regras jurídicas (artigo 266º, nº 2). Os sujeitos de direito que integram a Administração Pública não têm assim assegurados, à partida, nenhuma posição de superioridade fáctica ou jurídica relativamente aos sujeitos privados, e a própria ideia de uma "superioridade moral" dos interesses visados pelas autoridades administrativas, realizadas à custa dos interesses privados, deve ser afastada, uma vez que os interesses públicos só podem ser prosseguidos no respeito pelos direitos dos cidadãos (artigo 266º, nº 1). (SILVA, 2003, p. 206/207)

E, continuando a tratar da posição jurídica do cidadão, na Constituição Portuguesa, referido autor ressalta que se relacionam, "de igual para igual" com as autoridades administrativas, veja-se:

---

[9] Com o surgimento do sufrágio e sua gradativa extensão a segmentos cada vez maiores da população, o jogo de poder se desequilibra em favor do Parlamento. A universalização do sufrágio, adiante-se, permitirá, em meados do século XX, o aparecimento do Estado pluriclasse, que implode o Estado liberal e, em consequência, a tradicional teoria da tripartição de poderes.
(...)
O interesse público, antes concebido de forma unitária e confundido subjetivamente com o Estado, se pluraliza com o surgimento do Estado democrático, pluriclasse, de modo que se reconhece hoje a existência de vários interesses públicos, que, para serem corretamente atuados pela Administração, exigem a substituição da atividade unilateral pela via consensual e paritária, num contexto de participação do cidadão. (ANDRADE, 2010, P. 154/155 E 205)

> O cidadão e as autoridades administrativas são, em face da Constituição, sujeitos de direito autónomos, em identidade de posições de base, e que se relacionam juridicamente "de igual para igual". A Constituição afasta, sem qualquer sombra de dúvida, o entendimento do cidadão como "administrado", ou como "objecto" do poder, quer na versão "pura e dura" de submissão fáctica ao poder administrativo, quer na visão "adocicada" de subalternizarão jurídica da posição do particular, da teoria da "relação de poder". A Constituição portuguesa consagra, portanto, a relação jurídica administrativa como modelo para o estabelecimento de ligações entre a Administração e o particular. (SILVA, 2003, p. 207)

A teoria italiana, por sua vez, mostra-se como importante "estrutura de ligação entre vários sujeitos, públicos e privados", e, ao deslocar o centro de gravidade da atividade administrativa do ato para o procedimento, defende que nenhuma decisão "se esgota num único acto" (SILVA, 2003, p. 303). O procedimento, portanto, torna possível a construção colaborativa da decisão administrativa, ocasião em que será definido, no caso concreto, o interesse público a ser buscado na situação específica, o que é importante forma legitimadora do atuar administrativo[10].

Visto o interesse público como objeto do Direito Administrativo e os instrumentos jurídicos para sua identificação, pergunta-se: o que realmente vêm a ser esses "interesses públicos"?

Ressalte-se, a princípio, que conceituar "interesses públicos", malgrado seja de extrema fascinação no Direito Administrativo, não é tarefa fácil, sobretudo porque demandaria uma análise muito mais aprofundada, o que não é o objeto deste ensaio, que se contentará com uma visão geral do tema, voltada para o estudo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado[11].

Assim, devido aos limites próprios do texto e à inexistência de qualquer pretensão de esgotar o tema, este trabalho se limitará a traçar um panorama do conceito de "interesses públicos", como forma de contextualizar a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado no atual Estado Constitucional.

Alexandre Santos Aragão (2005), ao tratar do conceito de interesses públicos, diz que as concepções anglo-saxônicas e européias a este respeito sempre foram distintas, pois,

---

[10] Importante lembrar, com o auxílio da doutrina de Jaime Rodriguéz-Arana que *"el interes general no es un cheque en blanco, no es una fórmula abierta que permita el desencadenamiento de las potestades administrativas sin más"*. E, continua referido autor:
"Necessita ser demonstrado en lo concreto, precisa ser puntualizado con detalle, debe ser específico y fácil de aprehender por la ciudadanía. De lo contrario, el concepto se convierte en un peligroso expediente para el autoritarismo y el ejercicio unilateral del poder." (RODRIGUÉZ-ARANA, 2012, p. 15)

[11] Para uma análise mais aprofundada da expressão "interesses públicos", consultar: RODRIGUÉZ-ARANA, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar.** Madrid: Justel, 2012.

enquanto a primeira o considera como essencialmente ligado aos interesses individuais, a segunda defende ser noção superior à mera somatória das vontades particulares.

Todavia, conforme ainda pondera ARAGÃO (2005), a visão européia vem se aproximando daquela defendida pelos anglo-saxões, na medida em que o Estado, tem adotado posição de garantidor, e não limitador, dos direitos fundamentais dos cidadãos. A propósito, importante citar trecho de sua lição:

> Com efeito, as concepções anglo-saxônicas e européias do interesse público sempre foram bastante distintas. Enquanto nos EUA e no Reino Unido o interesse público era considerado como intrinsecamente ligado aos interesses individuais, sendo próximo ao que resultaria de uma soma dos interesses individuais (satisfação dos indivíduos = satisfação do interesse público); nos Estados de raiz germânico-latina, o interesse público era considerado superior à mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pela qual era protegido e perseguido pelo Estado, constituindo o fundamento de um regime jurídico próprio, distinto do que rege as relações entre particulares.
> A evolução liberalizante do Estado, combinada com a visão de um Estado cada vez mais garantidor, não limitador, de direitos fundamentais, está fazendo com que a noção européia continental de interesse público esteja se aproximando daquela anglo-saxônica. (ARAGÃO, 2005, p. 1.140)

Para Raquel Melo Urbano de Carvalho, interesses públicos é "expressão que não apresenta sentido unívoco":

> Com efeito, interesse público não é apenas um conceito jurídico indeterminado, mas uma expressão equívoca cujos significados variam, desde a soma de interesses particulares, até a fixação de um interesse social específico distinto dos particulares, passando pela soma de bens e serviços, bem como pelo conjunto de necessidades humanas indispensáveis à realização dos diversos destinos individuais. (CARVALHO, 2008, p. 63)

Iuri Mattos de Carvalho (2007) começa seu estudo esclarecendo que o interesse público "não se constrói a partir da identidade do seu titular", pois "nem todo interesse manifestado pela Administração Pública é interesse público", nem, tampouco, "se confunde com interesses meramente privados", já que "não é o interesse pessoal do agente público que deve determinar o conteúdo da decisão administrativa", sob pena de invalidade da conduta praticada com desvio de poder.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007), por sua vez, ao tentar definir o conceito de interesses públicos, inspirado pela noção de "vontade geral" de Rousseau, sustenta que não se restringe ao somatório dos interesses individuais, por não se reduzir à vontade da maioria, apesar de também não se contrapor de forma absoluta ao interesse privado, ou seja, ao interesse de cada indivíduo que compõe a sociedade.

Não se pode olvidar, que impossível cogitar de interesses públicos discordantes daqueles de cada um dos membros da sociedade, pois inconcebível que o todo elegesse prioridades contrárias àquelas de cada um dos indivíduos que o compõem.

Assim é que, para Bandeira de Mello (2007) o ponto de intersecção entre interesses privados e públicos é a Lei[12], o que já significou imenso avanço na forma de identificação do interesse público, sem, contudo, representar sua efetiva utilização como critério de controle da atuação discricionária da Administração Pública.

A respeito da definição proposta por Bandeira de Mello, Iuri Mattos de Carvalho defende que:

> (…) acaba por encobrir que são muitos os interesses públicos reconhecidos pela Constituição como capazes de legitimar a atuação administrativa; e que existem colisões entre os interesses públicos e os interesses individuais que devem ser consideradas para se estabelecer os limites das escolhas da Administração Pública. (CARVALHO, 2007)

Isso porque, com o pluralismo da sociedade contemporânea, que acaba por revelar a multiplicidade de seus interesses igualmente públicos, os quais devem ser levados em consideração pela Administração Pública em suas mais diversas atividades, a legalidade clássica não é bastante a definir o que significam "interesses públicos", já que, de acordo com a noção de juridicidade[13], a atividade administrativa não pode estar adstrita ao que está previsto em lei (em sentido estrito), sobretudo no que concerne aos interesses públicos. Por tal motivo importante descrever os ensinamentos de Alice González Borges:

> Na realidade moderna atual, tão rica e complexa, tão mutante e variada, deparamos, entretanto, com uma multiplicidade de interesses, igualmente públicos, igualmente primários, igualmente dignos de proteção, porém que assumem diferentes dimensões. Temos, por exemplo, interesses individuais também público, no mais elevado grau possível, porque correspondentes a direitos fundamentais; temos interesses transindividuais, coletivos e difusos, que frequentemente entram em conflito entre si. (BORGES, 2011)

Daí, talvez, a ideia da multiplicidade de interesses públicos representar melhor o momento atual do direito público, cabendo à Administração, por meio do procedimento administrativo, a identificação das várias relações jurídicas envolvidas e a melhor forma de "costurar" os vários interesses públicos em conflito, de modo a assumir importante papel de arena de diálogo para tentar conciliá-los[14].

---

[12] Como chama a atenção Jaime Rodrígues-Arana, em sua obra *Interés general, Derecho Administrativo e Estado del Bienestar*, *"la ley como expresión de la voluntad general es un mito"*. Referido autor sustenta que a identificação do interesse público com a vontade geral *"es una operación intelectual tan perfecta como imposible de practicar"*, eis que, como adverte Duguit, na realidade, *"la voluntad general no existe pues (...) es la suma de las voluntades de los parlamentarios el precipitado de la ley"*. (RODRÍGUEZ-ARANA, 2012, p. 13/14)

[13] A respeito do princípio da juridicidade, ensina Edilson Pereira Nobre Júnior, citando Luis Cosculluela Montaner, que a legalidade "alcançou sentida evolução, traduzindo hoje, em essência, a necessidade de que todos os Poderes Públicos se achem submetidos ao Direito, com a necessária lembrança de que tal vinculação respeita 'a todo o bloco de legalidade, inclusiva aos princípios gerais do Direito, positivados ou não na Constituição e nas leis'". (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 134)

[14] A respeito da consensualidade, Érico Andrade ressalta que:

Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008, p. 67), citando Alexandre Santos Aragão e Sabino Cassese, deixa claro que é preciso abandonar a ideia de "interesse público em necessária contraposição aos interesses privados", pois, em muitas hipóteses, sãos eles convergentes e "reciprocamente identificáveis", dada a multipolaridade de relações entre o público e o privado, *verbis*:

> Na tentativa de estabelecer o significado da noção de interesse público, em cada circunstância, é imperioso, antes de mais nada, deixar de tratar o interesse público em necessária contraposição aos interesses privados. É manifesta a possibilidade de interesses públicos serem convergentes com interesses particulares. Este o ensinamento de Alexandre Santos Aragão ao dizer que "o interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passa a ser vistos como em princípio reciprocamente identificávies".
> Nesta porfia, Sabino Cassese trata de um novo modo de estabelecer as relações entre o público e o privado. Adverte que tais relações já não são apenas bipolares, mas multicolores, com interesses que coincidem e às vezes contrapõem, sem que a linha de distribuição passe necessariamente pelo binômio público-privado. Estado e mercado, público e privado, que se consideravam mundos separados ou em oposição, apresentam-se como entidades interpenetráveis, com interesses comuns e por vezes dissonantes.
> É verdade, ainda, que, em alguns casos, o interesse público é atendido em razão de comportamentos privados. Não é o Estado o titular exclusivo da concretização do bem comum, sendo certo que, hoje, a ideia do espaço público decorre exatamente da intervenção conjunta estatal e particular. (CARVALHO, 2008, p. 67)

José Sérgio da Silva Cristóvam (2013, p. 225), ao estudar o conceito de interesse público no Estado Constitucional, defende que a Constituição da República de 1988, deslocou "o epicentro da ordem normativa para a pessoa humana", sobretudo pelo "estabelecimento de uma prodigiosa carta de direitos fundamentais, situando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil", o que "implica a necessária revisão de uma série de institutos que povoam os mais diversos ramos jurídicos":

> E o Direito Administrativo não está imune a esses ventos de constitucionalização, o que vem ocorrendo, por exemplo, a partir do debate crítico acerca da "supremacia do interesse público" enquanto princípio estruturante do regime jurídico administrativo. (CRISTÓVAM, 2013, p. 225)

Assim é que, "em um Estado Democrático de Direito, o conceito de interesse público somente se esclarece completamente se redefinido a partir do compromisso da Administração Pública em realizar direitos fundamentais" (CARVALHO, 2007).

"A Administração se torna uma espécie de arena de combate entre os vários interesses públicos e a atividade administrativa, a fim de harmonizá-los, segue mais a linha negocial do que a autoritária (= via poder de império). Prevalece a técnica da consensualidade, que ganha cada vez mais importância no moderno direito administrativo. Daí o enorme desenvolvimento do procedimento, em cujo âmbito os interessados são ouvidos antes da emissão das decisões administrativas, permitindo maior participação popular na Administração. Participação que leva para a Administração melhor possibilidade de conhecimento da realidade sobre a qual recairá sua decisão.
Passa-se do ato administrativo ao procedimento, como centro do direito administrativo moderno. A unilateralidade torna-se exceção no exercício das atividades administrativas: a regra é a participação procedimentalizada. (ANDRADE, 2010, p. 206)

E continua Iuri Mattos de Carvalho:

> (…) a Constituição Federal estabeleceu quais interesses, coletivos ou individuais, merecem o *status* de direitos fundamentais e estão aptos a serem levados em consideração para se avaliar as escolhas dos agentes públicos no exercício de suas competências.
> Por isso, a definição do interesse público precisa reafirmar a vinculação da atuação administrativa aos direitos fundamentais, ao momento em que favorece o processo de constitucionalização do Direito Administrativo. Nesse sentido, Juarez Freitas afirma que *"o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais*". (CARVALHO, 2007)

Ensina Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (2003, p. 236) que "o recurso aos direitos fundamentais para justificar as posições subjectivas dos indivíduos perante a Administração decorre do reconhecimento pela dogmática da 'dependência constitucional do Direito Administrativo'". E continua, citando Peter Haeberle:

> As normas de Direito Administrativo devem ser entendidas à luz das disposições constitucionais, e desse entendimento resulta que "a realização dos direitos fundamentais 'no' Direito Administrativo constitui um dos factores mais salientes da 'modernização' da parte geral deste". (SILVA, 2003, p. 237)

SILVA (2003) reconhece nos direitos fundamentais uma pretensão negativa do indivíduo contra atuação ilegal da Administração, a saber:

> É por isso que os direitos fundamentais se projectam imediatamente nas relações administrativas, atribuindo aos indivíduos, desde logo, uma "pretensão negativa" (HESSE) contra actuações ilegais da Administração. Trata-se de direitos a que as autoridades administrativas se abstenham de agredir a esfera individual protegida através dos direitos fundamentais, que são uma decorrência necessária da qualificação dos direitos fundamentais como direitos subjectivos públicos, e da possibilidade da sua invocação directa no domínio das relações jurídicas administrativas. Dessa forma, "os direitos fundamentais atribuem incontestados direitos de defesa contra actuações estatais, não apenas contra agressões intencionais, como também contra prejuízos incidentais da liberdade e da propriedade das pessoas causados por atuações estaduais" (MAURER). (SILVA, 2003, p. 238)

E, a identificação dos interesses públicos com a realização dos direitos fundamentais "de defesa" - aqueles que se definem pela abstenção do Estado de ingerências na autonomia do cidadão -, verificada, sobretudo, "no âmbito do exercício dos poderes autoritários por parte da Administração", tem no princípio da proporcionalidade [15], instrumento eficaz de

[15] "Surge, também, o princípio implícito da proporcionalidade, por meio do qual, na Itália, nos termos da Lei nº 262/2005, art. 23, a administração deve exercitar o poder de forma adequada à obtenção dos fins, com o menor sacrifício possível dos interesses dos destinatários do provimento administrativo. Trata-se de princípio constitucional implícito, acolhido na Itália por meio de penetração da normalização comunitária, que encampa expressamente o princípio da proporcionalidade, importado da Alemanha, país em que a teorização a respeito da temática atingiu maior maturidade.
O princípio da proporcionalidade, assim, tem importante destaque no âmbito do exercício dos poderes autoritários por parte da Administração, em que sua aplicação se coordena em três pontos: o uso do poder deve ser idôneo ao atendimento dos fins para os quais é predisposto; o uso do poder deve ser efetivamente necessário

determinação, no caso concreto, da medida que melhor atenda aos fins da Administração Pública, "com o menor sacrifício possível dos interesses dos destinatários do provimento administrativo" (ANDRADE, 2010, p. 232).

Entretanto, é preciso deixar claro que não se trata de identificar os interesses públicos apenas com os direitos de defesa, mas principalmente com a faceta positiva dos direitos fundamentais que se materializa nos chamados direitos prestacionais[16], sejam coletivos ou individuais, os quais têm por objeto uma conduta da Administração Pública, isto é, uma prestação de natureza fática[17].

Nesse sentido é que há que se buscar uma reformulação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em direção a uma Administração Pública mais democrática e condizente à noção de juridicidade, sendo a teoria dos direitos fundamentais importante ferramenta, no Estado Constitucional, a conduzir o atuar administrativo rumo aos verdadeiros interesses públicos.

3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Certo é que o Direito Administrativo Brasileiro está fundamentado no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que, juntamente com o princípio da indisponibilidade do interesse público, busca oferecer resposta à permanente tensão que se desenvolve entre "interesses públicos" e "interesses privados" (MELLO, 2006).

Raquel Melo Urbano de Carvalho, ao tratar do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, destaca que em razão das divergências na conceituação do que sejam "interesses públicos", bem como de "alguns desvios históricos no emprego da supremacia do interesse público por determinados governos, inclusive ditaduras":

---

para atingir a finalidade; e, por último, não deve incidir sobre as situações jurídicas em medida superior àquela indispensável para a realização da finalidade". (ANDRADE, 2010, p. 232)

[16] Robert Alexy (2006, p. 499) define direitos prestacionais como "direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares".

[17] "Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada a disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais". (SARLET, 2009, p. 282)

> (…) vem ganhando espaço uma visão crítica sobre o tema, a qual discute a própria viabilidade de se falar em princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. (…)
> Haveria na Constituição, destarte, uma valoração abstrata e relativa do indivíduo, incluindo-se seus interesses, o que impediria falar-se em princípio da supremacia do interesse público que surgiria em absoluta contradição com outras normas-princípios, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade. Outrossim, a indeterminabilidade empírica a ele inerente iria de encontro ao postulado da explicitude das premissas, decorrente da própria segurança jurídica. Ademais, seria necessária previsão normativa de tal princípio, como ocorre com qualquer intervenção estatal, mormente em se considerando a ausência de significado autônomo da expressão interesse público e a falta de reflexibilidade constitucional.
> Neste sentido, a superioridade do interesse público em relação ao privado não poderia ser reconduzida à normatividade própria da Constituição Federal, a qual protegeria, precipuamente, os interesses do indivíduo como no preâmbulo e nos seus artigos 1º, 3º a 17, 170, 196, 201, 206, 220, 226 e 227. Também Alexandre Santos Aragão assevera que *"no marco de uma Constituição pluralista, não pode mais ser visto como garantido do 'interesse público' titularizado pelo Estado, mas sim, como o instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos"*. (CARVALHO, 2008, p. 64)

Para Humberto Bergmann Ávila, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo porque:

> A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição-cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal. (ÁVILA, 2007, p. 11)

E, continua, referido autor:

> Tal como ele é descrito - como um *princípio jurídico de supremacia* -, ele não encontra fundamento de validade, simplesmente porque não pode ser descoberto no ordenamento jurídico por meio de qualquer método (dedução ou indução, análise das palavras ou do seu conjunto, etc.). As exceções, que a aplicação condicional concreta de uma norma-princípio revela, devem manter-se dentro de uma quantidade mínima, sob pena de não mais serem consideradas exceções. (…)
> Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer reflexibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público." (ÁVILA, 2007, 18/21)

Daniel Sarmento (2010) fundamenta sua crítica ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no questionamento da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais sob a justificativa de implementação de interesses coletivos. Para o autor, partir do pressuposto de que os interesses coletivos são sempre prioritários aos direitos fundamentais e, por conseguinte, recusar a qualquer ponderação entre ambos, não está de acordo com nossa Constituição Republicana (1988), pois, embora seja possível limitar

direitos fundamentais com base no interesse público, isso não constitui regra absoluta no Direito Administrativo constitucionalizado.

Expõe, ainda, Daniel Sarmento (2010), que o mais grave óbice à manutenção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é sua incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade, pois este se mostra como relevante parâmetro para a aferição, no caso concreto, da constitucionalidade da limitação a direitos fundamentais. Para ele, mesmo que se entendesse o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como mera indicação de prioridade, os direitos fundamentais sairiam fragilizados, já que adentrariam ao processo de ponderação em posição inferiorizada e somente a custa de muita argumentação poderia prevalecer sobre o interesse público.

Gustavo Binembojm (2010, p. 151) também censura a adequação do princípio da supremacia do interesse público à atual sistemática constitucional, sobretudo diante de uma "imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros".

Segundo Binembojm (2010), o grande trunfo do Direito Administrativo, e mais adequado instrumento de identificação dos interesses públicos, é o princípio da proporcionalidade, eis que, por um lado, assegurar os direitos individuais constitui, também, interesse público, e, por outro, o princípio da isonomia, igualmente consagrado em nossa Constituição, não admite diferenciações, senão aquelas previstas legalmente.

Todavia, entender os interesses públicos a prioristicamente como superior ao interesse privado não vai de encontro às normas constitucionais e, muito menos, implica na inferiorização dos direitos fundamentais, até porque, como chama a atenção Emerson Gabardo (2009), os termos "interesses" e "direitos" não se confundem, pois, enquanto o primeiro indica necessidades humanas ilimitadas, o segundo refere-se ao dever de atendimento a estas necessidades, extraído da normatividade jurídica.

Além disso, Emerson Gabardo (2009, p. 305) aponta que "a implicação de valores constitucionais é, portanto, uma exigência, não uma possibilidade", na busca de critérios de bem estar coletivo a delimitar os interesses públicos, distinção esta que contribui para rechaçar as críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Assim é que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado[18], malgrado remeta à prerrogativa de que detém o Poder Público de atuar, unilateralmente, modificando e constituindo obrigações aos administrados, não pode ser compreendido de forma desvinculada da ideia de realização dos interesses públicos, o que, como consequência lógica, aponta para um Direito Administrativo constitucionalizado[19] e democrático, sendo a noção de interesses públicos figura central e condicionante da validade da atividade administrativa.

Como destaca Fabíola Samara Brito Correia:

> A constitucionalização do Direito repercutiu sobre os três poderes do Estado e igualmente sobre os diversos ramos do Direito. No tocante ao Direito administrativo, paradigmas tradicionais foram afetados com a assunção dos direitos fundamentais a um papel de destaque na Constituição de 1988, e com a dignidade da pessoa humana elevada a fundamento do Estado.
> Entre as mudanças verificadas, destaca-se a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, a valorização do elemento consensual e também a análise da adequação de políticas públicas às normas constitucionais, dentre as principais mudanças. (CORREIA, 2012, p. 1312/1313)

José Sérgio da Silva Cristóvam (2013, p. 227) chama a atenção para a necessária releitura deste princípio, como forma de adequá-lo aos contornos do regime jurídico administrativo redefinidos pelos paradigmas do Estado Constitucional de Direito e da teoria dos direitos fundamentais, a partir de "um conceito de interesse público compatível com essa nova engenharia constitucional, indelevelmente marcada pelo traço humanista da 'personalização da ordem normativa constitucional'":

> A tradicional doutrina administrativista que assentava o regime jurídico administrativo sob as balizas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, amplamente difundida e historicamente aceita quase sem contestação, passou recentemente a sofrer uma série de importantes e qualificadas críticas, que propõem uma interessante e sofisticada releitura do regime jurídico administrativo, a partir dos paradigmas do Estado Constitucional de Direito, da ponderação de interesses e da teoria dos direitos fundamentais. (CRISTÓVAM, 2013, p. 227)

E, como pontua com propriedade Raquel Melo Urbano de Carvalho, ao expor sua posição em relação às críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o

---

[18] Para uma análise crítica acerca do princípio da supremacia do interesse público, consultar: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

[19] "O amplo acolhimento dos princípios na Constituição, como não poderia deixar de ser, importa na constitucionalização de leque de princípios que regem a atividade estatal, administrativa. A partir de então, toda a disciplina da Administração deve ser extraída, antes de tudo, da própria Constituição. Avizinham-se direito constitucional e administrativo: e se expandem em direção à Constituição, e com esta se misturam, de modo, inclusiva, a tornar difícil a distinção entre os dois campos.
Surge a chamada constitucionalização dos princípios de direito administrativo que, pela primeira vez, afloram explicitamente em muitas das constituições europeias do segundo pós-guerra." (ANDRADE, 2010, p. 227/228)

privado, o atendimento do interesse geral em detrimento de algum sacrifício do individual pode ser extraído do ordenamento jurídico, a exemplo das normas constitucionais que estabelecem restrições aos direitos individuais e, também, daquelas infraconstitucionais que trazem prerrogativas à Administração:

> Com a devida vênia, não se entende que eventual contraposição entre o interesse público e o interesse privado conduza à negação da supremacia do primeiro. O fato de se exigir ponderação entre a necessidade de predomínio do bem comum e outros princípios condicionantes da atuação estatal e protetivos dos interesses privados não significa impossibilidade de prevalecimento do interesse público. Não se pode olvidar, ainda, que em vários dispositivos constitucionais encontram-se elementos indutores do princípio da supremacia, imanente ao texto da CR/88.
> (…) Quando o ordenamento consagra os poderes de desapropriar, requisitar, intervir, policiar o exercício de direitos individuais, afigura-se manifesto o objetivo de atender o interesse geral, malgrado algum sacrifício individual decorrente de tais atividades.
> (…)
> Ademais, evidenciam tal supremacia prerrogativas processuais como, p. ex., quadruplicação do prazo para resposta e duplicação de prazos para recursos consagradas para as pessoas jurídicas de direito público interno, que encontram amplo fundamento nos princípios da isonomia e da proporcionalidade. (…)

Como sugere Iuri Mattos de Carvalho (2007), "defender o fim da idéia de supremacia, ao invés de um avanço na direção de uma Administração Pública mais democrática poderia servir de justificação jurídica para a colonização do interesse público por interesses privados".

Então, continua referido autor, "ao invés de negar sua existência, devemos combater a utilização indevida do princípio da supremacia do interesse público, que ocorre quando tal princípio é usado para justificar decisões administrativas arbitrárias, ou vinculadas à busca de interesses pessoais" (CARVALHO, 2007).

Alice González Borges (2011), em artigo sobre o tema, defende que "é preciso não confundir supremacia do interesse público - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico administrativo - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado de certas autoridades administrativas".

Assim é que, o que se busca assegurar "é a prevalência do bem comum na hipótese de eventual conflito com interesses individuais de determinados grupos privados ou de um particular" (CARVALHO, 2008, p. 67), sem se esquecer, no entanto, que "o Estado não existe contra o particular, mas para o particular", pois, "a supremacia do interesse público não conduz à supressão da pluralidade de interesses jurídicos tuteláveis" (JUSTEN FILHO, 1995, p. 52).

E continua Raquel Melo Urbano de Carvalho:

> (…) considera-se equivocado pretender retirar do princípio da dignidade da pessoa humana o fundamento com base em que é possível negar a existência da supremacia

> do interesse público. A proteção constitucional à dignidade humana não significa prevalência do indivíduo em face do coletivo. Ao contrário, exatamente em razão do fato de o interesse da coletividade prevalecer, como regra, em face dos interesses individuais, é *mister* estabelecer padrões mínimos de garantia da proteção privada. Em outras palavras: como os interesses da sociedade devem ter prevalência em relação aos interesses dos indivíduos, é necessário que os direitos dos cidadãos tenham um núcleo mínimo garantístico fixado no próprio texto constitucional.
> Não se pode ignorar que a própria Constituição evidencia fundamentos com base em que pode o Estado restringir o exercício de direitos individuais em prol dos interesses da coletividade. E se a Constituição o faz, explícita e implicitamente, é inadmissível negar preservação à supremacia do interesse público, na hipótese de conflito com interesses privados. Frisa-se que em nenhum momento cogita-se da predominância dos interesses governamentais transitórios em detrimento de legítimas prerrogativas individuais. Não se trata de fundamentar o despotismo ou de um Estado autoritário em desfavor de uma comunidade rebaixada à condição de súditos da Idade Média. O que se assegura é a prevalência do bem comum na hipótese de eventual conflito com interesses individuais de determinados grupos privados ou de um particular. (CARVALHO, 2008, p. 66/67)

Portanto, "excluir a contraposição pressuposta entre interesse público e interesse privado, admitir a atividade privada que proteja o bem comum, nada disso leva à recusa da supremacia do interesse coletivo na hipótese de confronto com a pretensão individual" (CARVALHO, 2008, 67).

4 CONCLUSÃO

Resta claro que o Direito Administrativo tem passado por mudanças em sua base estrutural, principalmente influenciado pela crescente constitucionalização, tendo sido deslocado seu núcleo central do ato administrativo para o procedimento (teoria Italiana) e para a relação jurídica (teoria Alemã).

Assim é que o interesse público surge como objeto do Direito Administrativo, evoluindo da concepção de vontade estatal para a ideia de vontade coletiva, que, no Estado Constitucional de Direito, não pode ser entendida dissociada da noção de bem estar da comunidade[20].

É por isso que as teorias da Relação Jurídica e do Procedimento, mostram-se mecanismos de que dispõe a Administração Pública e a comunidade na identificação da vontade coletiva a ser alcançada pela atividade administrativa, pois nesse novo modelo de

[20] A respeito da conciabilidade das perspectivas do procedimento e da relação jurídica, importante citar o ensinamento de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:
"Se é verdade que relação jurídica e procedimento surgem, em nossos dias como duas orientações dogmáticas alternativas destinadas a resolver a situação de 'beco sem saída' em que se encontrava a clássica doutrina do acto administrativo, o que é facto é que os dois conceitos não são em si excludentes, e não deixa de ser curioso observar que, independentemente da filosofia-base de caráter subjectiva ou objectivista em que assentam, essas duas orientações apresentam numerosos pontos de contacto. (SILVA, 2003, p. 433)

relacionamento entre Poder Público e sociedade, a superioridade legal ou moral da atuação estatal é de pronto afastada, para dar lugar a uma posição de igualdade, entre cidadão e autoridades administrativas, assegurada constitucionalmente.

E esses interesses públicos que, como visto, é traduzido na vontade coletiva, a princípio de difícil conceituação por não ser expressão de sentido único, não são construídos a partir de seu titular, já que, de um lado, nem toda manifestação da Administração Pública é interesse público, e, de outro, também não se confunde com meros interesses privados.

Certo é que impossível cogitar de interesses públicos contrários ao daquele de cada um dos indivíduos que compõem uma coletividade, mas não menos verdade que não estão limitados ao somatório dos interesses individuais.

Assim, o ponto de intersecção entre interesses privados e públicos é a Lei, esta definida pela noção de Juridicidade, razão pela qual a atividade administrativa, na busca pela satisfação da vontade coletiva, é pautada por "todo o bloco de legalidade" que constitui nosso ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição da República, que deslocou o núcleo da ordem normativa para os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, o conceito de interesses públicos somente é esclarecido completamente se redefinido a partir do compromisso da Administração Pública em implementar os direitos fundamentais, não só em sua faceta negativa – abstenção do Estado em interferir na autonomia do indivíduo –, mas, principalmente, em sua perspectiva positiva, que se materializa nos chamados direitos prestacionais.

Na atualidade, parte significativa da doutrina censura a adequação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e concentra suas críticas na indeterminação de seu conceito, nos desvios que resultaram seu emprego ao longo da história, na ausência de fundamento de validade no ordenamento jurídico brasileiro, na limitação aos direitos fundamentais, na incompatibilidade com o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, malgrado a defesa de sua inadequação, entender os interesses públicos *a priori* como superiores ao privado (princípio da supremacia do interesse público) não vai de encontro às normas constitucionais, mas, ao contrário, aponta para a noção de interesses públicos como figura central e condicionante da validade da atividade administrativa.

Ressalte-se que defender a inaplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ao invés de uma Administração Pública democratizada, representaria uma assunção do interesse privado em detrimento do público, o que, a toda evidência, não estaria afinado ao sistema constitucional.

Deve-se assegurar, pois, a que o bem comum seja sempre assegurado na hipótese de confronto com uma pretensão individual, desiderato que tem no princípio da supremacia do interesse público uma importante ferramenta, conforme já salientado anteriormente.

Dessa forma, imperioso a reformulação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, em direção a uma Administração Pública democratizada e condizente à ideia de Juridiciadade, sobretudo porque, no Estado Constitucional de Direito, a atividade administrativa deve ser conduzida rumo aos verdadeiros interesses públicos, que devem ser interpretados sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, NDJ, v. 21, n. 10, p. 1.140, out. 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". **Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outrubro/novembro, 2007. Disponível na Internet:,http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 15 de julho de 2014.

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista do TCE**, Belo Horizonte, v. 31. n. 1, 2013. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/721>. Acesso em 26 de junho de 2014.

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** *(REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26- MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 04 de julho de 2014

CARVALHO, Iuris Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 04 de junho de 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, V. 20, N. 26. 2013. Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/78>. Acesso em 20 de julho de 2014.

CORREIA, Fabíola Samara Brito de. Interesses públicos versus interesses privados: divergências na doutrina brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Ano 1, nº 3. 2012. Disponível em:<http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_03_1295_1339.pdf>. Acesso em 21 de julho de 2014.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: ícone, 1996.

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

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998**. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**. v. 11. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 44-58

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011

PEREIRA, Marcelo. A escola do serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, no. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de julho de 2014

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés General, Derecho Administrativo y Estado Del Bienestar.** Madrid: Justel, 2012.

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, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.