

# **XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

**GUSTAVO ASSED FERREIRA**

**MARIA TEREZA FONSECA DIAS**

**JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM**

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 Napolini 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

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gustavo Assed Ferreira; José Sérgio da Silva Cristóvam; Maria Tereza Fonseca Dias - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-404-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# **XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF**

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI em BRASÍLIA, reúne um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e inquestionável relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, que apresentaram 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. DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: O DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO;
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: OS CONSELHOS GESTORES COMO INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR;
3. DESENVOLVIMENTO E DESIGUALDADE: FUNÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A EXISTÊNCIA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL;
4. CONSOLIDAÇÃO DE VALORES ÉTICOS NAS EMPRESAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PRÁTICAS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS;
5. A DEFESA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL;
6. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) E OS AGENTES POLÍTICOS: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA;

7. A NOVA GESTÃO PÚBLICA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO NA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS;
8. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS E ORGANIZATÓRIOS DO ESTADO BRASILEIRO;
9. A EXPERIÊNCIA DAS ESCOLAS CHARTER NORTE-AMERICANAS COMO SUBSÍDIO PARA A PROPOSTA DE GESTÃO PRIVADA NO ENSINO PÚBLICO BRASILEIRO;
10. A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE NOS CERTAMES PÚBLICOS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA;
11. A LEI 12.462/11 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC: UMA INOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO;
12. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS EM RELAÇÃO À FASE INTERNA;
13. A RESPONSABILIDADE POR PARECERES EM LICITAÇÕES E A LIBERDADE PROFISSIONAL;
14. AS DIMENSÕES LIBERAIS E REPUBLICAS NA DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS;
15. A PREVENÇÃO AO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPRESSORAS: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE CONTROLE;
16. A EFETIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMO ÓRGÃO AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL;
17. OS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) FACE AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

Como visto, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, inclusive com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento e pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Esperamos que os leitores apreciem.

Fraternal abraço,

Brasília, julho de 2017.

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

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Maria Tereza Fonseca Dias – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)  
/Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

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

# **DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: O DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

## **CONSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE LAW: THE DUTY OF PROPORTIONAL WEIGHTING AND THE RELATIZATION OF THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER THE PRIVATE**

**Pedro Carneiro Sales <sup>1</sup>**

### **Resumo**

Pretende-se fazer uma crítica ao princípio da supremacia do interesse público em razão da constitucionalização do direito administrativo. Para tanto será analisado a centralidade da Constituição no ordenamento e sua força normativa. Assim, será defendido o surgimento do direito administrativo constitucional que impõe a releitura de diversos paradigmas. Ademais, também será questionada a natureza principiológica da supremacia do interesse público à luz da teoria dos princípios. Por fim, será apresentada uma solução para o conflito de interesses a serem perseguidos pelo Estado consistente na ponderação proporcional para que seja escolhido, no caso concreto, aquele que tem maior peso.

**Palavras-chave:** Supremacia do interesse público, Neoconstitucionalismo, Constitucionalização do direito administrativo, Incompatibilidade, Ponderação proporcional

### **Abstract/Resumen/Résumé**

It is intended to criticize the principle of supremacy of the public interest due to the constitutionalisation of administrative law. Then, the centrality of the Constitution and its normative force will be analyzed. Thus, it will be defended the emergence of constitutional administrative law that imposes the re-reading of several paradigms. Moreover, the principiological nature of supremacy of the public interest will also be questioned. Finally, a solution will be presented for the conflict of interests to be pursued by the State, the proportional weighting, that allows to choose, in the specific case, the one that has the greatest weight.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Supremacy of the public interest, Neo-constitutionalism, Constitutionalisation of administrative law, Incompatibility, Proportional weighting

---

<sup>1</sup> Advogado, graduado em Direito pela Faculdade Baiana de Direito, especialista em Direito Público e pós-graduando em Direito Eleitoral pela mesma instituição.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o advento do neoconstitucionalismo e a consequente constitucionalização do direito administrativo, exsurge a necessidade de se reler os principais paradigmas do direito administrativo. Dentre eles, merece maior atenção aquele que, ao lado princípio da indisponibilidade do interesse público, corresponde ao eixo do regime jurídico administrativo na sua visão mais tradicional. Trata-se do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Foi ele muito tempo utilizado pela Administração como discurso meramente retórico a fim de se legitimar todo e qualquer ato administrativo. Por óbvio, isto não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, que exige como fundamento de toda atividade administrativa, a promoção efetiva dos direitos fundamentais.

Ademais, com a derrocada do Estado Social, em razão da incapacidade de o Poder Público atender todas as demandas sociais ao mesmo tempo, a iniciativa privada passou a atuar ao seu lado na promoção do bem comum. Assim, passando certos agentes privados a exercer papéis então exclusivamente públicos, a dicotomia entre interesses privados e interesse público foi rompida, notadamente porque a esfera pública e a privada deixaram de ser encaradas como antagônicas, para serem vistas como complementares.

Portanto, não há mais nítida separação entre os interesses públicos e privados, de maneira que a tomada de decisões com base em um interesse, que se torna público no discurso por mero arbítrio do administrador, pode violar um interesse privado que é muito mais caro à sociedade. Isto demonstra, mais uma vez, que a busca do Estado deve ser pela concretização do verdadeiro interesse público, previsto no ordenamento jurídico sob a forma de direitos fundamentais, ainda que no caso concreto prestigie o particular.

Não é por outra razão que a visão clássica da supremacia do interesse público não se aplica à realidade atual. Desta forma, advoga-se nesta pesquisa a necessidade da sua reformulação, para que se compatibilize com o modelo contemporâneo de Estado, marcado pela supremacia da Constituição e pela ascensão dos direitos fundamentais.

As razões para a mudança no tratamento dado à supremacia do interesse público serão tratadas a seguir para logo em seguida ser proposto um método, em substituição ao instituto, de eleição dos interesses que devem inspirar os atos administrativos no caso concreto.

## 2 DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

Com esta nova realidade, todos os ramos do direito passam por profundas transformações, sofrendo também o direito administrativo grande influência da Constituição contemporânea, o que implica na irradiação dos seus valores sobre a atuação da Administração Pública<sup>1</sup>. Isto dá ensejo ao renascimento da disciplina, que deve passar a ser vista como um direito administrativo constitucional.

Embora a constitucionalização do direito administrativo não corresponda apenas à previsão de normas atinentes a este ramo jurídico no texto constitucional, é preciso dizer que, no Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, foram alçados ao patamar constitucional os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além de outros tacitamente previstos.

Assim, houve a constitucionalização, ao menos em um dos sentidos do termo, de regras básicas do direito administrativo, permitindo-se maior controle da atuação da Administração pelo Poder Judiciário através da utilização dos métodos de hermenêutica constitucional (MORAES, 2002, p. 28). Portanto, ao menos na teoria, ampliou-se a limitação da atuação do Poder Executivo, que passou a ter mais responsabilidade sobre o trato da coisa pública, tudo em defesa dos direitos dos administrados.

Por outro lado, a constitucionalização do direito administrativo também enseja a releitura de alguns velhos paradigmas. Na visão de Dirley da Cunha Júnior, tais mudanças têm como fito privilegiar os direitos fundamentais dos administrados, cabendo destaque para a reconstrução do princípio da supremacia do interesse privado, a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo e a vinculação do agente público à Constituição (2013, p. 54-56).

Marçal Justen Filho, por sua vez, considera a constitucionalização uma necessidade, mas não ainda uma completa realidade. Isto porque, considera o autor que “em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir”. E arremata ao anotar que “é necessário constitucionalizar este ramo do Direito, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais” (2014, p. 104).

---

<sup>1</sup> Sobre o tema, Gustavo Binenbojm assevera que “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional” (2008, p. 69).



Para fins deste estudo, filia-se à posição de Justen Filho, uma vez que não se pode considerar que no Brasil já se atingiu o patamar do que se entende por um direito administrativo constitucional. Em que pese seja imperioso reconhecer os avanços ensejados sobretudo pela promulgação da Constituição da República de 1988, o direito administrativo brasileiro, ao menos na prática, ainda não está totalmente impregnado do espírito constitucional. A constitucionalização do direito administrativo apenas se completará em *terra brasilis* quando seu instrumental se colocar à disposição da realização dos direitos fundamentais e dos valores insculpidos na Constituição.

Este anacronismo com que se interpreta alguns institutos do direito administrativo, contrariando a tendência natural ao respeito cada vez maior aos ditames constitucionais, enseja o que Gustavo Binenbojm chama de “crise dos paradigmas do Direito Administrativo brasileiro”. Tal crise impõe, evidentemente, a releitura destes institutos com uma análise *constitucionalizada*, ou seja, almejando como fim a promoção dos valores constitucionais (2007, p. 747). Neste contexto, é necessário a releitura da supremacia do interesse público, que não mais pode ser utilizado como um instrumento de opressão e arbitrariedade de governantes.

### **3 DA DICOTOMIA INTERESSE PÚBLICO VERSUS INTERESSE PRIVADO**

Um dos principais pontos que se deve analisar com atenção quando se estuda o princípio da supremacia do interesse público, é justamente o conflito que sempre se enxergou entre o interesse público e o interesse privado. Isto porque, é para a solução desta suposta dicotomia que a supremacia do interesse público ganhou contornos práticos, já que, tradicionalmente, entende-se que “no embate entre o interesse público e o particular há de prevalecer o interesse público” (GASPARINI, 2012, p. 74).

Neste cenário em que se via o público e o privado em situações antagônicas é que se desenvolveu a ideia de supremacia do interesse, propondo-se a atuação estatal em busca tão somente do interesse da coletividade em oposição ao interesse individual. Ocorre, todavia, que, conforme assinala Sarmento, tal pensamento, não se coaduna com a razão de ser do Estado Democrático de Direito, de que “[...] as pessoas não existem para servir os poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos” (2007, p. 27).

Ademais, a reforma administrativa<sup>2</sup>, desenhada a partir do final do século XX, ensejou a atuação de agentes privados ao lado do Estado no exercício de certas atividades até então monopolizadas por este, de modo que passou o particular a se preocupar com o interesse público. Isto evidentemente, demonstra que muito mais importante do que se estabelecer um vencedor do suposto conflito entre o interesse público e o privado, é a harmonização entre ambos.

Assim, diante desta aproximação entre os setores público e o privado e da preocupação que deve ter a Administração com o indivíduo, questiona-se atualmente a existência da dicotomia entre os interesses público e privado e a maneira com a qual se deve resolver eventuais conflitos práticos entre eles.

### 3.1 DO APANHADO HISTÓRICO

Quando do surgimento do direito administrativo após a Revolução Francesa, a dicotomia interesse público *versus* interesse privado consistia basicamente na oposição entre a vontade dos agentes estatais revolucionários - sob o falso argumento de que seria esta a vontade de toda coletividade - e as vontades individuais. E para que as decisões da Administração restassem distantes do controle dos cidadãos, revestiram-na com o manto da supremacia daqueles interesses que classificavam como público (BINENBOJM, 2007, p. 119-120).

Desde a origem do direito administrativo, portanto, percebe-se que a supremacia do interesse público é muito mais um argumento para o exercício do poder sem controle, do que o favorecimento aos interesses da coletividade em detrimento dos interesses individuais. A dicotomia que se resolvia com o argumento da supremacia, em verdade, se dava entre os interesses particulares dos cidadãos e os interesses da Administração, prevalecendo sempre os últimos.

Acaso fossem contrapostos o verdadeiro interesse público e o interesse privado para tomada de decisões administrativas naquela época, o Estado não se colocaria em situação tão privilegiada em relação ao particular, na medida em que os pensamentos iluministas, então vigentes, colocavam como grande interesse coletivo a garantia da autonomia da vontade (LEITE, 2011, p. 73). Ou seja, tomando-se como critério de solução da multicitada dicotomia

---

<sup>2</sup> Segundo Raquel Melo Urbano de Carvalho, tal reforma é marcada pela mudança de paradigmas do Estado, que ensejou redefinição de suas funções, passando este a buscar a consecução de seus fins também através de entes privados como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (2009, p. 811).

a supremacia do interesse público, prevaleceria a liberdade dos cidadãos, inclusive contra as arbitrariedades do administrador.

Com o advento do Estado social, todavia, cuja expressão mais significativa foi a República de Weimar - projeto instaurado na Alemanha através da Constituição de 1919 -, o quadro mudou. Naquela época, com o fim da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha passou a conviver com graves problemas econômicos e políticos. Além disso, em razão da revolução industrial, viu surgir uma grandiosa classe operária, que, organizada em sindicatos e partidos políticos, passou a exigir não apenas prestações negativas do Estado, mas também prestações positivas, intituladas de direitos sociais e contempladas na Constituição de Weimar (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 21-22).

Neste contexto, em que o Estado passou a atender as demandas sociais, não apenas se abstendo de interferir na liberdade privada e garantindo que o particular pudesse exercer seus direitos - como fazia antes -, é que a dicotomia interesse público *versus* interesse privado ganhou novos contornos. Passa a significar, portanto, o conflito entre o interesse individual do cidadão e o bem estar da sociedade. Assim, os interesses do setor privado passaram a ser vistos com desconfiança, como se fossem efetivamente contrários aos interesses de toda coletividade<sup>3</sup>. E, como a prioridade do Estado era atender a estes últimos em vistas dos seus compromissos sociais, defendia-se com mais intensidade a necessidade de restrição de direitos individuais em prol do bem comum.

Ocorre, entretanto, que o Estado social, assim como o liberal, era um Estado Legal, ou seja, via na Lei seu maior parâmetro de atuação. À Constituição, portanto, não se conferia os atributos da supremacia e da força normativa, de modo que os direitos sociais eram encarados como meros programas que, para que fossem efetivados, dependiam do legislador (DANTAS, 2009, p. 172-173). Assim, o estabelecimento do que efetivamente corresponderia ao interesse público nem sempre era baseado na carta de direitos fundamentais prevista pela Constituição, já que esta servia apenas como inspiração para atuação estatal, levando a Administração a atuar com grande margem de liberdade, sempre ao argumento do interesse que resolvia taxar como público. A supremacia do interesse público, pois, tal qual ocorria nos primórdios do direito administrativo, era mero discurso a legitimar as decisões administrativas.

---

<sup>3</sup> Quanto ao tema, Carlos Henrique Costa Leite assevera que “se o liberalismo anterior era visto como representação do egoísmo da vida particular, os interesses privados eram consequentemente confundidos com interesses egoísticos, que se contrapunham aos interesses públicos, representativos da coletividade e que alcançariam concretude por meio da atuação estatal” (LEITE, 2011, p. 75).

Tal realidade ainda não foi de todo alterada, porquanto na prática ainda persiste a utilização vazia do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na medida em que, considerando-se nocivos os interesse individuais e, através da supervalorização do interesses da Administração, constantemente se restringe indevidamente o direito do particular. Todavia, conforme anota Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 39), vive-se hoje o paradigma do Estado Constitucional, no qual se reconhece a supremacia da Constituição e, consequentemente, a subordinação de todos os sujeitos, inclusive o Estado, à Lei Fundamental.

Diante disto, tem-se que aos direitos fundamentais é atribuído atualmente efeito direta e imediatamente vinculante, na forma do art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impondo à Administração respeito às liberdades negativas e a promoção dos direitos sociais e coletivos<sup>4</sup>. Quer isto dizer que o interesse público tutelado pelo Estado não é carta branca em suas mãos, podendo ele conferir o significado que bem queira. O conceito de interesse público está umbilicalmente atrelado aos direitos fundamentais, eleitos pelo sociedade através de o legislador constituinte, de maneira que a promoção deste interesse está justamente na promoção dos direitos eleitos como fundamentais, que correspondem ao fundamento axiológico da Constituição.

Nesta linha de raciocínio, Gustavo Binenbojm (2008, p. 71) leciona que “[...] o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático, tal como delineados na Constituição, exercem também influência decisiva na definição dos contornos da atividade administrativa”. E arrebatada o professor, afirmando que “à centralidade desses pilares constitutivos e legitimadores da ordem constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública”.

Ou seja, o objetivo maior da atuação administrativa deve ser justamente a concretização dos direitos fundamentais e o direito administrativo precisa se adaptar a esta realidade, abandonando a condição de instrumento para o exercício do poder do Estado e voltando sua atenção ao administrado com o fim principal de atender suas demandas promovidas ao patamar constitucional. Assim, deve-se desconstruir a visão conflitiva entre interesse público e interesse privado, que, em muitos casos, precisam convergir para o mesmo caminho.

---

<sup>4</sup> Sobre a eficácia dos direitos fundamentais no Brasil, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ensinam que “[...] o § 1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia ‘limitada’ ou ‘diferida’. *Todas as normas da Constituição que são relacionadas a direitos e garantidas fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata* (2014, p. 95-96).

### 3.2 DA REALIDADE ATUAL: A INTERAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO E A IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO

A crítica que se faz ao princípio da supremacia do interesse público começa pela dificuldade que se tem em se distinguir o interesse público do interesse privado no atual estágio evolutivo do Estado. Se muitas vezes o interesse público está em se prestigiar o interesse privado, não há como advogar a ideia de sobreposição de um com relação ao outro, mormente porque, como assevera Carlos Henrique Costa Leite (2011, p. 85), “a antiga dicotomia público/privado caminha para sair da ideia de conflito, rumando em direção a uma relação de complementariedade”.

A Constituição brasileira, inclusive, contempla de tal sorte interesses privados, que, da análise da atuação do Estado em cumprimento aos ditames constitucionais, não se pode perceber se são estes interesses que estão sendo prestigiados ou se são os interesses de toda coletividade. Assim, entende Humberto Ávila (2007, p. 13), que “em vez de uma relação de contradição entre interesses privado e público há, em verdade, uma ‘conexão estrutural’ (*‘ein struktureller Zusammenhang’*)”.

Por esta razão a supremacia do interesse público já não é um critério para inspirar a atuação estatal. Só é possível considerar um interesse superior ao outro, quando estes necessariamente se contrapõe, priorizando-se um em detrimento do outro. Entretanto, “o bem comum inclui o bem de suas partes” (BINENBOJM, 2007, p. 145), de forma que não é possível considerar o interesse público antagônico ao interesse privado. Realizar o interesse público, portanto, perpassa pelo consideração dos membros da sociedade no seus aspectos individuais.

Ademais, o maior fundamento jus-político da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, o que significa dizer que a ordem constitucional brasileira é centrada na proteção do ser humano e, via de consequência, também de seus interesses individuais, inclusive contra a atuação estatal na consecução dos interesses gerais (BINENBOJM, 2007, p. 141). A supremacia do interesse público, pois, seria uma ameaça a esta proteção e, por esta razão, incompatível com a Constituição de 1988.

Soma-se isto, ainda, a confusão que se instaurou recentemente entre as esferas pública e privada por diversos fatores. Dentre eles, Daniel Sarmento (2007, p. 44-48) chama atenção para os seguintes: 1) os processos de *publicização do direito privado* e de *privatização do direito público*, o primeiro em razão da supremacia da Constituição - uma das ideias centrais do neoconstitucionalismo -, e a consequente irradiação dos preceitos constitucionais por todo

ordenamento, e o segundo por conta das busca constante da Administração pela eficiência típica da iniciativa privada; 2) o surgimento do terceiro setor, que embora não seja estatal, é público e é composto por organizações não governamentais, entidades de classe, associações de moradores e outra instituições privadas que atuam em busca de interesses da coletividade.

Diferentemente do que ocorria no Estado liberal, portanto, o particular não atua necessariamente em lado oposto à Administração, podendo, inclusive, exercer funções tipicamente estatais. A visão de espaço público como espaço exclusivamente estatal e de espaço privado como aquele em que se agia somente segundo as regras de mercado, em conformidade com interesses individuais e egoísticos, não mais persiste, contribuindo com a impossibilidade de separação precisa entre os interesses público e privado.

Pelas razões expostas, constatando-se a confusão ente o público e o privado que se apresenta na atualidade, não se vislumbra mais a dicotomia entre interesses da coletividade e interesses particulares, de modo que não é possível estabelecer uma supremacia de uns sobre os outros.

#### **4 DO QUESTIONAMENTO AO CARÁTER PRINCIPIOLÓGICO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

A supremacia do interesse público sobre o privado é tido comumente como um princípio constitucional implícito<sup>5</sup>. Quer isto dizer que o primado do interesse público é reconhecido como um princípio jurídico, portanto, possuidor dos atributos inerentes à categoria das normas jurídicas.

Entretanto, é necessária uma análise crítica quanto à natureza jurídica da supremacia do interesse público. Para começar, é preciso trazer à baila o conceito de norma jurídica que, segundo Miguel Reale (2009, p. 95), seria “[...] *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*” (grifos do autor).

Humberto Ávila (2007, p. 6) propõe um conceito semelhante, acrescentando, todavia, que a norma não se trata do enunciado, mas sim do conteúdo que pode ser extraído da prescrição

---

<sup>5</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello vai além, afirmando que o primado do interesse público é um princípio geral do direito, portanto, está presente em qualquer ordenamento jurídico. Por esta razão não se radicaria em dispositivo específico da Constituição brasileira, malgrado se manifeste através de certos institutos constitucionais como o da função social da propriedade (2013. p. 99).

normativa. Isto justifica a existência de normas que não derivam de textos normativos, mas são previstos tacitamente no ordenamento jurídico, como é o caso dos princípios implícitos.

Neste estudo, adota-se a posição da qual Ávila é representante, porquanto a determinação, proibição ou permissão emitida pelo Estado nem sempre é expressa em um texto normativo, podendo decorrer da própria leitura sistêmica do ordenamento jurídico. Ademais, de uma mesma prescrição podem ser extraídos diversos significados, a depender do intérprete e do contexto sobre o qual se debruça. Assim, é possível afirmar que a norma não é o texto, rígido, estático, mas o seu significado, porquanto o seu destinatário cumpre o que dele interpreta.

Após a compreensão da noção geral de norma jurídica, é importante conceituar a espécie de norma que mais relevância tem para este estudo, a saber a norma-princípio<sup>6</sup>. Para Robert Alexy (2008, p. 90), seriam os princípios jurídicos

[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (grifos do autor).

Assim, diferentemente das regras que, acaso incidentes em uma situação concreta, necessariamente devem ser cumpridas integralmente, os princípios só se aplicam na maior medida do fático e juridicamente possível. Quer isto dizer que em cada caso a norma-princípio aplicável será cumprida em um grau diferente e, no caso de conflito entre princípios *in concreto*, escolhe-se os que devem ser satisfeitos com maior intensidade e os que, embora não sejam abstratamente expulsos do ordenamento jurídico, terão a incidência mitigada.

Partindo dos conceitos apresentados é que se faz o questionamento sobre a natureza da supremacia do interesse público. Isto porque, sendo o princípio norma aplicável em diferentes graus, não é possível, a luz da teoria geral do Direito, vislumbrar um caráter principiológico no primado do interesse público sobre o privado. Sobre o tema, Humberto Ávila (2007, p. 9) afirma que sua própria descrição abstrata sugere como última possibilidade de sua aplicação a sua prevalência sobre qualquer outra norma. Ou seja, implica o *princípio* em questão que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse privado, independentemente das condições fáticas ou normativas, de maneira que, deixar de aplicar este comando normativo

---

<sup>6</sup> São espécies do gênero norma jurídica, como se depreende das lições de Ricardo Maurício Freire Soares, norma-regra e norma-princípio (2009. p. 26).

consistira sempre em exceção, mas nunca na satisfação em diferentes graus, como deve ocorrer com as normas-princípio.

Reconhecer como princípio a prevalência do interesse público sobre o interesse privado é afastar a técnica que se utiliza para solução do conflito entre princípios, que é a ponderação de bens e interesses<sup>7</sup>. Evidentemente, se o interesse público sempre prevalecesse sobre o privado, no caso de choque entre tais interesses - mesmo que o interesse privado também seja resguardado por um princípio jurídico -, não haveria ponderação, porquanto o conflito sempre seria solucionado através da escolha do interesse público.

Assim, o primado do interesse público é absolutamente incompatível com o que a ciência do Direito aponta como princípios jurídicos, já que não existem princípios com a característica da prevalência absoluta sobre outros no campo abstrato, mas sim princípios que, no caso concreto, gozam de uma prevalência relativa, restringindo o mínimo possível a incidência de outros, que continuam válidos e, em contras circunstâncias, também podem vir a prevalecer.

Não é por outra razão que Humberto Ávila considera a supremacia do interesse público sobre o privado uma “regra de preferência abstrata no caso colisão” em favor do interesse público, descartando por completo seu caráter principiológico (2008, p. 10). Portanto, seria apenas um expediente utilizado pela Administração para impor suas vontades.

Face ao exposto, adota-se nesta pesquisa a visão no sentido de que não se pode considerar o primado do interesse público um princípio jurídico. Obviamente que isto não implica dizer que o interesse público não é importante ou não deve ser perseguido pelo Estado. Significa apenas que ele não pode prevalecer abstratamente com relação ao interesse privado, primeiro porque o interesse público é uma dimensão do interesse privado e segundo porque a própria Constituição prestigia interesses privados ao lado de interesses coletivos, estando eles salvaguardados por normas de mesmo patamar hierárquico.

Senado assim, o primado do interesse público não só não se enquadra no conceito doutrinário de princípio jurídico, como não encontra respaldo constitucional, pelo que não se pode falar em um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado imanente da Constituição.

---

<sup>7</sup> Alexy, ao tratar sobre o eventual conflito entre dois princípios, leciona que “[...] um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto, as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (2008, p. 93-94).



## 5 DO RESPEITO À PROPORCIONALIDADE ENQUANTO CONDICIONANTE À BUSCA DA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

Como já se afirmou neste trabalho, o interesse público continua a ser de extrema importância, uma vez que representa a soma dos interesses dos cidadãos, previstos sobre a forma de direitos fundamentais na Constituição. Promover, pois, o interesse público, seria realizar tais direitos na maior medida possível.

Ocorre que ao tentar satisfazer este interesse público, o direito que o Estado visa promover pode conflitar com interesses individuais que também podem ser tutelados por normas constitucionais, inclusive de direitos fundamentais. Não sendo possível a prevalência abstrata de um interesse sobre o outro, até porque, no exemplo, ambos são de envergadura constitucional, exsurge a necessidade de realização do juízo de proporcionalidade.

Nas palavras de Humberto Ávila (2009, p. 78-79),

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (grifos do autor).*

Segundo tal definição, a aplicação dos princípios não é um exercício de mera subsunção como ocorre com as regras, pois carece de uma análise contextualizada, inclusive para se decidir sobre quais normas devem ser afastadas no caso concreto para que seja possível a satisfação do princípio que se quer lançar mão. Isto porque, evidentemente, sendo os princípios normas de conteúdo amplo e aberto, o choque entre eles é inevitável. Não são raras as ocasiões em que uma conduta é vedada por uma norma-princípio e autorizado por outra.

É por isto que Gustavo Binenbojm (2008, p. 13) assevera que os princípios constitucionais não são articulados hierarquicamente e sim por uma lógica de ponderação proporcional. Neste sentido, a defesa da existência de uma supremacia de alguns interesses constitucionalmente tutelados sobre outros, mostra-se absolutamente contrária aos avanços da hermenêutica constitucional, notadamente ao princípio interpretativo da concordância prática, segundo o qual “[...] cada direito *cede* em parte de sorte a obter a aplicação harmônica de ambos, sem que um prevaleça sobre o outro” (SILVA NETO, 2013, p. 169) (grifo do autor). As normas constitucionais e, portanto, os interesses por elas prestigiados, não podem ser posicionados em níveis hierárquicos, porque fazem parte de uma unidade, possuindo todos a mesma importância para o legislador constituinte.

Sendo assim, a inspiração para realização da escolha do interesse a ser realizado pela atuação estatal no caso concreto não pode ser outra que não o juízo de proporcionalidade. Mais que uma mera técnica de solução de conflitos de interesses, a proporcionalidade é alçada por doutrinadores como Dirley da Cunha Júnior (2013, p. 224) à condição de princípio constitucional implícito, a exigir do Poder Público (seja Executivo, Legislativo ou Judiciário) na prática de todos os seus atos (sejam atos administrativos, lei ou decisões judiciais) atenção quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sintetizando o tema, Cunha Júnior ensina que

Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas (2013, p. 224).

A ideia jurídica de proporcionalidade, portanto, consiste na relação entre o meio pelo qual se age (e os efeitos desta atuação) e o fim que se pretende atingir. Assim, sendo possível atingir um resultado através de um comportamento estatal, há proporcionalidade-adequação neste ato, sendo este a maneira que menos viola um direito fundamental, há proporcionalidade-necessidade e, sendo o comportamento aquele que preserva valores superiores àqueles que são sacrificados pela medida, há proporcionalidade em sentido estrito.

Ante o exposto, tem-se que deve ser a proporcionalidade o grande fio condutor das decisões do Estado, no exercício de qualquer das suas funções. Neste sentido, o interesse constitucional que a Administração entende como público não goza de supremacia alguma, posicionando-se no mesmo patamar que os interesses privados previstos na Constituição. Deste modo, no escólio de José Marcelo Barreto Pimenta, “[...] o princípio da proporcionalidade representa um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa do Estado contra tais direitos” (2012, p. 238).

Defender a existência de uma regra de prevalência de um interesse contra outros, mesmo que estes outros sejam tutelados por direitos fundamentais, é dizer que a Constituição prevê normas com diferentes graus hierárquicos, contrariando o princípio da unidade constitucional. Assim, não se pode reconhecer interesses ou direitos absolutos, de modo que medidas restritivas, mesmo que sejam praticadas pelo Estado, devem ser encaradas como exceções e não como uma decisão pré-estabelecida sempre em favor do interesse estatal.

## 5.1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA E SEU DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL

A constitucionalização do direito administrativo, impondo a releitura de toda a disciplina e seus institutos, bem como o respeito pela Administração à Constituição que, com o advento do neoconstitucionalismo, passou a ser dotada de supremacia, refuta em absoluto a ideia de prevalência apriorística de um interesse sobre outro. É possível dizer, portanto, que no Estado Democrático de Direito não deve ser a supremacia do interesse público a grande marca do direito administrativo, mas sim o dever de ponderação proporcional (BINENBOJM, 2008, p. 103).

Outrossim, o grande símbolo de limitação do poder estatal é a superproteção que se confere na contemporaneidade à dignidade da pessoa humana, já que o homem assume posição central no ordenamento jurídico. Esta proteção se dá sobretudo pela previsão de uma extensa carta de direitos fundamentais, que retratam o esboço da sociedade desenhado pelo constituinte. Ocorre que, os direitos fundamentais não contemplam apenas interesses individuais, na medida em que através deles também são atendidas demandas que atendem a interesses coletivos (transindividuais). Na visão de Gustavo Binjenbojm (2008, p. 104), “depreende-se, assim, que as dimensões individual e coletiva convivem, lado a lado, no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição”.

Neste sentido, não se pode atribuir maior importância para uma categoria ou outra de direitos fundamentais, já que tanto os direitos individuais quanto os transindividuais receberam a mesma importância ao serem constitucionalmente contemplados. O interesse público está, portanto, em se realizar o direito que, no caso de choque com outro - após um juízo de ponderação -, tenha um peso maior na situação concretamente apresentada.

Não se pode estabelecer antecipadamente se deve prevalecer o interesse coletivo ou o interesse privado, porquanto eles dividem o mesmo espaço no sistema jurídico. Paulo Ricardo Schier, ao analisar o tema, concluiu que

[...] não se vê autorizada a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. O critério de prevalência do interesse público, em tais situações, é casual. A ponderação, *in abstrato*, realizado pelo constituinte originário, ora pende aos interesses públicos e ora aos privados. Logo, daí não se infere a supremacia de um sobre o outro (2011, p. 14).

Ainda que se admita que o papel da Administração seja a busca pelo interesse público, o constitucionalismo contemporâneo impõe a constatação de que a expressão interesse público está ligada à satisfação dos direitos fundamentais, sejam individuais ou sejam coletivos. Desta

forma, o interesse público tem uma significação genérica, abrangendo interesses gerais e interesses particulares (BINENBOJM, 2008, p. 104), que só poderão prevalecer uns sobre os outros no caso concreto, inspirando-se na ideia de proporcionalidade.

Pelo exposto, ao agente público não é facultado escolher livremente que interesses devem ser atendidos mediando suas escolhas. Havendo choque entre o interesse coletivo que é chamado a realizar e interesse particular juridicamente tutelado, deve o administrador buscar a solução que realize o máximo possível os interesses em jogo, através da análise das peculiaridades do caso concreto e dos valores constitucionais envolvidos. É nisso que consiste a técnica da ponderação proporcional, pela qual, descartando-se a supremacia pré-estabelecida de uns sobre os outros, deve eleger o Poder Público, apenas no caso concreto, o *melhor interesse público*<sup>8</sup>.

Malgrado autores como Luís Roberto Barroso<sup>9</sup>, divirjam desta visão sobre o tema, é ela a que se adota neste trabalho, um vez que é a que mais se coaduna com o Estado Democrático de Direito e com a ideia de uma Constituição dotada da característica da unidade. Assim como os interesses da coletividade são contemplados pela Lei Fundamental de 1988, também o são os interesses individuais, não sendo possível estabelecer antecipadamente qual deve prevalecer. Somente a ponderação de interesses é apta a resolver o eventual choque entre tais interesses, na medida em que não é possível extrair da Carta Magna nenhuma prevalência em abstrato.

## 5.2 DA LEI DE COLISÃO DE ROBERT ALEXY E SUA UTILIZAÇÃO NA TOMADA DE DECISÕES ADMINISTRATIVAS

Robert Alexy construiu a teoria intitulada de lei de colisão, fornecendo aos operadores do direito instrumental teórico para realização do sopesamento de interesses conflitantes (2008, p. 94 *et. seq.*). Segundo o autor, quando o Estado, na mesma situação, possui dois deveres impostos pelo ordenamento jurídico que, no caso concreto se chocam,

Essa relação de conflito não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhuma desses deveres goza, *‘por si só*, de

---

<sup>8</sup> A expressão é de Gustavo Binjenbojm (2008, p. 106).

<sup>9</sup> Em verdade, Barroso apresenta uma posição intermediária entre a clássica, segundo a qual o interesse público realmente goza de supremacia, e a que se defende nesta pesquisa. Para o autor, gozaria de supremacia apenas o interesse público primário, enquanto o interesse público secundário não desfrutaria desta prevalência, pelo que, em caso de choque com interesses privados, a decisão deveria se dar através da ponderação de interesses (2007, p. 30).

prioridade'. O 'conflito' deve, ao contrário, ser resolvido 'por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes'. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem maior peso no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 95).

É, pois, dever da Administração Pública realizar este sopesamento no caso de conflitos entre interesses, independentemente de serem coletivos ou individuais. O autor deixou claro no trecho de sua obra acima transcrito que não se pode admitir uma precedência absoluta entre os deveres estatais (compreendidos enquanto obrigações de promoção de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico), reforçando a ideia de inexistência de supremacia *a priori* de um interesse sobre qualquer outro, de maneira que o maior ou menor peso de um interesse só se verifica no caso concreto.

A lei de colisão, portanto, impõe à administração uma solução para colisão de princípios (que podem ser lidos como deveres, direitos fundamentais, pretensões e interesses) diferente da invalidação<sup>10</sup> e da exceção a ser aplicada em todos os casos futuros. “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2008, p. 96).

Diante das ideias apresentadas, reitera-se o entendimento de que nenhum interesse goza de supremacia e que no caso de conflito a Administração somente pode resolvê-lo por meio da ponderação proporcional. Assim, impondo a menor restrição possível ao interesse preterido, realiza o Poder Público a vontade do constituinte ao escolher, no caso concreto, o interesse que maior peso tem ao se considerar as circunstâncias e o valores constitucionais em jogo. É só assim que se possibilita a convivência harmônica dos interesses consagrados na Constituição, que têm abstratamente a mesma importância, mas que em diversas ocasiões conflitam, impondo ao Estado a escolha de qual melhor retrata o espírito constitucional na situação que se apresenta.

### 5.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FINALIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Não pretende esta pesquisa negar a persecução pelo Estado do interesse público, uma vez que é papel do Poder Público buscar a satisfação dos interesses da sociedade. O

---

<sup>10</sup> A invalidação é a maneira com que se soluciona o conflito entre regras, utilizando-se os critérios da hierarquia, anterioridade e especificidade. Uma regra em conflito com outra, impede a manutenção de ambas no ordenamento jurídico, impondo a invalidação de uma delas. O conflito se resolve, pois, no campo da validade, na lógica que Ronald Dworkin convencionou chamar de “tudo ou nada” (DWORKIN, 2002. p. 42-43).

questionamento que se lança é a que corresponderia este interesse público. E quanto a isto, adota-se a posição de que a finalidade maior da atuação administrativa é a realização dos direitos fundamentais, tanto coletivos, quanto individuais. Em última análise, corresponderia ao interesse público a satisfação de tais direitos.

Se a Administração tem como objetivo principal a satisfação do interesse público que, por sua vez, corresponde à promoção dos direitos fundamentais, é possível afirmar que tais direitos correspondem ao enfoque do próprio direito administrativo. Neste sentido, Marçal Justen Filho (2014, p. 199) chega a afirmar que “[...] o regime de direito administrativo é produzido pelos direitos fundamentais”, demonstrando que não são a supremacia e a indisponibilidade do interesse público os pontos fulcrais da disciplina, mas sim a carta de direitos prevista pela Constituição.

Assim, descabida é qualquer restrição de direitos fundamentais promovida pela Administração sob a alegação vazia da promoção do interesse público, porquanto a sua razão de ser é justamente a realização destes direitos<sup>11</sup>. Restrições, portanto, se justificam apenas se houver choques com outros interesses igualmente tutelados pela Constituição, mediante ponderação de bens e interesses.

Apenas com o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais no regime jurídico administrativo e que, por esta razão, são eles a grande finalidade da atuação estatal, é que se concretizará o fenômeno da constitucionalização do direito administrativo. A mudança de paradigmas desta disciplina, com a superação de dogmas como o da supremacia do interesse público sobre o privado, perpassa necessariamente pelo reconhecimento do homem enquanto objetivo maior de todo ordenamento jurídico. Esta humanização do Direito, incluindo o direito administrativo, se demonstra pela eleição da dignidade humana como o elemento cerne das constituições contemporâneas, a inspirar cada ato do Poder Público.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A noção de supremacia do interesse público sobre o privado, por muito tempo, legitimou a escolha livre pelo agente público dos fins que deveria o Estado buscar, já que interesse público consiste em uma expressão de difícil conceituação. Diante disto, todos os atos administrativos poderiam ser justificados segundo o primado dos interesses gerais,

---

<sup>11</sup> Nesta mesma linha, Isabelle de Baptista, ensina que “[...] a razão de ser do Estado é a satisfação dos direitos e garantia fundamentais” (BAPTISTA, 2013, p. 65).

possibilitando práticas arbitrárias, que simplesmente ignoravam os direitos individuais dos administrados.

Com o advento do neoconstitucionalismo, entretanto, a Constituição assumiu a posição de supremacia no ordenamento jurídico, promovendo a irradiação de seus valores por todos os ramos jurídicos. Sendo assim, é preciso reconhecer que o direito administrativo precisa se adaptar a esta realidade, sobretudo através da releitura de seus principais institutos, ainda marcados por uma essência autoritária. É o caso, por exemplo, da insindicabilidade da discricionariedade administrativa e sobretudo da supremacia do interesse público.

Neste sentido, impõe-se, dentre outras coisas, a adoção da noção de interesse público baseada na axiologia constitucional. E se o elemento cerne das constituições contemporâneas é a carta de direitos fundamentais por elas prevista, deve ser tido o interesse público como a satisfação destes direitos, porquanto tutelam os bens jurídicos eleitos pela sociedade como os mais caros ao seu povo. Portanto, buscar o interesse público é, em última análise, promover na maior medida possível os direitos fundamentais.

Outrossim, reunindo todos os conceitos necessários para melhor compreender o tema desta pesquisa, conclui-se, inevitavelmente, que o *princípio* da supremacia do interesse público em verdade não possui natureza principiológica, pelo que poderia ser, no máximo, uma regra de prevalência abstrata de um interesse sobre o outro. Isto porque, tomando como parâmetro a teoria dos princípios, o primado do interesse público não gozaria da maleabilidade dos princípios, bem como não poderia ser aplicado em uma lógica de sopesamento, como ocorre com as normas-princípio.

Ocorre que esta *regra* de prevalência, diferentemente do que comumente se propaga, não está implícita no texto constitucional, porque o constituinte não elegeu interesses mais importantes que outros. A Constituição, ao contrário, prevê direitos fundamentais, obviamente com a mesma hierarquia, e dentre eles estão os que tutelam interesses privados e os que tutelam interesses coletivos. Como é a finalidade maior do Poder Público a promoção dos direitos fundamentais, tem-se que a promoção do interesse público pode consistir tanto na satisfação de um direito individual quanto na satisfação de um interesse transindividual. Apenas as circunstâncias do caso concreto é que podem permitir a escolha do *melhor interesse público*.

Outrossim, dada a conjuntura atual, em que não são tão bem delimitados os espaços de atuação do Estado e do particular, já que a publicização do direito privado e a privatização do direito público; bem como o crescimento das demandas sociais e a incapacidade do Poder Público de atender a todas elas sozinho - ensejando o surgimento do terceiro setor -, são fatores

que que promovem a aproximação das administrações pública e privada, impossibilitando a diferenciação precisa entre o interesse público e o privado.

Neste cenário, não se pode considerar genericamente que um é sempre contraposto ao outro, o que enfraquece ainda mais o discurso da supremacia do interesse público. Afinal, se o interesse público corresponder ao interesse privado no caso concreto, não haveria como um ser superior ao outro, porque estes seriam idênticos.

Por tais razões é que se defende neste estudo a inexistência de uma supremacia de qualquer interesse que seja sobre o outro. Como assinalado, não é o primado da supremacia do interesse público um princípio constitucional, porque da Constituição não se pode extrair tal mandamento, podendo ser considerado no máximo uma regra de prevalência. Ocorre que esta regra é simplesmente incompatível com a Lei Fundamental de 1988, que impõe como interesse público a promoção dos direitos fundamentais. Sendo assim, em hipótese alguma pode a supremacia do interesse público sobre o privado ser critério a inspirar decisões administrativas.

Assim, a única solução é o afastamento por completo da supremacia do interesse público da atividade administrativa e implementação de outro princípio como critério de realização de todas as atividades da Administração. Trata-se do princípio da proporcionalidade, este sim imanente da Constituição e capaz de propiciar decisões mais justas. Deve o Poder Público, portanto, atuar sempre com atenção à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos atos que pratica.

Obviamente, incumbindo à Administração a realização dos direitos fundamentais, por óbvio existem situações em que interesses entrarão em conflito. Neste casos, é evidente que não se pode adotar o critério da supremacia do interesse público, primeiro porque é inconstitucional, e segundo porque satisfazer qualquer direito fundamental é interesse público, de modo que tal critério não seria bastante para que uma decisão fosse tomada.

Assim, a solução para tais casos só poderia estar na ponderação proporcional de interesses, através da qual a Administração Pública deve escolher, no caso concreto, aquele interesse que deve prevalecer, sempre com o cuidado de limitar o mínimo possível o interesse preterido. É só assim que restaria superada a visão do direito administrativo enquanto instrumental a serviço do administrador na promoção de seus interesses. A alocação do princípio da proporcionalidade na posição de fio condutor das decisões administrativas é, portanto, medida que se impõe ante à constitucionalização do direito administrativo.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodeestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAPTISTA, Isabelle. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG**. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, jan./fev./mar. 2013. p.55-71. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1768.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.09, mar./abr./mai. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodeestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.743-780.

\_\_\_\_\_. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.117-170.

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

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17.ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. rev. e atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Costa. A interpretação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, a. 107, v. 414, jul./ago./set./out./nov./dez. 2011. p.69-100.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MORAES, Alexandre de. Constitucionalização do direito administrativo e princípio da eficiência. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). **Administração Pública: direito administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.25-54.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. O princípio da proporcionalidade à luz da nova hermenêutica jurídica. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; MOCCIA, Luigi; SOARES NETO, José Andrade; FREITAS, Tiago Silva de; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunz dos (Coords.). **Estudos aplicados de Filosofia do Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p.215-247.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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 de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.23-116.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônico de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, mai./jun./jul./2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/REDAE-26-MAIO-2011-PAULO-SCHIER.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de introdução ao estudo do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2009.