

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUSTAVO SEJI SENDODA WEINMANN

Interesse Público e sua Supremacia sobre o Interesse Privado

CURITIBA
2010

GUSTAVO SEJI SENDODA WEINMANN

Interesse Público e sua Supremacia sobre o Interesse Privado

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^o Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

Ao meu Pai, ídolo eterno, base de minha razão.
Amo-te!
À minha Mãe, exemplo de pessoa, base do
meu coração. Amo você!
À Gabriela, menina do sol, base do meu futuro.
Ti amo!

Aos amigos André Bavaresco, Eduardo Pina,
Eduardo Zambarda, Gustavo Perez, Jaime
Soares, João Gabardo, Marcelo Hirota, Maura
Albuquerque e Rogério Vilela. “Vocês tão aqui
ó, no meu coração”

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pelos sábados de trabalho para que essa monografia fosse possível. Ao contrário de muitos dos grandes nomes da faculdade, não deixa de dar aula aos “esquecidos” do noturno.

Ao Professor Daniel Wunder Hachem, pela imensa contribuição bibliográfica. Foi sua aula que me despertou o interesse pelo tema desta monografia.

À servidora Jane, pessoa gentil e prestativa que faz essa faculdade funcionar!

Aos cadernos do João Rubens!

RESUMO

Não faz muito tempo que alguns importantes doutrinadores tem se insurgido contra o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Pretendeu essa corrente doutrinária desconstruir o principio afirmando sua inexistência bem como sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, recentemente, a doutrina a favor desse princípio propõe uma reconstrução do princípio onde se faz uma crítica da crítica. O presente trabalho aborda essa temática analisando o conceito de interesse público, passando pela tentativa de desconstrução do princípio e finalizando com a proposta de reconstrução do mesmo.

ABSTRACT

Not too long ago that some important authors have argued against the principle of supremacy of public interest over private interest. This portion of authors tries to deconstruct the principle stating that this principle does not exist and does not belong to the Brazilian Laws. However, recently, some authors defend the existence of this principle and propose a reconstruction of the principle. This paper examines the concept of public interest to analyze the attempt of deconstruction of the principle and the proposed reconstruction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	13
2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO	17
3. INTERESSE PÚBLICO	19
3.1. INTERESSE	19
3.2. INTERESSE PÚBLICO E BEM COMUM	20
3.3. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	23
3.4. INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES PRIVADOS	26
3.5. INTERESSES DA MAIORIA E INTERESSES DA MINORIA	27
3.6. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO	28
3.7. INTERESSE PÚBLICO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	30
4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO	35
4.1. CONCEPÇÃO CLÁSSICA	35
4.2. DESCONSTRUÇÃO	36
4.3. RECONSTRUÇÃO	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo moderno edificou-se sobre duas ideias centrais: a proteção dos direitos individuais frente ao Estado¹ e a necessidade de satisfação do interesse público. Desse modo, pode-se afirmar que a concretização dos interesses qualificados como públicos se constituiu, desde o seu início, em um dos objetivos centrais do Estado de Direito contemporâneo e, conseqüentemente, da Administração Pública. O exercício da função administrativa pressupõe um dever jurídico incontestável, o qual se manifesta no atendimento ao interesse público.²

Embora a ideia de interesse público tenha assumido papel fundamental na delimitação das finalidades estatais e adquirido posição de centralidade no regime jurídico administrativo, sua definição é dotada de imprecisão teórica bem como de uma série de divergências por parte da doutrina. Por isso, a doutrina jurídica, com algumas exceções, consideram-no como um conceito jurídico indeterminado. Tal designação, porém, não deve ser avaliada como um defeito, mas sim como uma qualificação que se destina a proporcionar, diante do caso concreto, uma aplicação mais adequada.

A designação de conceito indeterminado não impede o aprofundamento do seu núcleo conceitual, onde pode, inclusive, proporcionar maior utilidade na sua aplicação concreta. Pode-se afirmar, então, que “o conceito de interesse público vem sendo alterado ao longo do tempo, em face da evolução histórico-cultural dos regimes democráticos.”³ As transformações da sociedade afetaram e continuam afetando o conceito de interesse público.

O presente trabalho se baseia no estudo das alterações produzidas historicamente no conceito de interesse público, o qual, de caráter análogo à noção filosófica de bem comum e de titularidade

¹ Do qual erigiu-se o princípio da legalidade.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª edição. São Paulo, Malheiros, 2010 p. .

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999. P. 116.

estatal, no final do século XVII e início do século XVIII, passou a ser compreendido ora como somatório dos interesses privados, ora como interesse da maioria representativa. Atualmente, porém, tais critérios, sejam quantitativos ou qualitativos, não se mostram mais suficientes para a delimitação do conceito de interesse público, seja porque a dicotomia entre público e privado gradativamente é mitigada, seja porque o conceito de interesse público não mais comporta enfoque meramente técnico.⁴

É necessário o entendimento de que determinado interesse se reveste de caráter público, quando a sua satisfação não possa ser objeto de mera transigência, isto é, quando a sua não concretização possa significar ofensa a valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico. Assim, a delimitação da expressão e do alcance do interesse público faz-se imprescindível, tendo em vista o papel por ele desempenhado, que se mostra intimamente relacionado à realização dos direitos fundamentais.

O princípio da supremacia do interesse público forma o alicerce do regime jurídico-administrativo. É ele que determina as ditas prerrogativas da Administração Pública.

Durante anos, essa ideia manteve-se pacificada na doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular o ponto de partida para a tomada de decisão dos agentes públicos, tornando-se, então, um paradigma do Direito Administrativo Brasileiro.

Entretanto, as inúmeras transformações políticas, econômicas e sociais sofridas pela sociedade começaram a fazer com que parte da doutrina propusesse mudanças nesse conceito anteriormente pacificado.

No cenário do Direito Administrativo nacional, o tema da supremacia do interesse público ganha destaque quando, após passar por um Estado liberal e um Estado social, advém o Estado Democrático

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a "Personalização" do Direito Administrativo. In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999. P. 124.

de Direito, com ideias de proteção aos direitos fundamentais do cidadão, garantidos pela Constituição Federal. Essa mudança de ideais trazidos pelo Estado Democrático motivou uma nova concepção no Direito Brasileiro, a chamada Constitucionalização do Direito, isto é, todas as normas vistas à luz da Constituição, que influenciou todos os ramos do Direito, inclusive o Direito Administrativo.

Esse novo panorama suscitou em parte da doutrina publicista do país um questionamento quanto a verdadeira existência de um paradigma de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, importante fundamento do Direito Administrativo, até então não posto a prova.

Um dos motivos desse questionamento, de grande importância e preocupação, reside no fato de que os administradores, muitas vezes, para a tomada de decisões administrativas, utilizam a ideia de interesse público como motivação, mas para atender a interesses da própria Administração ou até mesmo interesses particulares e não para atender aos interesses da sociedade.

É nesse momento, então, que se passa a repensar o princípio da supremacia do interesse público, buscando sua desconstrução.

A tentativa de desconstrução do princípio inicia-se no próprio conceito de interesse público. Por isso, o presente trabalho dedica parte significativa de seu conteúdo para abordar a discussão acerca desse conceito. Contudo, apesar de vasta literatura doutrinária acerca dessa discussão, é difícil e até impossível se conceituar precisamente o interesse público, pois trata-se de conceito indeterminado. O que se propõe não é uma conceituação rígida e fechada. Propõe-se pelo menos uma delimitação do conceito para que este possa ser concretizado diante da própria realidade jurídica, no momento de aplicação da lei por parte dos juristas.

Realizada essa delimitação, questiona-se a validade de se considerar a supremacia do interesse público como um princípio. Nesse ponto, é de extrema relevância e importância a produção teórica do renomado jurista Humberto Bergmann Ávila. Discutem os autores que defendem a ideia de desconstrução a possibilidade de dissociar o

interesse público do interesse privado, chegando a ideia de ponderação no caso concreto dos interesses que estão em jogo, submetendo-se ao dever de proporcionalidade, regra básica para a tomada de decisão administrativa.

Justamente com base nessas críticas e utilizando-se de vasta discussão acerca do interesse público que a doutrina mais recente tenta ao mesmo tempo reconstruir a noção de supremacia do interesse público sobre o particular como também desconstruir os equívocos e interpretações erradas acerca do princípio.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Estado de Direito advém das ideias políticas existentes no século XIX, baseado numa legitimação racional a qual gerou a despersonalização do poder político, ou seja, deixa-se de obedecer àquele em virtude de determinação divina ou de sua capacidade de liderança, passando a obedecer as determinações impostas pelo governo, que nada mais são do que decisões da própria nação, o governo do povo. Assim, nasce a ideia de um Estado onde prevalecem as leis e não a vontade do governante, em que os indivíduos irão exercer o poder político.⁵

Entretanto, com a evolução histórica, social e cultural sofrida pela sociedade, especialmente no tocante as sequelas deixadas pelo regime totalitário nazi-fascista, no século XX, verificou-se a necessidade de uma releitura dessa legitimidade do poder político, observando-se a ideia de democracia e dos direitos fundamentais trazidos na Carta Magna. Verifica-se tal necessidade diante da insistência dos governantes em utilizar-se do autoritarismo, através de atos discricionários, muito embora não fosse esta a proposta do Estado de Direito.

A ideia de democracia advém do conquistado sufrágio universal, ou melhor, da extensão do direito de voto a um maior número de cidadãos, possibilitando atender aos interesses sociais dos diferentes grupos, inclusive as minorias, acabando com a prevalência apenas dos interesses das classes dominantes economicamente.

A democracia, a seu turno, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Em um certo sentido, a democracia representa a projeção política da *autonomia pública e privada* dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais.⁶

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 8-10.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 50.

Nesse contexto, a democracia pressupõe um tratamento igualitário aos cidadãos, para que todos tenham o direito de participação, sendo imprescindível para tanto o reconhecimento e o respeito dos direitos fundamentais corroborados na Constituição.

Nasce, então, o Estado Democrático de Direito, “estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana.”⁷

Destaca Dalmo de Abreu Dallari que a ideia moderna desse Estado Democrático advém das concepções do século XVIII, quais sejam a Revolução Inglesa, influenciada pelos ideais de John Locke, a Revolução Americana, com a Declaração de Independência das treze colônias, e a Revolução Francesa, influenciada diretamente por Rousseau, que acarretou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Tal ideia requer a afirmação de alguns valores fundamentais da pessoa humana, bem como exigir a organização e funcionamento do Estado para a proteção destes valores. Assim, o fundamento do conceito de Estado Democrático está na noção de governo do povo, revelada pela expressão democracia.

Ainda, de acordo com Dallari, dentro dessa concepção, o Estado Democrático deve ser norteado por três pontos fundamentais: a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, buscando-se impor limites aos objetivos políticos. Para ele, é imprescindível a participação do povo na organização e funcionamento do Estado, pois este povo saberá resguardar a liberdade e a igualdade expressando livremente sua vontade soberana.

O Estado Constitucional, Segundo Dallari, emerge-se paralelamente com o Estado Democrático, culminando com o surgimento dos documentos legislativos chamados de Constituição e conjugando três grandes objetivos: a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a

⁷ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 51.

busca da racionalização do poder, este último difundindo uma era de racionalismo, em que se passa a confiar na habilidade da razão, atuando à luz da experiência.

Nesse momento, a Constituição passa a ter um novo papel no ordenamento e a sua supremacia deixa de ser teoria ocorrendo efetivamente na prática, destacando-se os princípios constitucionais que se tornam o alicerce do ordenamento jurídico. Ressalta-se que, até então, os princípios constitucionais eram vistos como instrumento para preencher as lacunas existentes, assumindo, com esta nova postura, sua devida importância como norma basilar e preponderante.

A legitimidade deriva-se diretamente do *princípio democrático*, informando a relação entre a *vontade geral do povo* e as suas *expressões políticas, administrativas e judiciárias*. Ela é captada a partir dos debates políticos pelos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, e, daí, impregnando toda a estrutura do Estado democrático, passa a ser *necessariamente informativa*, em maior ou menor grau, de toda ação, conforme o grau de *discricionariedade* de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do País, aos legisladores, administradores ou mesmo aos juizes.⁸

Desse modo, ante a Constituição Federal de 1988, o constitucionalismo brasileiro afirmou a nova concepção de que a Carta Magna é o centro do ordenamento jurídico, isto é, todas as normas infraconstitucionais devem ser vistas à luz da Constituição. Assim, tal mudança acarretou numa paulatina reavaliação de concepção em todos os ramos do Direito, cada qual de acordo com o seu contexto.

Não se pode deixar de mencionar que a consequência dessa constitucionalização foi uma maior preocupação social trazida pela nova Constituição, visando o desenvolvimento e a realização da justiça social, ao passo que essa preocupação tem reflexos significativos no Direito Administrativo.

Como bem coloca Celso Antonio Bandeira de Mello, a “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público mediante o uso

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 82.

dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”⁹

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2010 p. 29.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo Brasileiro, ao longo destes anos, solidificou paradigmas que nortearam a doutrina e a jurisprudência pátria. Entretanto, verificou-se uma necessidade de se reavaliar alguns desses paradigmas, diante das mudanças sociais, políticas e econômicas enfrentadas pela sociedade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inciou-se um processo de mudança, já que a Carta magna tem sua base na proteção dos direitos fundamentais e nos princípios democráticos. Assim, a Constituição passou a ser a pedra fundamental do ordenamento jurídico, a qual deve ser submetida todas as normas para que sejam, então, sujeitas, a uma filtragem constitucional. Diante disso, houve, também, a necessidade de uma constitucionalização do Direito Administrativo, ocasionando a crise de paradigmas deste ramo do Direito Brasileiro.

Esse instrumental teórico do século XIX, que de certa forma não se enquadra com as novas premissas, pode ser a causa do distanciamento entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, haja vista que este último não consegue acompanhá-lo.

O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia. Daí referirem-se os autores, para identificar o Estado da época, ao *Estado Polícia*, que impunha, de modo ilimitado, quaisquer obrigações ou restrições às atividades dos particulares. Em consequência, inexistiam direitos individuais contra o Estado (o indivíduo não podia exigir do Estado o respeito às normas regulando o exercício do poder político), mas apenas direitos dos indivíduos nas suas recíprocas relações (o indivíduo podia exigir, do outro indivíduo, a observância das normas reguladoras de suas relações recíprocas).¹⁰

Entretanto, após a Constituição de 1988 e diante da evolução histórica, social e econômica sofrida pelo Estado Brasileiro, a Administração Pública passa a ter uma nova concepção, influenciada principalmente pelos novos ares trazidos pelo Estado Democrático: a

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 34.

liberdade. Um dos fundamentos desse Estado Democrático, como já mencionado, é a preservação da liberdade que vai gerar não mais a imposição da lei, mas um consenso entre os cidadãos, todos atuando de forma igualitária em busca de uma democracia. Com isso, a prevalência passa a ser de um interesse público concreto, que não retratava a vontade da Administração e sim o interesse social. O Estado deixa o poder-dever e passa a atuar com o seu deve-poder, isto é, o dever de atender o interesse público através do seu poder de polícia, sendo este o instrumento para alcançar o bem comum, uma vez que não há exercício de poder se não for para satisfazer um direito, ou seja, o bem comum.

3. INTERESSE PÚBLICO

Inicialmente deve ser reconhecida a dificuldade para a definição do que venha a ser interesse público. Existe variada aplicação do termo, por exemplo, na política, onde é utilizado frequentemente para embasar e motivar ações das mais diversas ordens. Impõe-se observar que, necessariamente, existem dificuldades para a qualificação (ou apenas delimitação) do interesse público, onde ocorre a impossibilidade de defini-lo *in abstracto*, visto que sua aplicação deve ser somente promovida no caso concreto.

Essas dificuldades, contudo, não impedem que se possa aprofundar o núcleo do conceito de interesse público, o que pode propiciar, inclusive, maior precisão (e utilidade) na sua aplicação. Com esse intuito, utiliza-se a doutrina jurídica de inúmeros meios (fórmulas e critérios) para a aferição e delimitação do interesse público, como critérios de quantidade, nos quais se toma como pressuposto a dissensão entre o interesse da maioria e o interesse da minoria, bem como a relação entre o todo e a parte, de modo a qualificá-lo como interesse de determinados grupos ou instituições, como o Estado e a própria sociedade. Outra fórmula para a aferição do interesse público é seu isolamento em face do interesse privado; ou relacionando-o com noções filosóficas, como o bem comum; dentre tantos outros meios de delimitação.

Para além desses critérios sumariados para a aferição ou para a delimitação do interesse público, a doutrina ainda indica alguns pontos de vista sobre os quais é possível se analisar o interesse público.

Portanto, o presente capítulo pretende analisar, mesmo que de maneira resumida e simplificada, o “conceito” de interesse público.

3.1. INTERESSE

A palavra interesse designa o desejo de determinada pessoa ou ente em face de certa situação. Esse vocábulo tem sua origem na

palavra latina “intersum”, que significa *estar entre*. Assim, o interesse estaria entre o sujeito¹¹ e o objeto¹², onde esse sujeito buscaria um bem capaz de satisfazê-lo dentro da relação estabelecida com o objeto.

Os juristas se preocupam com a definição de interesse, pois trata-se de conceito que permeia diversos institutos do direito e que, mesmo com uma vasta discussão acerca de seu significado, ainda possui divergentes opiniões na doutrina.

3.2. INTERESSE PÚBLICO E BEM COMUM

Com a finalidade de se compreender os critérios trazidos pela doutrina para a delimitação do interesse público, faz-se necessária anterior reflexão acerca de uma noção filosófica que muito dele se aproxima, a saber: a noção de bem comum.

A relação imediata do interesse público com o bem comum fez com que a doutrina, historicamente, o elegesse como um critério para a verificação da possibilidade de um determinado interesse vir a ser classificado como público, haja vista o fato de que a expressão interesse público, não raro, aparece associada àquela ideia de bem comum.

Aristóteles já tratava da noção de bem comum afirmando que todo organismo vivo tende para o bem; tanto o homem como a sociedade que ele constitui tendem para o bem.

Ora, não será porventura o conhecimento dele de grande importância para a nossa vida e, se semelhantes aos arqueiros, certos da mira, não alcançaremos mais facilmente aquilo que se deve? Se assim é, esforcemo-nos por delinear em esboço o que seja ele, e da qual, dentre as ciências ou faculdades, seja objeto. Ninguém duvidará de que o seu estudo pertença à ciência principal e mestra de todas as outras. Tal é, vê-se claramente, a ciência política. Pois que esta dispõe, na cidade, as ciências de que necessitais, e quais cada um as deve aprender e até que ponto. Vemos que

¹¹ Sujeito em sentido amplo. É possível que entes possam ter interesses próprios (exemplo: o Estado ao buscar a satisfação do interesse público).

¹² Objeto em sentido amplo. É possível existir interesse entre sujeito e sujeito e não apenas entre sujeito e objeto em sentido estrito.

também as faculdades tidas em maior apreço, como a arte militar, a economia, a oratória, lhe são sujeitas. E, valendo-se ela de todas as demais ciências políticas, e, além disso, estabelecendo por lei que cada coisa se deve fazer e de que coisas se abster, pode dizer-se que o seu fim abrange os fins de todas as outras. Donde ser o bem humano o seu fim. E, embora sendo idêntico o bem do indivíduo e o da cidade, todavia obter e conservar o bem da cidade é coisa maior e mais perfeita. Em verdade: O bem é digno de ser amado também por um único indivíduo; porém, é mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades.¹³

Na idade média, por forte influência do cristianismo, a noção de bem comum desenvolveu-se ainda mais. São Tomás de Aquino afirmava que o bem comum era tudo aquilo que o homem deseja, seja de qual for sua natureza. Considerava ainda que, sendo o homem um ser social, procura ele não somente o seu próprio bem, mas também do grupo a que pertence. Nesse sentido, poderia-se afirmar que a cada grupo social corresponderia a seu próprio bem comum.

Com o advento das ideias contratualistas e liberais (nos séculos XVII e XVIII) para os quais Rousseau desempenhou importante papel, a ideia de um ente estatal com o fim de promoção do bem comum, filosófico e abstrato e que alicerçava os atos absolutistas do soberano, passou a ser refutada. A partir de então, a finalidade do Estado única e exclusivamente a proteção dos interesses utilitaristas, pragmáticos e muitas vezes individuais, aos quais não era possível ao dirigente exceder os poderes a ele concedido.

Pode-se alegar que, nesse período, a base da sociedade política não se baseia mais em elementos comuns a todos os homens, mas em cada aspiração individual, posição esta reforçada ainda mais pela Revolução Francesa, que significou o triunfo do individualismo.¹⁴

Nessa ordem de valores, a ideia do bem comum como causa fundamental de união dos homens em sociedade cede espaço para uma concepção que visava assegurar a liberdade natural de cada um; em última análise, pode-se afirmar que os homens se uniam em sociedade porque isso lhes era útil e vantajoso.

¹³ ARISTÓTELES. A Ética. Tradução de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991. P. 22-23.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Discricionarietà Administrativa. São Paulo: Atlas, 1991. P. 156.

As teorias liberais, individualistas, substituíram a noção de bem comum pela ideia de interesses gerais, passando a considerar o interesse público como a soma dos bens e interesses individuais, notadamente os direitos civis da burguesia. Perdeu-se, dessa forma, a noção filosófica e moral de bem comum, voltada a princípios de solidariedade social, ao que é bom e não ao que é útil, na qual cabia ao Estado assegurar condições públicas normais e estáveis para que os indivíduos e suas famílias pudessem levar uma vida digna, normal e feliz segundo as leis de Deus. A moral, é afastada do direito.¹⁵

O interesse público era, pois, realizado pelo Estado de forma negativa, ou seja, pela sua não intervenção nos interesses individuais, os quais, para a concepção da época, se adequadamente realizados, promoviam o interesse geral.

Essa fórmula liberal de organização política, na qual o Estado somente existiria para a realização política e para assegurar dos direitos individuais de propriedade e de liberdade, pela manutenção da livre iniciativa e responsabilização da segurança, tanto externa quanto interna, vem a colidir-se com as reações sociais provocadas pelas desigualdades sociais resultantes do exercício da liberdade por uns sobre a opressão de outros.

Essas construções teóricas foram alguns dos alicerces que levaram a superação histórica do Estado liberal, para uma pretensa implementação de um ente estatal que efetivase alguns direitos sociais necessários para que a paz social prevalecesse.¹⁶

Pode-se afirmar, então, que a noção de interesse público, como fim necessário do ente estatal, até mesmo para a sua preservação, volta aproximar-se da ideia filosófica de bem comum e reveste-se mais uma vez de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano. O Estado apresenta-se para além de um ente de garantia de direitos individuais, pois se torna um ente de promoção social.

¹⁵ LUZ, Ana Beatriz Vieira da. Interesse público – Conceito e Projeções. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado da UFPR. Curitiba, 1995. P. 27.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª Edição. São Paulo: Melheiros, 2001. P. 210.

Com o advento do Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo Direito Administrativo humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna: quer-se, pois, liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar toda coletividade ao bem-estar social.

Daí porque o interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e volta a relacionar-se com a ideia axiológica de bem comum.

Essa relação de afastamento e de aproximação entre o bem comum e o interesse público, pode contribuir para uma eventual delimitação do interesse público, contudo, impossível de ser realizada em face do próprio bem comum, pelo fato de este ser fundado em valores.

3.3. TITULARIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Durante o seu desenvolvimento histórico, a noção de interesse público esteve sempre atrelada à ideia de interesse do Estado. Classicamente, a ideia sempre foi trabalhada de modo a gerar um raciocínio circular e vicioso: o interesse seria público porque atribuído ao Estado e atribuído ao Estado porque público.¹⁷ Dentro dessa concepção que o interesse público e o interesse do soberano se confundiam.

Atualmente, considera-se que o titular do interesse público é a sociedade. O Estado seria simplesmente o principal (e não único¹⁸) gestor desse interesse. Cumpre à administração pública o exercício da função administrativa a qual encontra-se atrelada a uma finalidade de interesse público, da qual é ancila e serviente.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999.

¹⁸ Atualmente existem diversos entes partculares exercendo a função da administração pública no sentido de promover o interesse público.

Embora inúmeros autores discordem, pode-se afirmar que o Estado ainda é o gestor por excelência dos interesses públicos existentes na sociedade. Seja porque os particulares ainda não possuem condições de realizá-los por si, seja porque demandam recursos e técnicas complexas que somente o Estado poderia desempenhar e satisfazer.

Em primeiro lugar, não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção.¹⁹

Com o desenvolvimento político e social experimentado pelas sociedades nos últimos anos, passou-se a reconhecer, como já anteriormente afirmado, a existência de interesses públicos não estatais, com destaque às atividades empenhadas pelas ONGs. A adoção desse ideário, contudo, trouxe à tona a discussão acerca da titularidade do interesse público pelo Estado e a superação da ideia de que todos os interesses titularizados ou geridos pelo Estado seriam públicos.

O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função. Definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do interesse público não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quanto ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o Estado é instrumento de realização de interesses públicos, tem de reconhecer-se que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado.²⁰

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discrecionabilidade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 1991. P. 161.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo*. In: *Revista trimestral de Direito Público* nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999. P. 117.

Impende o reconhecimento de que a titularidade ou mesmo a gestão do interesse público não mais se mostra como critério adequado para a determinação ou mesmo para a delimitação de interesses públicos.

De todo modo, pode-se asseverar que a gestão e a tutela pelo Estado podem representar indícios de que o interesse perseguido seja público. Porém, por si somente, não é possível sustentar que interesse do Estado seja interesse público, haja vista a história política brasileira em que o Estado investiu-se na titularidade de inúmeros interesses privados.

De igual forma é possível argumentar que a natureza do interesse, seja privado ou público, não deriva de quem possui a sua gestão ou titularidade, porquanto até mesmo são admitidas atividades estatais, em alguns casos, submetidas a um regime privado, como na contratação de seguros pela Administração, por exemplo, revelando-se então que o regime (público ou privado) utilizado também não seria apto a definir um interesse como público.

Com efeito, uma visão tópico-sistemática adequada, além de superar unilateralismos, supõe uma não-identificação automática e simplista do interesse público com o interesse do Estado como aparato. Todavia, à diferença dos tempos de louvável resistência a ordens autoritárias e até totalitárias, não mais resulta minimamente razoável a priori tomar o interesse do aparato estatal como necessariamente em descoincidência com o da sociedade civil.²¹

A temática enfocada exige análise detida e aprofundada, razão pela qual se optou, no presente trabalho, limitado em extensão, por não promover a sua investigação de maneira mais dilatada.

Nada obstante a importância e a controvérsia jurídica-política e ideológica referente aos espaços públicos não-estatais, os quais possuem grande imbricação para o Direito Público contemporâneo, a análise em foco será dirigida para o exame da gestão do interesse público tão somente pela entidade estatal.

²¹ FREITAS, Juarez. A interpretação Sistemática do Direito. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002. P. 228.

3.4. INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES PRIVADOS

Outra ideia bastante difundida é a de que o interesse público não possuiria nenhuma característica especial apta a qualificá-lo em face dos interesses privados.

Nesse caso, o interesse público possuiria tão somente a característica de somatório desses interesses privados.

Ora, passando as coisas deste modo o interesse público nada mais seria do que simplesmente o somatório dos interesses privados, de modo que o interesse público transmutar-se-ia no interesse uniforme da totalidade ou da maioria de um grupo social.

Segundo essa visão, a diferença entre interesse público e interesse privado estaria centrada no fator quantidade e não no fator qualidade.

El interés público, entendido con el carácter y el sentido que le hemos asignado, no tiene una entidad ontológica, sustancial, diferente a la que presenta el interés individual: ambos son, en este aspecto, similares. La única diferencia entre ellos radica en que mientras que el interés público es el resultado de la sumatoria de un número mayoritario de intereses individuales coincidentes, el interés individual pertenece a la persona o al grupo de personas que lo detenta cada una de ellas en forma separada, sin llegar nunca a constituir una mayoría mancomunada.²²

Dessa forma, o interesse passaria a ser público quando, dentro de uma determinada comunidade, o interesse fosse compartilhado por um número significativo de pessoas tornando-o um querer do próprio grupo, ou seja, o interesse se tornaria, de maneira simbólica, uma vontade de toda a comunidade. Isso não significa dizer que um

²² “O interesse público, entendido como o carácter e no sentido que nos assinalamos, não tem uma entidade ontológica, substancial, diferente da presente no interesse individual: ambos são, sob este aspecto, similares. A única diferença entre eles está no fato de que o interesse público é o resultado do somatório de um número majoritário de interesses individuais coincidentes, e o interesse individual pertence à pessoa.” (tradução livre do autor) ESCOLA, Héctor Jorge. El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989. P. 242.

interesse público deva ser reconhecido como seu próprio interesse por todos os indivíduos da sociedade. Existem, inclusive, aqueles que não apenas deixam de reconhecer tal interesse como seu, mas também possuem interesses colidentes com o dito interesse público.

Torna-se fundamental, nesse sentido, a afirmação de que o interesse público, inserido em uma sociedade democrática, não se impõe coativamente. Esse interesse, no máximo, prevalece em relação aos interesses particulares divergentes por se tratar de prioridade e predominância, já que sua característica principal é ser majoritário em determinada sociedade.

Dentro dessa concepção, o interesse público e o interesse individual seriam qualitativamente iguais, mas quantitativamente distintos. O interesse público, dessa forma, seria o *“interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade.”*²³

3.5. INTERESSES DA MAIORIA E INTERESSES DA MINORIA

A sociedade considera o interesse público como simplesmente o interesse da maioria, ou seja, bastaria que uma maioria de indivíduos identificasse um interesse para que este se tornasse público.

Ocorre que o interesse público é muito mais amplo do que apenas o suposto interesse de uma suposta maioria. É quase impossível identificar uma maioria propriamente dita. Não existe um conjunto de interesses individuais, homogêneos e permanentes aos quais se poderia qualificar de maioria. O interesse é algo mutável no tempo e no espaço e os indivíduos, em regra, possuem interesses contrapostos e distintos.

O interesse público pode, dessa forma, muitas vezes ser coincidente com os interesses de uma minoria da população. Embora a

²³ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador nº15 – Janeiro/ Fevereiro/ Março de 2007. Página 10. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em : 28/03/2010.

concepção de república democrática caracterize-se pela prevalência do interesse da maioria quantitativa, é inolvidável que os interesses da minoria também devam ser garantidos, segundo os parâmetros que as Constituições dos Estados determinam.

Por mais essa razão, é que a noção de interesse público não deve se basear em critérios quantitativos.

Aliás, o interesse público não pode ser tomado abstratamente como sinônimo de interesse da maioria, haja vista o fato de que existem nas sociedades, interesses de minorias que se relacionam com intensidade muito maior ao interesse público do que os interesses da maioria.

3.6. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

O interesse público encontra no ente Estatal seu maior gestor. Contudo, não se pode concluir que o interesse público é exclusivo do Estado, pois isso poderia

(...) resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo (isto é, o Estado e demais pessoas de Direito Público interno).²⁴

Dessa forma, o interesse público não se confunde com interesse do Estado. É que o Estado possui mais interesses do que apenas o interesse público. Não há como negar que apesar de estar encarregado dos interesses públicos, o Estado não possui outros interesses, tanto quanto os indivíduos que representa:

É que, além de subjetivar estes interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2010 p. 65.

dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderia defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidem com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defulem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.²⁵

Nesse sentido é que se encontra a distinção entre interesse primário e interesse secundário, onde este seria o interesse “particular” do Estado como entidade e aquele o interesse público propriamente dito. Em outras palavras, o interesse público primário seria aquele pertencente à coletividade como um todo enquanto o interesse público secundário aquele atinente ao aparato estatal como ente personalizado. Essa diferença foi concebida pelo jurista italiano Renato Alessi.²⁶

A divisão nos interesses do Estado faz com que a doutrina afirme que somente os interesses primários deveriam ser perseguidos pela entidade que os representa, já que os interesses secundários não podem, sob pena de inversão da função estatal, ser atendidos senão quando em conformidade com os interesses primários. Não faz sentido algum a administração perseguir interesses secundários sem atender aos interesses primários. Afinal, se o Estado procurasse reduzir seus custos ao máximo, atendendo ao interesse secundário e enriquecendo o Erário, reduziria, por exemplo, os salários de seus servidores ao nível de subsistência, entrando em desconformidade com o interesse público propriamente dito, o interesse primário.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2010 p. 66.

²⁶ ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo i Soggetti Attivi e L'Esplicazione Della Funzione Amministrativa. 4ª edição, Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1978.

Dessa forma, o interesse secundário somente se tornaria interesse público quando fosse também interesse primário, ou seja, o interesse secundário só fundamenta atuação estatal quando em conformidade com o interesse primário, tornando aquele submisso a esse.

Em síntese, admitindo-se o Estado como o ente gestor dos interesses públicos vigentes na sociedade, teria ele a função de garanti-los em um primeiro momento e de afirmá-los e concretizá-los em um segundo momento. Esses interesses, embora garantidos, afirmados e concretizados pelo ente estatal, a ele não pertencem. Eles se opõem, de certa forma e inclusive, aos interesses pertencentes ao próprio Estado, recebendo a denominação de secundários, de forma que só poderiam ser realizados se intrinsecamente relacionados ao interesse público, também chamado de interesse primário.

3.7. INTERESSE PÚBLICO COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A doutrina utiliza uma espécie de subsunção, de enquadramento do interesse público na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Karl Engish²⁷ afirma que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são incertos. No mesmo sentido, Antonio Francisco de Souza diz:

Os chamados conceitos legais indeterminados abundam em todos os ramos do direito, (...) porém surgem com muito maior frequência no direito administrativo. Este fenômeno deve-se à natureza das funções da administração, sobretudo devido ao fato de a administração se orientar à satisfação das necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.²⁸

²⁷ ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª Edição, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

²⁸ SOUSA, Antonio Francisco. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. In: Revista de Direito Administrativo. Nº 166. São Paulo: FGV Editora, 1986. P. 276-290.

A abstração das normas jurídicas é uma característica amplamente reconhecida e que, por si só, a torna indeterminada. Torna-se possível, portanto, afirmar que todos os preceitos jurídicos são, em maior ou menor escala, indeterminados. Por tal motivo, os estudos dedicados ao tema têm reservado à expressão “conceito jurídico indeterminado” tão somente para aqueles que se revestem de um elevado grau de indeterminação.²⁹

É mais que evidente que a distinção entre conceitos determinados e conceitos indeterminados se faz ora em função do grau de imprecisão do vocabulário, ora em função da qualidade. Para alguns autores, a diferença entre esses conceitos é qualitativa e não quantitativa.

A doutrina alemã do direito administrativo desenvolveu e sistematizou um dos melhores postulados da indeterminação conceitual, produzindo, inclusive, representações e imagens de que o conceito jurídico apresentaria uma zona de certeza positiva, em que não haveria dúvida acerca da utilização da palavra que o designa e uma zona de incerteza negativa, na qual inexistiria dúvida acerca da sua não utilização. Nessa representação existe, contudo, uma zona intermediária que se constitui em uma área de dúvidas e incertezas sobre a abrangência do conceito.³⁰

Sustenta-se, por parte da doutrina, a tarefa indispensável realizada pelo intérprete quando da aplicação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados, haja vista a necessidade do intérprete verificar se a solução encontrada pelo emprego do conceito seria a única, a melhor e a mais justa que a norma pretendeu alcançar. Nesse sentido, afirma-se que a tarefa do intérprete dos conceitos jurídicos indeterminados constitui-se em um juízo de legalidade. Isso encontra-se em acordo com a ideia de que o preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados estaria situado unicamente no campo da discricionariedade administrativa.

²⁹ SOUSA, Antonio Francisco. Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão. In: Revista de Direito Administrativo. Nº 166. São Paulo: FGV Editora, 1986. P. 277.

³⁰ MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999. P. 58.

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios jurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da administração. Pelo contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção, de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido; processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce potestade discricional.³¹

Por conseguinte, realizada a menção de que existe na doutrina uma contenda entre aqueles que pugnam pela existência de uma margem de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados e aqueles que postulam o seu não cabimento, merece atenção as correntes que refutam a própria existência dos conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse sentido, nada obstante a grande produção teórica produzida sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a sua consequente aplicação concreta, a aceitação doutrinária por eles não é pacífica.

Eros Roberto Grau considera uma falácia a conceituação jurídica indeterminada, afirmando que a indeterminação não é dos conceitos, mas sim das suas expressões, não havendo que se falar, portanto, em conceitos indeterminados, mas em termos (jurídicos ou não) indeterminados.

Assim, para Eros Grau, não há conceito indeterminado. Em se admitindo, não seria conceito, pois indeterminado. Para ele, o mínimo que se exige de uma suma de ideias abstratas, para que seja conceito, é que seja determinada. Eros nomeia os “conceitos indeterminados” de tipológicos (*fattispecie*), sustentando que, quando diante de um conceito fluído, o intérprete deverá completá-lo com dados extratidos da realidade. Avança sustentando que quando o conceito tipológico for impreciso, deve-se buscar na realidade,

³¹ BORGES, Alice Gonzáles. Interesse Público: Um Conceito a Determinar. In: Revista de Direito Administrativo, nº 205. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. P. 110-111.

inclusive considerando as concepções políticas predominante naquela realidade, a forma de aclarar o conteúdo jurídico do conceito.³²

Diferente é a abordagem de Celso Antônio Bandeira de Mello afirmando que a indeterminação não reside na palavra ou expressão, mas sim no próprio conceito. A própria ideia de palavra pressupõe a existência de um significado.

Nesse sentido, mesmo o conceito sendo fluído, existiria um conteúdo conceitual mínimo e não inexistente.

Deveras, a palavra é um signo e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefratável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluídos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no motivo legal) ou na finalidade, tem algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela ninguém estaria obrigado. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas.³³

Pode-se depreender então que a conceituação do interesse público, especialmente pela sua conformação de um conceito jurídico indeterminado, é de irrefutável complexidade. Merece destaque, ainda, a função essencial desempenhada pelos conceitos jurídicos no sistema jurídico, haja vista que a indeterminação conceitual não deve ser vista como um defeito, mas como um atributo, que se destina a permitir uma aplicação mais adequada caso a caso, exigindo, portanto, uma abertura permanente em face da realidade. “A *indeterminação dos limites do*

³² RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um Conceito Jurídico Determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. P. 107.

³³ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um Conceito Jurídico Determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. P. 107.

conceito propicia a aproximação do sistema normativo do mundo real.”³⁴

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo. In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999. P. 116.

4. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

4.1. CONCEPÇÃO CLÁSSICA

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado recebe também a denominação de princípio da finalidade pública³⁵. A prevalência ao interesse público, como decorrência lógica desse princípio, advém da ampliação das atividades assumidas pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas. Isso, ao mesmo tempo em que se faz resultado do fato de que o Direito deixa, em um dado momento histórico, de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passa a objetivar a consecução da justiça social e do bem comum.

A ideia da supremacia do interesse público sucede do objetivo do ordenamento jurídico de preservação dos interesses socialmente relevantes, entre os quais o interesse público é proeminente. Por essa razão, ele é elevado a uma posição de destaque em relação aos demais interesses existentes na sociedade, notadamente os interesses privados. Esse princípio está presente em diversos momentos como na elaboração da lei e na execução concreta pela Administração Pública.

Quando da elaboração legislativa, a supremacia do interesse público manifesta-se na possibilidade de disciplinar o exercício da atividade administrativa estatal, especialmente, com vistas à solução de conflitos de interesses.

Destaque-se, todavia, que a supremacia do interesse público não é, em si mesma, o critério de solução dos conflitos³⁶. A afirmação da supremacia do interesse público não significa a eliminação de outras normas de conteúdo, sob pena de se instrumentalizar o arbítrio e negar-se todos os demais interesses constantes na sociedade, bem como da substituição da supremacia da vontade do “soberano” nos

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002. P. 68.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997. P.35.

antigos estados absolutistas, pela supremacia da vontade do “interesse público”.

A supremacia do interesse público constitui-se, sobretudo, além da vinculação do legislador, na interpretação e aplicação das normas vigentes em estrita conformidade com o interesse público. Nesse sentido, *“na medida em que o Ordenamento Jurídico, na esfera do Direito Público, é presidido por esse princípio, nenhuma lei poderá ser interpretada em dissonância com ele”*³⁷.

4.2. DESCONSTRUÇÃO

É imperioso abordar os pontos críticos sistematizados por diversos autores brasileiros tais como Humberto Bergmann Ávila³⁸, Gustavo Binenbojm³⁹, Daniel Sarmiento⁴⁰, Alexandre Santos de Aragão⁴¹ e Paulo Ricardo Shier⁴². Autores esses que possuem ideias que coadunam com a real necessidade de adoção de uma nova postura dos agentes públicos quando da utilização das prerrogativas legais que ensejam invasão na esfera particular.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997. P.35.

³⁸ Doutor em Direito e Especialista em Metodologia da Ciência do Direito pela Universidade de Munique, República Federal da Alemanha. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito e Especialista em Finanças pela Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Adjunto Concursado de Direito Tributário, Financeiro e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde é Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado. Professor Visitante dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE. Advogado, Consultor e Parecerista em Porto Alegre.

³⁹ Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UERJ. Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. *Master of Laws, Yale Law School*. Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ. Procurador do Estado, Advogado e Parecerista no Rio de Janeiro.

⁴⁰ Professor adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado), Professor do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas e da EMERJ, Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ, Procurador Regional da República.

⁴¹ Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Rio de Janeiro – UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro.

⁴² Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional nas Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, no Instituto Romeu Felipe Bacellar e na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Advogado militante, parecerista e consultor jurídico. Membro do escritório Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados.

Contudo, essa postura talvez seja um pouco exagerada, já que não se propõe a enriquecer o entendimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para uma efetiva e correta aplicação desse princípio. Ao contrário, esses autores pretendem desconstruir e, inclusive, negar a própria existência do princípio.

O primeiro ponto a ser analisado é a discussão trazida por Humberto Ávila acerca da existência ou não existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo ele, os princípios apresentam-se de três formas: axioma, postulado normativo e norma-princípio, os quais serão tratados nessa ordem.

O princípio como axioma apresenta uma proposta cuja realidade é aceita por todos, independentemente de qualquer tipo de prova, ou seja, uma verdade incontestável, na qual se acredita ou não.

O princípio como postulado é representado por condições que possibilitam conhecer fenômenos jurídicos, de forma a orientar a maneira de agir do administrador.⁴³

Já a norma-princípio, *“tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expreso ou implícito. (...) Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito”*.⁴⁴

Humberto Ávila afirma que o suposto princípio seria uma regra abstrata de preferência no caso de colisão, tendo a prevalência do interesse público como única forma de sua aplicação, sem permitir outras soluções.

É que a resolução do conflito se daria mediante regras de prevalência estabelecidas anteriormente e não posteriormente, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados. No mesmo sentido encontram-se as palavras de Gustavo Binbenbojm:

⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 177.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 179.

O referido princípio, porquanto determine a preferência ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.⁴⁵

No campo normativo, a supremacia do interesse público, de acordo com Humberto Ávila, não é considerada norma-princípio por não derivar de uma análise sistemática do Direito, isto é, não é uma ideia alcançada pela análise de vários dispositivos legais, restando, pois, uma ausência de fundamento de validade. Em virtude de não permitir a separação do interesse público do privado, posição essa que acaba prejudicando a própria ideia do princípio, não há como existir a prevalência de um interesse sobre o outro, já que ambos encontram-se agregados, além de seu conteúdo indeterminável, o que vai de confronto com os interesses privados. Por fim, ainda que superados esses argumentos, não o é por ser incompatível com as normas constitucionais, principalmente no tocante ao postulado da proporcionalidade.

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade 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.⁴⁶

O suposto princípio não seria princípio devido à impossibilidade de tê-lo ponderado ante aos demais princípios, ou seja, ele não seria uma norma-princípio. Os princípios seriam caracterizados pela sua aptidão e necessidade de ponderação, o que, *a priori*, seria excluído no caso de prevalência do interesse público, vez que este deve ter maior peso em relação ao particular, com abstrata prioridade,

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 95.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 202.

independentemente dos interesses privados correlacionados. Constitui, assim, uma regra abstrata de preferência, mas nunca uma norma-princípio, pois, caso contrário, admitir-se-ia a existência também de um princípio da prevalência dos interesses privados.

A constituição é permeada de princípios normativos, voltados à proteção da esfera individual. Humberto Ávila, baseando-se na teoria de Robert Alexy⁴⁷, deduz que a proteção aos interesses privados, no caso de dúvida e em iguais condições nos casos concretos, devem prevalecer quando em confronto com bens coletivos, tendo em vista o caráter fundamental que assumem no Direito Constitucional. Trata-se de ônus argumentativo em favor do indivíduo, no sentido de uma exigência maior em relação às razões do interesse coletivo, cuja solução será verificada diante dos casos concretos, já que os interesses particular e coletivo estão, em abstrato, atrelados.

Analisando o tema sob a perspectiva de Peter Häberle⁴⁸, Humberto Ávila afirma que se torna prejudicada a prevalência de um dos interesses, público ou privado, sobre o outro, pois há uma conexão estrutural entre ambos, comprovando a nova e móvel relação entre ambas as medidas, em razão de que elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.

No mesmo sentido, afastaria-se a compatibilidade do princípio com os postulados normativos extraídos de normas constitucionais, cuja função é de direcionar a interpretação na resolução dos conflitos nos casos concretos, visando a máxima realização dos interesses envolvidos.

O autor refuta a caracterização do suposto princípio como norma-princípio, reguladora das relações entre Estado e particular, e como princípio relacional, enquanto regularia a supremacia do interesse público do Estado frente ao particular. Esse conteúdo normativo pressupõe a possibilidade de conflito entre o interesse

⁴⁷ ALEXY, Robert. Individuelle Rechte und Kollektive Güter. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, p. 216-217.

⁴⁸ HÄBERLE, Peter. Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Bad Homburg, Athenaum, 1970, p. 528.

público e o particular no exercício da função administrativa, com solução favorável ao interesse público.

O interesse público, tal como foi descrito pela doutrina clássica, não se identificaria com o bem comum uma vez que bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionando dessa composição em favor do interesse público.

Humberto Ávila aponta o uso indiscriminado do termo princípio como fundamento e explicação a toda e qualquer situação jurídica. A teoria jurídica padece de inadequação semântica. O que a clássica doutrina denomina de princípio, como ideia normativa geral, são na verdade postulados normativos, decorrentes da ideia de Direito e do princípio da justiça, que possuem caráter normativo, mas não a qualidade de normas de comportamento devido a sua falta de determinação.

Segundo Jose Afonso da Silva⁴⁹, o verdadeiro sentido para a palavra princípio, enquanto relacionada aos direitos fundamentais é a de que a mesma exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema.

No entendimento contrário, da compatibilidade do princípio, o postulado similar e adequado supostamente seria o da proporcionalidade que, por vezes, é tido como princípio, mas, na verdade, não possui característica de princípio. Contudo, conclui o autor pela incompatibilidade do postulado da proporcionalidade com um “princípio de prevalência” que exclui qualquer possibilidade de ponderação em relação aos interesses envolvidos.

O que não pode ser contestado, segundo Humberto Ávila, é que a análise feita pelo judiciário deve buscar a determinação e a descrição dos critérios intersubjetivos para a definição do interesse público. Tais critérios são obtidos por meio da análise da Constituição e das normas contidas nas leis. Assim sendo, o interesse público receberia prevalência somente em alguns casos de conflitos com os interesses privados. Dessa ponderação, não obstante, conclui-se que a expressão

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. P.84.

“interesse público” perde sua relevância normativa como norma-princípio.

Dessa forma, resulta de toda essa discussão acerca do princípio, segundo Humberto Ávila, uma consequência que merece destaque: a supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser considerada uma norma-princípio, pois a administração não teria permissão para exigir que os particulares se comportassem de acordo com esta supremacia, e a única explicação plausível para a relação existente entre interesses públicos e privados está no postulado da reciprocidade de interesses, *“o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (ou interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”*.⁵⁰

Para que haja o interesse público, nele deverão estar inseridos interesses privados que têm que ser respeitados e não apenas suprimidos em virtude de um dogma, o que implicaria em não analisar, diante do caso concreto, a sua relevância.

Segundo Daniel Sarmiento, do ponto de vista da teorial moral, essa supremacia, num primeiro momento, poderia ser explicada a partir de duas perspectivas: organicista e utilitarista.

A concepção organicista rejeita a ética liberal, isto é, ao contrário da ideia individualista de que o indivíduo deve prevalecer, sendo ele a justificativa para a própria existência do Estado, para o organicismo o objetivo de cada indivíduo deve ser a realização dos bens coletivos pelo Estado, prevalecendo, portanto, este em detrimento do indivíduo.⁵¹

Fica claro que essa concepção vai de confronto com as ideias constitucionais, que abarcam ampla defesa aos interesses individuais, através da proteção aos direitos fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana. Isto não quer dizer que o individualismo

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 214.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 52-53.

seja o melhor caminho, pois a primazia dos interesses individuais em face dos públicos não é estanque, uma vez que a própria Constituição, algumas vezes, acaba limitando estes interesses individuais, visando a proteção de interesses gerais da sociedade.

Por sua vez, a concepção utilitarista busca promover os interesses dos indivíduos que compõe a sociedade, ou seja, em caso de conflito, atribui-se o mesmo peso aos interesses de cada indivíduo, justificando-se o sacrifício de alguns desses interesses individuais se houver um ganho maior nos interesses de outros indivíduos.

(...) o melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas.⁵²

Embora possa parecer que a ideia utilitarista seja mais compatível com as idéias constitucionais, Daniel Sarmento afirma se tratar de uma engano.

O utilitarismo não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias. Para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral – identificando-se este com os interesses individuais prevalescentes em cada sociedade. Só que a ideia de estabelecer constitucionalmente direitos fundamentais – e, mais do que isso, de protegê-los, como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, inciso IV, CF), diante do próprio poder constituinte derivado – desvela, ao nosso ver, o firme propósito do constituinte de colocá-los fora do comércio político, acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos, portanto, mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade. (...) muitas vezes os direitos fundamentais representam obstáculos impostos contra as preferências manifestadas pela maior parte dos integrantes de uma sociedade política. E este é, aliás, um dos papeis mais importantes dos direitos fundamentais (...).⁵³

⁵² SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 60.

⁵³ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 61-63.

Para Daniel Sarmento, a visão mais apropriada é a personalista, pois embora o personalismo confirme a preponderância da pessoa humana face ao Estado e a capacidade do indivíduo de trilhar seus projetos de vida, pressupõe necessária a atuação do Estado para superar carências humanas materiais. O personalismo *“não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva.”*⁵⁴

Assim, baseado nessa concepção e analisando o âmbito dos direitos fundamentais, o autor considera que antes de se falar em ponderação, torna-se de extrema importância verificar se, de fato, existe na situação concreta um verdadeiro conflito entre interesse público e privado.

Paulo Ricardo Schier também comenta acerca do assunto, considerando que os interesses privados não podem ser vistos em último plano, apenas caso não existam interesses públicos.

(...) ao contrário, os direitos fundamentais “privados” devem integrar a própria noção do que seja o interesse público e este somente se legitima na medida em que nele estejam presentes aqueles. A regra, portanto, é de que não se excluem, pois compõe uma unidade normativa e axiológica.⁵⁵

Essa unidade a que o autor se refere trata-se da unidade constitucional. A Constituição deve ser respeitada e quando nela não houver uma opção, em caso de conflito, entre interesses públicos e privados não se pode pender para o público como se esta fosse a solução apresentada, afirmando uma hierarquia deste sobre aquele.

“Em outras palavras, a regra, sempre, é a unidade. Interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 87.

⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 228.

se excluem. Tais interesses, antes, harmonizam-se. A realização de um importa na realização do outro.”⁵⁶

No mesmo sentido pode-se recorrer às palavras do jurista Luís Roberto Barroso:

Pois bem: em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a relação do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.⁵⁷

Acerca dessa abordagem da indissociabilidade do interesse público, Gustavo Binbenbom também atesta a importância de uma maior reflexão, pois, para ele, esta indissociabilidade não advém apenas do fato de que o Estado deve atender e proteger as garantias e direitos individuais previstos no ordenamento, mas traduz a ideia de que não haverá desvio de finalidade quando realizado um interesse privado, em caso de conflito com um interesse público.

Verifica-se que a proteção, embora parcial, de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro.⁵⁸

Assim, verifica-se que não há como sustentar uma indissociabilidade entre interesse público e privado. De fato, se um não

⁵⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 234.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. xiv.

⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 97.

existir o outro não existirá, como se atesta no próprio conceito de interesse público, sendo fundamental, portanto, esta harmonia entre ambos.

Faz-se importante abordar o entendimento do professor Marçal Justen Filho a respeito do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Após seu estudo acerca da noção de interesse público, conclui que a supremacia do interesse público é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas. Como resultado prático, a afirmação da supremacia resulta na atribuição ao governante de uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais. Ou seja, o governante acaba por escolher a solução que bem lhe apraz, justificando-a por meio da expressão “supremacia do interesse público”, o que é incompatível com a própria função reservada ao direito administrativo.⁵⁹

Essa ideia, então, resulta no interesse público não como resultado, mas sim como um pressuposto de decisão, já que, para ele, “*não há um interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública*”. É que a decisão administrativa que respeita o regime jurídico-administrativo e, fundamentalmente, respeita os direitos fundamentais, por si só traduzirá o interesse público.⁶⁰

Nesse ponto da discussão, torna-se fundamental a abordagem de uma questão que se abre. Como já vem sendo mencionado, muitas vezes o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado dá margem ao seu uso pelo agente público de forma arbitrária, isto é, acaba sendo o fundamento para atitudes e decisões tomadas pelo agente público que não condizem com o papel do Estado em si.

Importante aqui abordar a ideia de discricionariedade. Segundo Diogo Moreira Neto, pode se dizer que:

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 45.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 46.

A discricionariedade é, portanto, uma técnica jurídica, que se destina a sintonizar a ação administrativa concreta à ideia de legitimidade contida na lei, o que a assemelha, de certo modo, ao instituto da delegação, que seria outorgada pelo legislador ao administrador público, na própria lei, para que este possa fazer a necessária integração casuística, na ocasião e no modo mais adequado, para satisfazer a finalidade pública legalmente imposta.⁶¹

Embora esse instituto da discricionariedade seja característico do Direito Administrativo, deve-se tomar muito cuidado ao aplicá-lo diante da realidade e do caso concreto.

Face a ideia de supremacia, não se pode ter apenas o interesse público como objetivo e fundamento exclusivo para se tomar uma decisão. Como destaca o conceito citado, o agente público precisa analisar o caso concreto que exige este ato discricionário e de forma adequada, então, procurar satisfazer da melhor maneira a finalidade imposta pela lei.

Isso não significaria dizer, portanto, que se deve sacrificar o interesse individual em face do interesse público. Nesse sentido, destaca Alexandre Santos de Aragão que:

Já quando o intérprete se deparar com situações para as quais não exista norma pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre os outros, deve realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados.⁶²

Dessa maneira, esta visão que critica o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e defende uma análise do caso concreto para se determinar o interesse público, visa coibir justamente este agir arbitrário do agente público, o qual utiliza a supremacia do interesse público como fundamento, muitas vezes, para justificar

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 98.

⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A "Supremacia do Interesse Público" no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 5.

interesses políticos e pessoais, deixando de atender ao verdadeiro interesse da sociedade.

Relevante, ainda, abordar o posicionamento de Odete Medauar acerca do tema tratado aqui. A autora considera o interesse público como *“fundamento e fim de exercício de funções, sendo a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade pelo agente público, a base norteadora do próprio Direito Administrativo”*. A noção de interesse público, para ela, estaria associada *“ao que deveria ser o bem de toda a coletividade, a uma percepção geral das exigências da comunidade”*.⁶³

Entretanto, embora reconheça a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a referida autora também reconhece a mudança de pensamento que vem ocorrendo em torno desta supremacia, esclarecendo que a ideia é que:

(...) à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação dos interesses, com a minimização de sacrifícios.⁶⁴

Assim, apesar de Odete Medauar não contestar a existência do princípio, sua ideia é dar uma nova formulação ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. E é exatamente nesse sentido que o tema será abordado no próximo capítulo, onde se refuta a ideia de desconstrução do princípio e indica uma nova abordagem propondo-se uma reconstrução da noção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

⁶³ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006. P. 176-179.

⁶⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

4.3. RECONSTRUÇÃO

A ideia de reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado surge a partir da própria ideia de desconstrução. Os defensores desse princípio consideram que a proposta de desconstrução é muito precipitada, pois a supremacia do interesse público seria o alicerce das estruturas democráticas. Esses autores não deixam de reconhecer, porém, que existem problemas que envolvem esse princípio. Não há como negar que o principal problema acerca do princípio reside na forma com que o agente público irá manipular o princípio. Os administradores, em grande parte, desvirtuam a ideia do princípio fazendo com que a realização prática dele sirva para viabilizar, inclusive, interesses particulares dos agentes públicos.

É justamente nas preciosas lições dos jovens que se propõe radicalmente a desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, que iremos encontrar bases para a construção de sua verdadeira concepção, à luz da melhor doutrina e dos supremos valores fundamentais de nosso próprio ordenamento jurídico-constitucional, que não podem ser esquecidos, nem desrespeitados. Das lições dos citados autores extrai-se a verdadeira dimensão do interesse público, devidamente situada dentro das peculiaridades do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, que privilegia os direitos fundamentais dos cidadãos e que tem como centro norteador o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁵

Critica-se a doutrina que pretende desconstruir o princípio da supremacia a partir da própria crítica por eles feita. Esquecem os autores da crítica de observar que ao criticar o princípio, ataca-se o próprio fundamento do Estado. Se é dever do Estado tutelar os interesses da sociedade, não há como se pensar num Estado onde não exista uma supremacia do interesse público, já que este representaria o interesse da própria sociedade.

O Direito Administrativo é um dos principais instrumentos de aplicação da Constituição que deseja a proteção da sociedade como

⁶⁵ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador nº15 – Janeiro/ Fevereiro/ Março de 2007. Página 17. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em : 28/03/2010.

um todo. Aqui, o princípio é analisado como fundamento de legitimidade do regime jurídico-administrativo. Pretende-se promover reflexões tendo-se como base as críticas e reflexões feitas pela doutrina que visa desconstruir o princípio. Além disso, busca-se fornecer alternativas e respostas interpretativas para uma adaptação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Isso tudo inserido numa perspectiva pós-positivista, na tentativa de se preservar e promover aspectos que refletem um Direito Administrativo equilibrado.

Desde já é imprescindível afirmar que a ideia de que o interesse público sempre prevalece sobre o interesse privado não é verdadeira. Ao se dizer que o interesse público deve prevalecer em relação ao interesse privado não se pretende estabelecer uma condição que sempre incide no caso concreto. Trata-se aqui de um princípio e não de uma regra.

O interesse público não se encontra apenas no Direito Administrativo. Verifica-se uma crescente influência no âmbito do Direito Privado a preocupação com o social, com os interesses da sociedade como um todo. A função social do contrato e da propriedade são provas de que cada vez mais o Direito Público, ilustrado na figura do interesse público e da função social, influencia a normatização bem como a aplicação do Direito Privado. Por isso, a doutrina que critica o princípio da supremacia do interesse público caminha no sentido oposto ao ordenamento jurídico.

É uma doutrina que caminha na contramão de direção, quando se considera também que no próprio âmbito do direito privado (de origem individualista), é crescente a influência do direito público e a preocupação com o *social*, em detrimento do individual. É o que se observa no Código Civil de 2002, com a ideia de *função social do contrato* (art. 421); também com o preceito do artigo 1.228, que agasalha a ideia de *função social da propriedade*, ao determinar que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”; o mesmo sentido protetor do interesse público se contém no §4º do artigo

1.228, que prevê a perda da propriedade se “o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.”⁶⁶

A doutrina a favor da desconstrução do princípio compõe, sob uma das perspectivas adotadas pelos autores que defendem essa ideia, o chamado *direito administrativo econômico*, onde se procura proteger o interesse econômico em detrimento de outros interesses igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. “É necessário ter presente que o direito administrativo econômico não substitui o direito administrativo tradicional. Ele é apenas parte do direito administrativo. É um capítulo deste e submete-se aos mesmos princípios.”⁶⁷

Essa importância dada ao âmbito econômico representa um verdadeiro retrocesso, já que retoma concepções ultrapassadas do século XVIII onde a preocupação principal não era com os interesses da sociedade, mas sim com os interesses econômicos de um pequeno grupo de indivíduos.

A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta dos ideais, até porque se opõe aos ideais maiores que constam do preâmbulo e do título inicial da Constituição, para valorizarem excessivamente determinados princípios do capítulo da ordem econômica, privilegiando a liberdade de iniciativa e de competição.⁶⁸

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 101.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 101.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. P. 101.

A publicização do Direito Privado, como foi abordado anteriormente, não pode ser imperativo necessário para que se privatize o Direito Público. Um dos grandes motivos da publicização do Direito privado é o fato de existir uma nítida desigualdade social que permeia a realidade brasileira e não uma tentativa de se estabelecer um Estado totalitarista.

(...) o fato de o direito privado ter sido alvo, mormente após o fenômeno da sociedade de massas, da restrição da esfera da autonomia da vontade em nome de um intervencionismo/dirigismo estatal, que tem relação com o aumento do número de normas consideradas de ordem pública, não é imperativo necessário à conclusão de que, então, também o Direito Administrativo deve ser desvestido do regime jurídico público para que haja a “síntese” de um direito livre de dicotomias e, portanto, pretensamente “equilibrado”.⁶⁹

A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, nesse sentido, interessaria aos grupos que desejam uma atuação estatal subordinada aos seus interesses particulares. A desconstrução do princípio serve tanto para um discurso ultraliberal como também para um discurso neoliberal. Tenta-se limitar a intervenção estatal em todos os âmbitos, principalmente o econômico.⁷⁰

De todo modo, o interesse público que serve de fundamento ao Direito Administrativo é o interesse primário, que corresponde não apenas à realização dos interesses da coletividade mas também à realização dos valores fundamentais consagrados na Constituição Federal. Esse interesse é público, pois coincide com o querer majoritário de toda a sociedade. Salienta-se que o interesse público não se contrapõe aos interesses particulares, mas estes compõe direta ou indiretamente aquele.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado subsiste como fundamento da atividade administrativa, para a efetiva

⁶⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas Acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. P. 129-130.

⁷⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas Acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. P. 141.

garantia dos direitos fundamentais, e, em caso de conflito entre esses interesses, faz-se necessária a utilização da ponderação e da flexibilização, mediante aplicação de princípios como o da razoabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As aspirações trazidas pelo Estado Democrático de Direito, principalmente a ideia de democracia e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, influenciaram diretamente o ramo do Direito Administrativo, passando-se a questionar um dos maiores, senão o principal paradigma: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular.

Embora defendido por grande parte da doutrina brasileira, a qual se compõe com grandes nomes do Direito Administrativo, questiona-se esta supremacia imposta por longos anos, buscando-se a quebra desse paradigma, que se tornou insustentável na sociedade em que está inserido.

Essa análise conclusiva inicia-se no conceito de interesse público. Apesar de ser considerado como indeterminado no ordenamento jurídico, seu conteúdo é possivelmente determinado no caso concreto. Muitas vezes, perde-se o norte desta delimitação por considerá-lo como um somatório de interesses individuais, ou mesmo apenas como um interesse da sociedade, quando na realidade o interesse público vai além dessas afirmativas. Daí, então, pode-se chegar a uma concepção social de interesse público, pois será interesse público aquele interesse individual de cada participante na sociedade que está inserido, visando atender o bem comum e o bem-estar social, ou seja, garantir a dignidade da pessoa humana.

Assim, não há como se falar de interesse público sem determiná-lo diante do caso concreto, pois somente dessa forma é que se poderá verificar qual interesse público que se pretende atingir.

Essa noção de interesse público é de extrema importância para se entender a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público e a ideia de ponderação.

Portanto, com base nas novas vozes publicistas do país, verificou-se a necessidade de se reavaliar a noção de supremacia do interesse público no Direito Administrativo Brasileiro.

Essa reavaliação, no entanto, acabou tomando proporções exageradas, chegando-se a cogitação da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. A doutrina ultrapassou o simples questionamento do princípio e buscou negá-lo.

A partir dessas críticas que foi possível o nascimento de uma nova noção acerca da ideia de interesse público e, conseqüentemente, do próprio princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Torna-se fundamental salientar, para efeito de conclusão, que de nada adianta a doutrina, a teoria, buscar a melhor conceituação e delimitação dos institutos jurídicos, se a prática não caminhar no mesmo sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Individuelle Rechte und Kollektive Güter**. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995

ARISTÓTELES. **A Ética**. Tradução de Cássio M. Fonseca. Rio de Janeiro: Tecnoprint, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª Edição. São Paulo: Melheiros, 2001.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador nº15 – Janeiro/ Fevereiro/ Março de 2007. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em : 28/03/2010.

BREUS, Thiago Lima. **Interesse público: horizontes e perspectivas a luz da dignidade da pessoa humana**. 2003. 87 f.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Organizadores). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa**. São Paulo: Atlas, 1991

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal.** Belo Horizonte : Forum, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Offentliches Interesse als juristisches Problem.** Bad Homburg, Athenaum, 1970.

HARADA, Julio; BLANCHET, Luiz Alberto. **Interesse público: supremacia e limites.** 2005. viii, 54 f. TCC (Curso de Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005

HORA, Marco Aurélio Senko da; LIMA, Vivian Cristina. **A relativização da supremacia do interesse público em face à promoção da dignidade da pessoa humana.** 2007. 56 f. TCC (Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 1997

_____. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo.** In: Revista trimestral de Direito Público nº26/1999. São Paulo, Malheiros, 1999.

LASKOSKI, Silmara Aparecida; BLANCHET, Luiz Alberto. PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. **Abordagem crítica da supremacia do interesse público nos contratos administrativos e suas implicações nos direitos do particular.** 2004.

LUZ, Ana Beatriz Vieira da. **Interesse público – Conceito e Projeções.** Dissertação apresentada no Programa de Mestrado da UFPR. Curitiba, 1995

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Edição. São Paulo, Malheiros, 2010

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial**. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005

SARMENTO, Daniel (coord.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

TRINDADE, Rebeca Soares; VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Supremacia do interesse público e estado ponderação**. 2007. 50 f. TCC (Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007