

Interesse público

*José Roberto Leme Alves de Oliveira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A vigência ou não do chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular constitui tema que divide atualmente os estudiosos do Direito Administrativo.

Este trabalho visa a precisar o papel que tal princípio desempenha na compreensão de diversos institutos jurídicos e a expor algumas das posições de administrativistas brasileiros nesse debate.

2. O interesse público

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público, categoria habitualmente contraposta à de interesse privado, individual, é o “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”, que não se confunde com a soma dos interesses individuais. Porém, esclarece Bandeira de Mello que, se esse conceito não for aprofundado, corre-se o risco de se acentuar

Um falso antagonismo entre o interesse da parte e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a se stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.²

Prossegue o renomado administrativista argumentando que o interesse público não é senão “a dimensão pública dos interesses individuais”. E exemplifica: muito embora um determinado indivíduo possa ter interesse em não ser desapropriado, ele não tem, individualmente, interesse em que não exista o instituto da desapropriação, ainda que esse instituto venha a ser usado em seu desfavor; cada indivíduo tem interesse pessoal na existência desse instituto, pois, enquanto membro do corpo social, tem necessidade da desapropriação de áreas para as diversas necessidades da coletividade, e essas áreas não poderiam ficar condicionadas à vontade de seus proprietários em comercializá-las.

O referido autor inclui no corpo social não só aqueles indivíduos que o integram no presente como aqueles que o integrarão no futuro. Ressalta, ainda, que nem todo interesse do Estado e das demais pessoas de Direito Público interno se confunde com o interesse público. Surge daí a distinção do jurista italiano Renato Alessi, a partir das lições de Carnelutti e Picardi, entre interesses primários e secundários do Estado. Assim, os interesses do Estado que coincidem com o interesse público – tal qual este deflui da Constituição, das leis e dos atos discricionários da Administração – são os interesses

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59.

primários; já aqueles interesses particulares, individuais, que o Estado possui enquanto qualquer pessoa jurídica, são interesses secundários. Exemplos de interesses secundários do Estado são o seu enriquecimento e o resguardo de seu patrimônio por meio do aumento desmesurado de tributos, do pagamento de vencimentos ínfimos aos servidores públicos, do pagamento de indenização ínfima nas desapropriações, da recusa de ressarcimento a terceiros por danos que lhes houver causado etc.

3. Posição do princípio da supremacia do interesse público na obra de consagrados administrativistas brasileiros

Diversos doutrinadores brasileiros sustentam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no nosso Direito Administrativo, cada qual lhe atribuindo maior ou menor importância.

Para Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos possam sentir-se garantidos e resguardados”.³ Por conseguinte, dos quatorze princípios constitucionais expressos ou implícitos do direito administrativo brasileiro que enumera, Bandeira de Mello coloca o da supremacia do interesse público sobre o privado em primeiro lugar. Ele afirma:

*O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele.*⁴

Os atualizadores de Hely Lopes Meirelles, que enumeraram dez princípios básicos da administração, colocaram em último lugar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando a estreita relação desse princípio com o da finalidade e afirmando que dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público. Eles observam, ainda, que tal princípio foi colocado pela Lei nº 9.784/1999 como de observância obrigatória pela Administração Pública.⁵

Edmir Netto de Araújo, seguindo as lições de José Cretella Júnior, estabelece uma hierarquia entre os princípios. No ápice, estão os princípios monovalentes ou informativos, que condicionam e legitimam os princípios setoriais, os quais podem ser gerais ou específicos. Pois bem, para Araújo:

dois são os princípios mais importantes, informativos da atividade administrativa, um deles especialmente mencionado na Constituição

³ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 69.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 96.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 110. Convém observar que os atualizadores mencionam, sob o título de “princípios básicos”, ao todo, 12 regras; mas, ao expô-las, agrupam em um subtítulo a ampla defesa e o contraditório, e em outro, a razoabilidade e a proporcionalidade. Daí a referência a dez princípios feita no corpo do texto.

(art. 5º, II), que é o da legalidade; o outro, tão ou mais importante, é o da supremacia do interesse público.⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também fiel à classificação dos princípios ensinada por José Cretella Júnior, afirma:

Os dois princípios fundamentais, e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do Direito Público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.⁷

4. Autores brasileiros que negam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

No entanto, mais recentemente, diversos autores vêm questionando a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em 2001, Humberto Ávila publicou na revista *Diálogo Jurídico* o artigo “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. Segundo Ávila, o problema do princípio da supremacia do interesse público é que este não se identifica com o bem comum, definido como “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos”, mas, antes, estabelece uma regra de preferência.⁸

Em 2005, Daniel Sarmento, Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binenbojn, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier publicaram *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, com prefácio de Luís Roberto Barroso.⁹

Em 2008, por sua vez, sob a coordenação de Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto, foi publicado *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, livro em que diversos doutrinadores, entre eles Marçal Justen Filho, sustentaram que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não tem mais lugar no Direito Administrativo contemporâneo.

No reduzido espaço deste trabalho seria impossível expor as posições de todos esses autores, razão pela qual nos limitaremos às de Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento e Marçal Justen Filho.

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 97.

⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, p. 3, out. 2011.

⁹ SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

4.1. A tese de Humberto Ávila

De acordo com Humberto Ávila, o termo “princípio” vem sendo utilizado indistintamente na ciência do direito nas acepções de axioma, de postulado e de norma. Axioma é “uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la”; é, na literatura jurídica, o raciocínio não sujeito a debate, porque autoevidente. Postulado, por sua vez, é uma condição “de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”; é o que explica como pode ser obtido o conhecimento do Direito. E norma “é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite”.¹⁰

A partir dessas distinções, Ávila argumenta que a supremacia do interesse público não pode ser considerada uma norma-princípio, na medida em que:

Sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus.

A “prevalência”, estabelecida *a priori* e não *ex post* em favor do interesse público, e dissociada das possibilidades fáticas e normativas, ao atribuir maior peso a ele que aos interesses privados, exclui a necessidade de ponderação entre as diferentes opções de solução do conflito de interesses.¹¹

Além disso, acrescenta Ávila, não há fundamentos jurídico-positivos de validade para que a supremacia do interesse público seja considerada uma norma-princípio, na medida em que, de uma análise sistemática da Constituição, depreende-se que ela instituiu normas-princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17º) e normas-princípios gerais (arts. 145, 150 e 170, *v. g.*) a partir da dignidade da pessoa humana. Dada a insistência com que a Lei Maior protege a esfera individual, se houvesse uma norma abstrata de prevalência – que não há –, essa seria em favor dos interesses privados. Ademais, o interesse público não pode ser objetivamente descrito nem completamente dissociado do interesse privado.¹²

Por outro lado, Ávila observa que uma norma-princípio de supremacia do interesse público não poderia coexistir com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática. A proporcionalidade – exigência de que o meio e o fim estejam em uma relação de proporção – “consubstancia uma condição mesma da realização do Direito”. E a concordância prática, ao direcionar a ponderação para a “máxima realização dos direitos envolvidos”, exclui qualquer solução pré-concebida.¹³

A posição privilegiada de que os órgãos públicos, algumas vezes, gozam em relação aos particulares, como, por exemplo, nos casos de prazos processuais maiores em juízo ou de certas características do ato administrativo, de acordo com Ávila, não tem qualquer relação com a existência de uma norma-princípio de supremacia, mas decorre

¹⁰ ÁVILA, 2011, p. 4-6.

¹¹ ÁVILA, 2011, p. 9-10.

¹² *Ibid.*, p. 10-14.

¹³ *Ibid.*, p. 14-16.

de regras jurídicas que estabelecem instrumentos técnicos para otimizar o exercício de função pública.¹⁴

Assim refutada a caracterização da supremacia do interesse público como norma-princípio, Ávila aduz que ela também não pode ser caracterizada como postulado-princípio, uma vez que uma regra de prevalência do interesse público sobre o privado, mesmo que apenas abstrata e relativa, não pode ser um postulado explicativo do Direito Administrativo, na medida em que, para que isso ocorresse, o interesse público deveria ser dissociável do interesse privado, ou seja, teria que ser explicável separadamente e determinável, objetiva e normativamente, em relação a este.¹⁵

Ávila conclui sua exposição esclarecendo que seu objetivo não é negar a importância jurídica do interesse público, mas sim pôr em evidência que, “mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição”.¹⁶

4.2. A tese de Luís Roberto Barroso

Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, situando-se entre o que chama de geração clássica e geração contestadora, busca uma síntese entre a tradição e a modernidade, ou seja, entre os que afirmam e o os que negam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, convicto de que “melhor que vencer é unir, conquistando aliados para a causa” (*sic*).¹⁷

Para Barroso, o Estado brasileiro, no início do século XX, era *liberal*, isto é, com funções mínimas, era o momento histórico da afirmação dos direitos políticos e individuais. Após o primeiro quarto desse século, esse Estado tornou-se *social*, ou seja, assumiu o encargo de superar desigualdades e promover direitos sociais. E, ao final desse século, tornou-se *neoliberal*, quer dizer, concentrou-se na atividade de regulação, abdicou da intervenção direta na economia e desjuridicizou determinadas conquistas sociais.¹⁸

Quanto ao plano doutrinário, segundo Barroso, vivemos o período do *pós-positivismo* ou *principlismo*, conjunto de ideias que se caracteriza por uma rejeição tanto ao legalismo estrito do positivismo normativista quanto às categorias metafísicas do jusnaturalismo.¹⁹

Barroso reconhece como marco inicial do pós-positivismo no Brasil a promulgação da Constituição da República, de 1988, asseverando que a normatividade conferida aos princípios nela expressos ou implícitos propiciou uma valoração material e axiológica à supremacia apenas formal que a ela até então se atribuía. Trata-se de importação de ensinamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão que, no julgamento do caso Lüth, enunciou a “ideia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do direito”, isto é, “a Constituição transforma-se no

¹⁴ ÁVILA, 2011, p. 19-20.

¹⁵ *Ibid.*, p. 22-24.

¹⁶ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. O estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. ix.

¹⁸ BARROSO, 2007, p. ix.

¹⁹ *Ibid.*, p. x.

filtro através do qual deve ser lido todo o direito infraconstitucional”; todos os institutos de todos os ramos do direito devem ser reinterpretados, de modo que toda e qualquer norma só será aplicável se for compatível com os princípios e regras constitucionais e, na aplicação de toda e qualquer norma, seu sentido e alcance serão orientados à realização dos fins constitucionais.²⁰

Partindo da distinção de Renato Alessi, divulgada no Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, como acima registramos, entre interesses públicos primários e secundários, Barroso propõe que o interesse público secundário jamais deverá desfrutar de supremacia perante o interesse de um particular; porém, o interesse público primário deve, sim, ter supremacia, porque “consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”. E, no “confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”, serão utilizados dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. Dignidade humana segundo a concepção kantiana de que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo”, não se admitindo que um “ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais”. E razão pública enquanto utilização “de argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto”, o que pressupõe afastamento em relação a todo e qualquer dogma religioso ou ideológico, ainda que de grupos ao momento hegemônicos.²¹

4.3. A tese de Alexandre Santos de Aragão

Para Alexandre Santos de Aragão, a invocação de uma supremacia do interesse público “remete a paradigmas oitocentistas já felizmente superados”. Segundo ele, sob a égide de uma Constituição pluralista, o Direito Público não pode ser garantidor do interesse público titularizado pelo Estado, mas sim “instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos”.

Sustenta Aragão que, enquanto na Europa continental o interesse público era considerado superior e mais perene que a simples somatória dos interesses individuais, a concepção anglo-saxônica sempre tendeu a igualar a satisfação dos indivíduos à satisfação do interesse público. Porém, atualmente, a evolução liberalizante, aliada à noção de que o Estado é garantidor e não limitador de direitos fundamentais, vem fazendo com que a concepção predominante no Reino Unido e nos Estados Unidos da América prevaleça cada vez mais também nos países de tradição romano-germânica. Assim, trilhando os ensinamentos do jurista francês Jacques Amar, Aragão conclui que interesses outrora vistos como antagônicos hoje “passam a ser vistos como reciprocamente identificáveis”.²²

²⁰ Ibid., p. x-xiii.

²¹ BARROSO, 2007, p. xiii-xvii.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-4.

Para Aragão, é inaceitável que o interesse público, nele compreendidas suas subespécies, ou seja, a ordem pública, a moral pública, a saúde pública, o bem-estar da coletividade etc., seja invocado enquanto princípio para solucionar conflitos para os quais existem normas legais, nas quais o legislador já realizou uma pré-ponderação à luz dos valores constitucionais. E, caso o intérprete se depare com situações para as quais não existe norma abstrata que tenha pré-ponderado os interesses em conflito, não há razão para se pressupor uma necessária supremacia do interesse público, devendo a solução ser buscada nos valores constitucionais envolvidos, que tanto podem pender para os interesses públicos como para os interesses privados. Assim, não se propõe que o Poder Judiciário ou a Administração desconsiderem o interesse público; ele deve ser considerado para efeito de ponderação, mas sem que haja a pressuposição de que deva prevalecer em um conflito com interesses privados quando não houver regra constitucional assim determinando.²³

4.4. A tese de Daniel Sarmento

Sustenta Daniel Sarmento que “a cosmovisão subjacente ao princípio” da supremacia do interesse público “apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁴

Para Sarmento, em uma sociedade como a contemporânea, fragmentária e pluralista, é impossível extrair uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral, o que torna o conceito de interesse público absolutamente indeterminado, permitindo às autoridades que o manipulem para “as mais perigosas malversações”, erigindo razões de Estado como obstáculos intransponíveis ao exercício de direitos fundamentais.²⁵

A Constituição da República de 1988, segundo explica Sarmento, visa a conciliar aspectos divergentes do comunitarismo e do liberalismo, não admitindo nem o perfeccionismo em que acabam por resvalar as teorias comunitaristas, nem a “visão desenraizada de pessoa” professada pelo liberalismo. Para ele, a Lei Maior consagrou o personalismo, afirmando a primazia da pessoa humana sobre o Estado e sobre qualquer entidade intermediária e reconhecendo no indivíduo a

capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida, sem, contudo, adotar uma leitura abstrata e metafísica da pessoa humana. Assim, para o personalismo, é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se “primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade.”²⁶

Sarmiento anota que, em regra, não existe um real conflito entre o interesse público e o interesse privado, pois em geral eles tendem a convergir, mas uma incorreta

²³ ARAGÃO, 2007, p. 4-5.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27.

²⁵ *Ibid.*, p. 27.

²⁶ *Ibid.*, p. 78-79.

intelecção do que seja interesse público. E exemplifica: se um grupo que pretendesse fazer uma manifestação bloqueando o trânsito de importantes vias de uma metrópole e a Administração, com o apoio da maioria das pessoas daquela comunidade, pretendesse impedir essa manifestação, invocando a supremacia do interesse público, a leitura mais correta seria a de que o interesse público não consiste nas conveniências do trânsito de veículos, mas na relevância do exercício da liberdade de reunião para o bom funcionamento de uma sociedade democrática. Assim, na imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros.²⁷

Porém, excepcionalmente, há situações em que o interesse público pode se achar em conflito com direitos fundamentais, como, por exemplo, nos casos de autênticos interesses públicos cuja proteção não corresponde a nenhum direito fundamental, como a melhoria do trânsito ou do controle da dívida pública. Nessa hipótese, dissentindo das posições liberais de John Rawls e Ronald Dworkin, para os quais as liberdades básicas sempre prevalecem sobre interesses coletivos, Sarmento sustenta que em países como o Brasil, que adotaram uma Constituição social, a restrição a direitos fundamentais parece possível, o que não significa que os direitos fundamentais devam sempre ceder aos interesses da coletividade. O critério para definir qual deve prevalecer seria aquele preconizado pelo juiz Diez Picazo, da Corte Constitucional da Espanha, na sentença nº 22/1984:

Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en si mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia CE.

Evitar-se-iam, desta forma, as “valorações altamente subjetivas” feitas pelos aplicadores do direito em nome do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.²⁸

Por fim, Sarmento esclarece:

Nem todo interesse particular pode ser qualificado como direito fundamental. Direitos fundamentais são apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados à proteção e promoção da dignidade humana, que, pela sua elevada significação, foram postos pela Constituição acima das instâncias ordinárias.²⁹

4.5. A tese de Marçal Justen Filho

Marçal Justen Filho, inspirado no jurista italiano Fabio Merusi, o qual teve a influência do pensador marxista Guy Debord, sustenta que a “sociedade de espetáculo” (expressão de Debord) produziu o surgimento de um “Estado de espetáculo”, cuja finalidade não consiste em alterar a realidade propriamente dita, mas em desenvolver “atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e manter a audiência entretida”. A Nação, nesse contexto, é transformada em plateia, com os indivíduos que a compõem reduzidos à condição formal de não-protagonistas, de observadores passivos; enquanto os governantes, valendo-se

²⁷ SARMENTO, 2007, p. 81-83.

²⁸ Ibid., p. 84-89.

²⁹ SARMENTO, 2007, p. 109-110.

intensamente dos meios de comunicação, transformam-se em artistas, cujos atos estão voltados para o entretenimento da população. As eleições são o modo pelo qual os agentes políticos, enquanto atores, são julgados por seu desempenho em “produzir a imagem de bom governante”.³⁰

A partir de tais premissas, Justen Filho desenvolve sua noção de Direito Administrativo de Espetáculo, o qual forneceria ao Estado o instrumental adequado a manter a população (plateia) ocupada em acompanhar a proliferação de notícias jurídicas, com seu senso crítico neutralizado e com a ilusão de que as decisões do governante são as mais corretas e perfeitas.³¹

Justen Filho apresenta quatro pressupostos epistemológicos desse Direito Administrativo de Espetáculo:³²

- 1) Nesse sistema, o ser humano não é protagonista da História, nem dos processos políticos, nem do Direito. Ele é qualificado como o “particular”, o “administrado” (com minúsculas), cujos interesses são sempre secundários e devem ceder passo ao Bem Comum, à Ordem Pública, ao Interesse Público, estes definidos como tais pelo Estado, pela Administração Pública (com maiúsculas). Enfim, o Direito Administrativo de Espetáculo se destina a dar “a aparência de regularidade, o que é suficiente para a legitimação dos atos do governante”.
- 2) Esse Direito Administrativo tem preferência pelos princípios em detrimento das regras, considerando a concepção pela qual os princípios “veiculam orientações axiológicas a serem adaptadas em face do caso concreto, comportando soluções variáveis” conforme as circunstâncias; e as regras, por sua vez, contêm comandos com conteúdo mais preciso e determinado.
- 3) Tais princípios, nesse Direito Administrativo, seriam destituídos de conteúdo material, permitindo ao mesmo tempo ao governante uma ampla criatividade e uma apenas aparente imagem de que sua atividade se submete ao direito e à fiscalização.
- 4) Por fim, o quarto pressuposto desse Direito Administrativo seria uma rígida organização administrativa, destinada a impedir a crítica ou a divergência interna, cabendo as decisões aos agentes de posição hierárquica mais elevada, desempenhando os outros agentes estatais funções de mera coadjuvância.

Ao rejeitar esse estado de coisas, Justen Filho preconiza a “reconstrução” do Direito Administrativo a partir das seguintes propostas:³³

- 1) Efetiva redução da concentração de poder político em mãos de seus titulares ou partidos. Para o autor, é uma ilusão “a concepção de que o problema reside na identidade da pessoa do governante ou do partido político exercente do poder”; na verdade, “o problema está na concentração de poder político”.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-72.

³¹ *Ibid.*, p. 72-73.

³² JUSTEN FILHO, 2008, p. 73-75.

³³ *Ibid.*, p. 77-85.

- 2) Afirmção da primazia do ser humano como protagonista do Direito Administrativo, com a conseqüente eliminação de todas as formas de privilégio e imunidades. Justen Filho sustenta que tal afirmação consiste numa “inversão epistemológica essencial” (sic), pois nem o agente estatal é sujeito de primeira categoria, nem o ser humano é sujeito de segunda categoria, não cabendo diferenciá-los conforme estejam ou não investidos em cargos e funções públicas.
- 3) Afirmção da inexistência de interesses próprios, autnomos e isolados de titularidade do Estado. Haveria apenas interesses humanos a serem realizados e o processo de escolha dos interesses que devam prevalecer não pode conduzir a que prevaleçam os interesses dos que ocupam cargos e funções públicas.
- 4) Superação do princípio da supremacia do interesse público. A afirmação de que o conflito entre o Estado e o particular se resolve pela prevalência do interesse público é tida por “inconsistente com a ordem jurídica”. Para Justen Filho, “a supremacia do interesse público somente  contemplada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito”.
- 5) Afirmção da supremacia dos direitos fundamentais. A atual Constituição da República, que por um lado impõe limites ao poder estatal e por outro estabelece garantias em favor do particular, ao eleger como finalidade essencial do Estado a promoção dos direitos fundamentais, teria tornado superada a supremacia do interesse público e erigido, como critério para a regularidade de uma ação estatal perante a ordem jurídica, a sua conformidade com a realização dos direitos fundamentais.
- 6) Proteção das minorias e de seus interesses. Para Justen Filho, “adotar a concordância popular como o critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção  instauração de uma ordem política fascista” (sic). Portanto, o critério de legitimação do ato administrativo consistiria na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias.
- 7) Eliminação de todos os instrumentos puramente retóricos ou formais, destinados a transformar a validade dos atos administrativos numa discussão sobre a aparência. O exame da validade dos atos administrativos deve ultrapassar sua dimensão externa e alcançar, em seu conteúdo, sua compatibilidade com a promoção dos direitos fundamentais.
- 8) Procedimentalizaço da atividade administrativa de modo a incluir a participação de todos os interessados, para que o ato administrativo resulte da participação conjunta de agentes estatais e sujeitos privados (exercio democrático do poder político).
- 9) A organização administrativa deve compreender órgãos integrados por indivíduos indicados por partidos políticos minoritários e entidades da sociedade civil (mecanismos de efetiva participação popular), assegurando-se o dissenso e a divergência como meio de produzir decisões mais satisfatórias.
- 10) Preservação, entretanto, da competência decisória dos exercentes da função pública, desde que tanto o processo formativo da vontade do governante quanto a adequação da decisão aos valores fundamentais sejam explicitados.
- 11) Constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que a atividade administrativa seja impregnada dos valores constitucionais, com a rejeição de fórmulas tradicionais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”, as quais não devem ser definitivamente suprimidas, mas “restringidas  dimensão constitucional e democrática” (sic).

5. A refutação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros aos autores que negam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Como era de se esperar, as teses acima referidas suscitaram calorosas controvérsias. Então, em 2010, sob a coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinicius Alves Ribeiro foi publicado o livro *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, com a refutação às teses que propuseram desde a diminuição da importância até a supressão do princípio da supremacia do interesse público ao particular.

Di Pietro começa pela afirmação de que o direito administrativo no Brasil sempre sofreu influência do direito continental europeu, seja o italiano, alemão, português e espanhol, mas, principalmente, o francês. Porém, atualmente, tais países fazem parte da União Europeia e vêm sofrendo transformações profundas decorrentes do encontro de seus sistemas jurídicos de base romanística com o sistema da *common law*, o qual apenas muito tardiamente aceitou a existência do direito administrativo como ramo autônomo do direito. Por conseguinte, parte da doutrina brasileira, acostumada ao estudo do direito comparado, está se deixando influenciar pelas recentes lições de autores estrangeiros, sem se dar conta de que, em muitos casos, o ordenamento jurídico brasileiro não é compatível, ao menos por ora, com as mudanças que estão se verificando no direito europeu.³⁴

Para Di Pietro, combatendo-se a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, entrariam em crise outros institutos que nele se apoiam, tais como “o serviço público, o contrato administrativo, os atributos dos atos administrativos, especialmente a autoexecutoriedade”.³⁵

Assim, a posição declarada da Corte de Justiça da União Europeia, para quem “a existência de serviços públicos exclusivos do Estado contraria a liberdade de iniciativa e prejudica a liberdade de competição”, tem encontrado eco em grande parte da doutrina que vem criticando o princípio da supremacia do interesse público, mais preocupada em defender os interesses econômicos representados pela liberdade de iniciativa, liberdade de competição e liberdade de indústria e comércio, do que em defender direitos individuais, na medida em que é olvidado o fato de que somente o Estado tem condições de prestar determinadas atividades essenciais à coletividade e garantir um mínimo de vida digna aos cidadãos.³⁶

5.1. A tese de Emerson Gabardo

Emerson Gabardo refuta a tese de Marçal Justen Filho sobre o suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo, afirmando que as especulações de Guy Debord se fundam no ultrapassado conceito de ideologia como falsa consciência. Para Gabardo, as possíveis origens autoritárias da aplicação do direito brasileiro não estão na França ou na Itália, mas na própria história do Brasil. Logo, seria falsa uma visão da história que visse na teoria do interesse público “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas do Antigo Regime”. Tal visão não passaria de

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2.

³⁵ *Ibid.*, p. 7.

³⁶ DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 8.

simples recusa de importância aos aspectos reais e simbólicos da legislação originada da Revolução Francesa e do pensamento liberal francês, em função de uma exagerada valorização da tradição utilitarista anglo-americana. E mais, essa visão ignora a forte influência que a Ilustração, enquanto corrente político-cultural, teve na construção do direito moderno. Por outro lado, igualar práticas autoritárias do Antigo Regime a práticas autoritárias do período pós-revolucionário é promover um anacronismo.³⁷

Assim, Gabardo reafirma que a origem do que atualmente se conhece por Direito Público se encontra no século XVIII, no contexto das revoluções que derrubaram o Estado Absolutista; na medida em que, anteriormente, seus institutos não estavam sistematizados de modo a constituir um ramo autônomo do Direito, mas se encontravam dispersos em outros campos, como o Direito Civil. Dessa origem resulta a afirmação do Estado de Direito, caracterizado pela submissão do poder estatal à ordem jurídica. A Revolução Francesa, cujo ideário político encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, teve influência muito maior no mundo contemporâneo do que a Gloriosa ou a Americana; seus ideais de liberdade, que exigiam uma administração pública inovadora, “impedindo a ingerência do Estado na esfera jurídica individual dos particulares, como forma de garantir a autonomia privada e a plena liberdade econômica”. Nesse contexto, a vontade geral expressava o interesse público ao elaborar a lei; somente pelo respeito à legalidade – expressão do interesse público – garantia-se a proteção das liberdades individuais.³⁸

Porém, sustenta Gabardo, não há identidade entre as concepções oitocentista e contemporânea de interesse público. Na visão oitocentista, o interesse público se identifica com a proteção das liberdades individuais contra as arbitrariedades da Administração, com a inexistência de obstáculo postos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, especialmente as econômicas. Assim, em um Estado Liberal, ele se restringe à defesa nacional, às relações internacionais, à manutenção da ordem, à Justiça, à criação e manutenção de condições gerais para o desenvolvimento da economia, como a moeda, as vias de comunicação etc. As relações entre o homem e a sociedade política são concebidas sob o prisma do individualismo, ou seja, da compreensão do homem “como um ser ilhado e desconectado dos demais, cuja existência se esgota em si mesmo”. Porém, em oposição a essa concepção de interesse público do Estado liberal que, segundo seus críticos, enseja profunda desigualdade social, surgiu posteriormente a noção de Estado Social, no qual o interesse público se volta “à realização dos fins coletivos ligados ao bem-estar geral” (Rafael Bielsa e Héctor Jorge Escola), “à satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais” (Jaime Rodríguez-Arana Muñoz).³⁹

Portanto, afirma Gabardo, equivocam-se os autores que identificam na visão contemporânea de interesse público – a do Estado Social – traços de autoritarismo; o interesse público hodierno deve ser compreendido “como produto da solidariedade social”, como “resultado dos anseios de uma coletividade ou mesmo de um cidadão enquanto membro do corpo social (e não apenas individualmente considerado)”.⁴⁰

³⁷ GABARDO. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo*. In: DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 13-17.

³⁸ GABARDO, 2010, p. 18-27.

³⁹ *Ibid.*, p. 32-41.

⁴⁰ GABARDO, 2010, p. 41.

Para Gabardo, se os administrativistas, cuja produção teórica se desenvolveu após a Constituição de 1988, passaram a tratar dos direitos fundamentais como objeto do Direito Administrativo, isso parece ótimo, porém não constitui uma novidade do ponto de vista cognoscitivo; trata-se de mudança de sistematização de caráter metodológico e, evidentemente, simbólico, mas que, enquanto pretensão de novidade, acompanhada de crítica ontológica ao conhecimento precedente, carece de respaldo lógico e histórico. Ora, todos os autores que defendem o cumprimento dos dispositivos constitucionais, e fazem isso aqueles que entendem que o significado do interesse público é determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição, defendem o regime de direitos fundamentais nela estabelecido, ainda que não tratem expressamente do assunto.⁴¹

Conclui Gabardo que a tentativa de rejeitar a ideia de supremacia do interesse público e de imputar às origens do Direito Administrativo uma pecha autoritária “não passa muitas vezes de manobra voltada à fuga do regime jurídico próprio de Direito Público, que confere à Administração determinadas prerrogativas (e impõe-lhe sujeições) imprescindíveis à consecução dos interesses sociais. Compreendido adequadamente, tal como explicitado por Bandeira de Mello, Di Pietro e outros, o interesse público não corre qualquer perigo de ser confundido com interesses secundários da Administração, nem de em seu nome ocorrer qualquer restrição inconstitucional de direitos subjetivos, “situações estas que revelariam, aí sim, uma concepção autoritária dessa categoria”. Embora ocorram anomalias a todo momento na prática administrativa brasileira, elas não se prestam à rejeição dessa noção, pois “as irregularidades no plano do ser não são capazes de desconstituir o regime jurídico nele incidente; pelo contrário, devem servir de mote para sua constante defesa e reafirmação”.⁴²

6. Conclusão

A exposição dos argumentos de ambos os lados nesse debate propicia reflexões essenciais à compreensão do atual momento, por muitos designado como de “crise do direito administrativo”.

De fato, o questionamento sobre o papel que o princípio da supremacia do interesse público desempenha no modo pelo qual todo o Direito Público vem sendo estudado desde a sua sistematização, à época da Revolução Francesa, traz a lume todas as correntes filosóficas que o informaram ou em algum momento nele imprimiram sua influência. E é nessas correntes e em suas consequências históricas que devemos procurar a resposta sobre os rumos que a doutrina trilhará a partir de agora.

Referências

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

⁴¹ Ibid., p. 42.

⁴² GABARDO, 2010, p. 60-61.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.