

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

REAVALIAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA INTERFACE DO
INTERESSE PRIVADO: SUPREMACIA OU HARMONIZAÇÃO
PRINCIPIOLÓGICA?

ÉZIL EDUARDO COSTA JUNIOR

RIO DE JANEIRO

2008

ÉZIL EDUARDO COSTA JUNIOR

REAVALIAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA INTERFACE DO INTERESSE
PRIVADO: SUPREMACIA OU HARMONIZAÇÃO PRINCIPOLÓGICA?

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Attilio José Aguiar Gorini – Presidente da Banca Examinadora – Orientador

Costa Junior, Ézil Eduardo.

Reavaliação do Interesse Público na Interface do Interesse Privado:
Supremacia ou Harmonização Principiológica? – 2008.

62 f.

Orientador: Attilio José Aguiar Gorini

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 60-62

1. Direito Administrativo - Monografias. 2. Interesse Público. 3. Supremacia
I. Costa Junior, Ézil Eduardo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito.

CDD 341.3

A meus pais e irmãos, sem os quais nada disso
seria possível.

Para Raphani,
em cujo sorriso vive o amor.

AGRADECIMENTOS

A meus amigos pelos momentos de descontração.

Ao meu Pai pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientaram este trabalho.

RESUMO

COSTA JUNIOR, Ézil Eduardo. *Reavaliação do Interesse Público na Interface do Interesse Privado: Supremacia ou Harmonização Principiológica?* 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

A presente monografia se propõe a reavaliar a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, dando ênfase na harmonização do sistema de princípios e valores constitucionais, que admitem a compreensão de direitos individuais em prol de outros direitos e interesses, de natureza individual ou metaindividual, contemplados na Lei Maior. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte tem a função de demonstrar a importância dos direitos individuais, sendo tais direitos frutos da projeção de valores morais sobre a ordem jurídica, devendo ser situados em patamar hierárquico superior. Na segunda parte, mostra-se a crise de paradigmas no Direito Administrativo brasileiro e a noção de princípios como os da proporcionalidade, razoabilidade, concordância prática, dignidade da pessoa humana, somado-se ao da ponderação constitucional como forma fundamental para o entendimento da redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Por fim, é realizada a reavaliação do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, inclusive o seu contexto histórico, para se demonstrar que não há que se falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia *a priori* de uma ordem de interesse sobre outra, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse deverá ser feita mediante a aplicação harmônica dos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos), conforme o caso concreto, sem a supremacia de um interesse, levando em consideração parâmetros erigidos pela própria Constituição.

Palavras-Chave: Direito Administrativo – Monografias; Interesse Público; Reavaliação; Administração Pública; Supremacia.

ABSTRACT

COSTA JUNIOR, Ézil Eduardo. *Reavaliação do Interesse Público na Interface do Interesse Privado: Supremacia ou Harmonização Principiológica?* 2008. 62 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This monograph aims to reevaluate the supremacy of public interest over private interest, emphasizing on harmonization of the system of constitutional principles and values which provide the comprehension of some individual rights in favor of other rights, individual or not, contemplated in the Constitution. For better understanding of the subject, the first part of this monograph intends to demonstrate the importance of individual rights as a result of the projection of moral values on the system of laws, thus being located in higher hierarchical level. The second part of this monograph, states the crises of paradigms in Brazilian Administrative Law and the concept of principles like proportionality, fairness, consistency practice, human dignity, all of which, added to the consideration of constitutional order as fundamental to the understanding of the idea of supremacy of public interest over private interest.

Finally, the reevaluation of the said principle of supremacy of public interest over private interest is realized, including its historical context, to demonstrate that one is not speaking of just any principle or premise asserting the primacy *a priori* of an order of interests over another. This is except where the constituent was explicit to establish specific rules of prevalence. The identification of an interest should be done through the harmonic application of constitutional principles (explicit or implicit), as the case, without the supremacy of an interest, taking into account parameters erected by the Constitution.

Keywords: *Direito Administrativo – Monografias; Interesse Público; Reavaliação; Administração Pública; Supremacia.*

SUMÁRIO

2.1 Direitos Fundamentais e democracia como base do Estado democrático de direito.....	18
2.2 A Constitucionalização e seus princípios no centro do sistema jurídico.....	21
5.1 Dicotomia interesse público versus interesses privados ao longo da história.....	43

1- INTRODUÇÃO

Com a edificação do Estado brasileiro se fez necessário a intervenção forte do poder Estatal para manter a unidade territorial. Com isso foram criadas diversas prerrogativas que privilegiavam a atuação estatal quando em choque com o interesse particular.

Com o passar dos anos, a solidificação do Estado democrático de direito brasileiro se concretizou, restando, ainda, tais prerrogativas estatais, que acabam por ceder privilégios além dos necessários para administração da máquina estatal.

Toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz do postulado da proporcionalidade. Com efeito, é o seu emprego que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a justa proporção na ponderação entre os interesses constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental.

No cenário mundial começamos a ter uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, nas últimas décadas: (i) como marco filosófico o pós-positivismo; (ii) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª guerra mundial, e, no caso brasileiro, a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988, e (iii) como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional,

envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação.

O Estado anteriormente fragilizado precisou “concentrar poderes” para se reconstruir, se afirmar como Estado soberano, tendo condições de enfrentar ameaças externas e até mesmo internas e, logo em seguida, impulsionar o crescimento do Estado e desenvolver melhores condições de vida para os administrados.

A evolução liberalizante do Estado, combinada com a visão de um Estado cada vez mais garantidor, não limitador, de direitos fundamentais, está fazendo com que a noção de interesse público seja considerada como intrinsecamente ligada aos interesses individuais, sendo próximo ao que resultaria de uma soma dos interesses individuais (satisfação dos indivíduos = satisfação do interesse público).

As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificariam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a conseqüente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio reciprocamente identificáveis.

De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão, orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais.

Apesar dessa evolução, muitas vezes as lides envolvendo o Direito Público ainda se vêm turvadas por uma genérica e mítica invocação do “interesse público”, ou de subespécies suas “ordem pública”, “saúde pública”, “bem-estar da coletividade”, “moral pública”, etc., que, ao entrar em ponderação com quaisquer outros valores envolvidos, sempre prevaleceriam, ainda quando a Constituição ou a lei já contivessem regra específica pré-disciplinando e pré-ponderando a questão, o que é inadmissível.¹

¹ 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* (org. Daniel Sarmiento), 2007, p.5.

Não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma supremacia do interesse público.

A constitucionalização do Direito e a aplicação harmônica dos seus princípios, por sua vez, estão associadas a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional².

Para tais transformações foi decisiva a incidência, com força normativa, dos princípios constitucionais, não apenas os específicos desse domínio, mas igualmente os de caráter geral. Também aqui, a partir da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais, como o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

² Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, *in Revista de Direito Administrativo* 240:1, 2005.

2. PREMISSAS TEÓRICAS

2.1 Direitos Fundamentais e democracia como base do Estado democrático de direito

A reaproximação entre a ética e o direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos direitos fundamentais e do debate sobre a teoria da justiça fundado no imperativo categórico, que deixa de ser simplesmente ético para ser apresentar também como um imperativo categórico jurídico.

Segundo Kant, a razão prática conduz ao imperativo categórico, regra universal que ordena ao homem agir de forma tal que sua conduta possa ser elevada à máxima de comportamento universal. O fundamento ético do Direito (o Direito justo) está, precisamente, nestes padrões universais de conduta, deduzidos pela razão, e que permitem que a liberdade de um conviva com a liberdade dos demais membros da coletividade, segundo uma lei universal.³

A idéia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais. À centralidade moral da dignidade do homem, no plano de valores, corresponde a centralidade jurídica dos direitos fundamentais, no plano de sistema normativo.

³ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes, p.101.

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 e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais. A própria regra da maioria só é moralmente justificável em um contexto no qual os membros da comunidade são capacitados como agentes morais emancipados e tratados com igual respeito e consideração. Seu fundamento axiológico é o valor igualdade, transsubstanciado juridicamente no princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.⁴

Pode-se dizer, assim, que há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade. Da conjugação desses dois elementos é que surge 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. Daniel Sarmiento sintetiza tal pensamento dizendo que o Estado e o direito têm a dignidade humana situada no seu epicentro axiológico, razão última de sua própria existência.⁵

Os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, merecendo também ser mirados do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a prosseguir.⁶ A dimensão objetiva representa, assim, uma mais-valia em relação às posições subjetivas, pois dela decorre o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraiam sua influência por todo o direito positivo.⁷ Assim, superando a perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo direito, pelo Estado e por toda a sociedade.

Os direitos fundamentais são associados ao valor liberdade no sentido de auto determinação do indivíduo, imune de qualquer constrição estatal. As liberdades básicas,

⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.50.

⁵ SARMENTO, Daniel, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, 1ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.59/60.

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2001, p.144.

⁷ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Lumen Júris, Rio de Janeiro: Renovar 2004, p.193.

quando asseguradas, permitem que os indivíduos tenham a sua própria concepção de bem e justiça, significando a autodeterminação destes, a liberdade de ação ou omissão sem qualquer constrangimento por parte do Estado.

O fato de que os cidadãos têm o direito de adotar uma concepção individual acerca do bem não significa, entretanto, que não sejam capazes de endossar uma concepção política de justiça. Colocando em prática o uso público da razão, os membros de uma sociedade liberal tornam-se capazes de compartilhar determinados valores políticos básicos, implícitos na cultura política democrática, em relação aos quais não há divergência possível.⁸ Daí tais valores serem inscritos na Constituição, situando-se acima das disputas políticas baseadas nos princípios majoritários.

Assim, as capacidades morais dos cidadãos livres e iguais estão na base da idéia de razão pública, que permite a formulação, por sobre todas as diferenças, de um consenso sobreposto acerca dos princípios básicos de justiça e dos direitos e liberdades fundamentais que serão constitucionalizados.

A Constituição e seus princípios assumem a feição primordial de garantia que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições pelas quais os direitos e liberdades fundamentais serão protegidos e terão assegurada a sua prioridade.

O aplicador do direito deve assumir uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e harmônico dotado de integridade.

Os direitos fundamentais sob a forma de princípios são reconhecidos por toda comunidade como condições essenciais de democracia, sem os quais não há cidadania em sentido pleno. Em suma, o ideal de democracia e justiça só são satisfeitos quando o princípio da maioria é respeitado; nada obstante o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes independentes.

O papel dos direitos básicos, nada mais é, do que garantir a autonomia pública e privada dos cidadãos para que estes possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade, no qual a única forma de coerção seja a do melhor argumento.

⁸ CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, 1999, p.183/184.

2.2 A Constitucionalização e seus princípios no centro do sistema jurídico

Em passado não muito distante, considerava-se que a Constituição não seria autêntica norma jurídica, dotada de cogência e imperatividade, mas antes uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas. Os preceitos constitucionais deveriam inspirar o legislador, mas não poderiam ser diretamente aplicados pelos juízes na resolução de controvérsias judiciais. Os magistrados e operadores do Direito em geral deveriam fundamentar suas decisões exclusivamente nas leis em vigor, consideradas autênticas expressões da soberania popular.⁹

Uma série de fatores contribuiu para a derrocada desse modelo e para ascensão de um novo modelo, no qual a Constituição ganha um papel de primazia no sistema normativo.

Por um lado, com a crise do Estado liberal burguês e advento do Welfare State, assistiu-se a um vertiginoso processo de “inflação legislativa”. O Estado, que antes se ausentava do cenário das relações econômicas e privadas, foi convocado a intervir nesta seara, e assim o fez, dentre outras formas, pela edição de normas jurídicas com frequência cada vez maior. Uma das conseqüências desta volúpia legiferante foi exatamente a desvalorização da lei. Ademais, a multiplicação das normas jurídicas, que passavam a constituir novos microssistemas normativos, nutridos por valores e objetivos por vezes dissonantes daqueles, de inspiração liberal, acolhidos pelo Código Civil, importou em movimentos de “descodificação” do Direito. Com isso, o Código foi perdendo progressivamente a posição de centralidade que até então desfrutava na ordem jurídica.¹⁰ O Poder Público, de mero espectador, vai convertendo-se em protagonista das relações econômicas, passando a discipliná-las de forma cogente, se impondo diante da autonomia da vontade das partes.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.61.

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.62.

A partir da crise do Estado Social, que se aprofundou na fase final do século passado, já se percebe um movimento de retorno do pêndulo em direção ao privado. O Estado, antes visto como agente redentor das classes desfavorecidas e racionalizador da economia, passa a ser associado no imaginário social à ineficiência, à burocracia excessiva, ao desperdício.¹¹

Paralelamente a esse fenômeno, a jurisdição constitucional foi-se ampliando e fortalecendo em todo o mundo ao longo do século XX, sobretudo após a traumática experiência do nazi-fascismo. A barbárie perpetrada pelas potências do Eixo com o beneplácito do legislador revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites jurídicos para a ação de todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos. E a expansão da jurisdição constitucional permitiu que se fosse consolidando uma idéia que hoje parece a todos absolutamente trivial: a de que a Constituição, apesar das suas características singulares, é, antes de tudo, norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade direta. O reconhecimento da força normativa da Constituição representou seguramente uma verdadeira revolução copernicana na ciência jurídica moderna, com profundas implicações em todos os ramos do direito.

Em todas as Constituições modernas encontramos catálogos de direitos fundamentais, nos quais os direitos das pessoas, dos indivíduos, são protegidos frente às pretensões que se justificam por razão do Estado. O Estado não deve poder fazer tudo o que em um momento determinado lhe é mais cômodo e lhe aceite um legislador complacente. A pessoa deve possuir direitos sobre os quais tampouco o Estado possa dispor. Os direitos fundamentais devem ser apenas um adorno da Lei Fundamental.

Tais idéias pautam-se em uma noção pressuposta de democracia que proporciona, conjugada com o substrato ético da Constituição, uma nova noção da concepção estatal. O Estado legitima-se e justifica-se a partir destes direitos fundamentais¹² e não estes a partir daqueles. O Estado gira em torno do núcleo gravitacional dos princípios erigidos da própria Constituição, principalmente os direitos fundamentais.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (org. Daniel Sarmento), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.41.

¹² A radicalidade fundacional dos direitos fundamentais proporcionou o desenvolvimento de instrumental específico para garantir sua proteção e realização. As diversas experiências constitucionais, com o passar dos tempos, perceberam a necessidade de implementação de técnicas próprias para alcançar este mister. Criou-se, assim, um regime jurídico próprio aos direitos fundamentais.

Além disso, o novo papel das Constituições alimenta a crise da antiquíssima dicotomia direito público contra direito privado, na medida em que implica na submissão de todos os campos da ordem jurídica aos ditames e valores do documento *mano*.

No Brasil com o advento da Constituição de 1988, significa muito mais do que o mero tratamento em sede constitucional de matéria anteriormente afetada ao Direito Civil. Trata-se, antes, da imposição de uma releitura das normas e institutos do Direito Privado filtrados a partir da axiologia constitucional, diante do reconhecimento de que a Constituição não representa apenas a norma básica do Estado, tendo se convertido na ordem jurídico fundamental da comunidade.

Neste novo cenário, valoriza-se ao extremo o papel dos princípios constitucionais, tendo enfatizado, a força vinculante da Constituição, que não depende da medição do legislador infraconstitucional para produzir efeitos jurídicos. Os princípios constitucionais deixam de ser vistos como meios de integração do Direito, a serem utilizados apenas em casos de lacuna; convertem-se em autênticas normas, situadas, pela sua importância ímpar, no patamar mais elevado da ordem jurídica. O seu alto grau de abstração torna-os, por outro turno, um importante instrumento para dinamizar o ordenamento, conferindo a este a ductibilidade necessária para acomodação de novas demandas que surgem numa sociedade em permanente mudança.¹³

Além disso, ao promoverem a incorporação à ordem jurídica dos mais importantes valores humanitários – como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade, dentre outros –, os princípios constitucionais possibilitam a uma reaproximação entre as esferas do direito e da moral, infundindo conteúdo ético ao ordenamento. O reconhecimento do caráter normativo dos princípios constitucionais sepultou definitivamente a possibilidade de emprego de uma metodologia jurídica estritamente mecanicista, asséptica em relação aos valores, baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade prática no domínio do Direito.

A partir desse prisma, podemos falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma

¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.64.

comunidade política costumam a ser exatamente aqueles acolhidos pela Lei Maior, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo da vontade das maiorias legislativas de ocasião. “Estes valores, densificados através de princípios e regras constitucionais, devem, pela sua relevância não apenas jurídica, como também moral, irradiar-se por todo o ordenamento, fecundando-o com sua axiologia transformadora.”¹⁴

Nesse contexto que se entra em cena o processo de constitucionalização do direito e aplicação harmônica dos seus princípios, extrapolando sua aplicação não apenas em sede constitucional ou questões reguladas pelo legislador ordinário. Isso implica no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem que ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve se tornar um verdadeiro guia para o intérprete na resolução de qualquer questão jurídica e impõe aos juristas a tarefa de revisar os conceitos de suas disciplinas, para submetê-los a uma releitura, a partir da ótica constitucional.

Luís Roberto Barroso sintetiza de maneira clara esse procedimento:

“A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. Com intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.”¹⁵

Conforme apontado anteriormente, no Brasil, esse processo de constitucionalização e aplicação harmônica dos princípios constitucionais intensifica-se a partir da promulgação da Carta de 1988. Isto porque, apesar da existência de mecanismos de jurisdição constitucional no país desde a primeira Constituição republicana de 1891, vicejava antes entre nós, de forma mais ou menos velada, a percepção de que as constituições “não eram para valer”; de que não passavam de retórica pomposa; e, por motivos que não se teria como explorar aqui, a realidade empírica permanecia quase completamente à margem da incidência das ordens

¹⁴ Ibid. p.65.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*, Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p.12/13.

constitucionais, que, num cortejo penoso, se sucediam no tempo.¹⁶ Naquele contexto inglório, diante de constituições francamente inefetivas, que figuravam quais adornos da ordem jurídica, mantidas como que para emprestar uma suposta máscara de legitimidade ao Estado, não fazia muito sentido falar em constitucionalização do direito.

Mas a Carta de 1988 pretendeu romper com este ciclo. Fruto de um movimento de democratização do país, a Constituição de 1998, inaugurou uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, pautada pela preocupação com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno. Pode-se hoje se dizer que, pela primeira vez na nossa história, a Constituição e seus princípios norteadores estão se incorporando de fato ao dia-a-dia dos Tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos ou privados. Em que pese o persistente déficit de efetividade constitucional em certas questões – sobretudo as correlacionadas à promoção da justiça social –, é fato que a Constituição passou a ser encarada, também por aqui, como autêntica norma. E, neste sentido, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência, nas diversas áreas do direito, têm encontrado, nos valores e princípios constitucionais – e a Carta de 1988 é generosíssima ao proclamá-los –, o norte para equacionamento de problemas e soluções de controvérsias jurídicas, das mais prosaicas às mais complexas.¹⁷

Um dos mecanismos propiciadores da constitucionalização do direito é a chamada interpretação conforme à Constituição.¹⁸ Este princípio que é a base dos postulados da supremacia da Constituição e da unidade da ordem jurídica, proclama que, dentre várias possibilidades de determinados enunciados normativos, deve o intérprete, desde logo, eliminar aquelas que o tornem incompatível com os ditames da Lei Maior. Assim, ele autoriza o exegeta a preterir uma interpretação mais evidente do texto, em benefício de outra, menos óbvia, sempre que a primeira revelar-se em descompasso com a Constituição, e a segunda não importar em violência à letra do ato normativo sob exame.

Na verdade, a interpretação conforme à Constituição deveria também da presunção de constitucionalidade das leis, que, por sua vez, exprime a reverência devida pelo judiciário aos atos normativos emanados de autoridades escolhidas pelo voto popular, em razão do princípio

¹⁶ Idem. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.7/45.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.67.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1990, p.284.

democrático.¹⁹ Isto porque, através do emprego da interpretação conforme à Constituição, evita-se, sempre que possível, expulsar da ordem jurídica uma norma posta pelo legislador. Sendo assim, trata-se também de uma técnica de preservação do próprio ordenamento, utilizada para evitar a exclusão desnecessária de atos normativos que a ele já se incorporam.

A interpretação conforme à Constituição pode e deve ser empregada não só por todos os órgãos do Poder Judiciário, na prestação da jurisdição, como também pelas demais autoridades públicas, sempre que lhes incumbir a tarefa de aplicar normas jurídicas. “Todo Tribunal e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme com a Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos a priori configuráveis da norma infraconstitucional aquele que lhe seja conforme ou mais conforme”.²⁰ “Isto porque, não apenas o judiciário, mas também todos os demais órgãos do Estado encontram-se vinculados negativa e positivamente À Constituição, cabendo-lhes não só o dever de abster-se de violá-la, mas também a obrigação de, na medida das respectivas possibilidades e competências, implementar seus comandos e concretizar seus valores.”²¹

Tal interpretação traduz ainda uma técnica de decisão amplamente empregada na jurisdição constitucional. Através dessa técnica de decisão, pode o Supremo Tribunal Federal, sem suprimir qualquer trecho do enunciado normativo analisado, eliminar, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, determinada possibilidade exegética que o texto legal, pela sua ambigüidade, originariamente comportasse, em razão da incompatibilidade dessa interpretação com a Constituição.

A Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes, o que não pode significar, como querem alguns, a sua transformação em programa de governo, fragilizando-a como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder, ao invés de este constitucionalizar, pondo em prática o conteúdo constitucional.²²

Sendo assim, a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito na atualidade. A

¹⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2004, p. 571.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.71.

²¹ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.202.

²² Uma das principais funções da Constituição é a de formação da unidade política. Isto não significa a criação de uma sociedade harmônica alheia a qualquer conflito, nem tampouco a obtenção de uma consciência substancialmente homogênea no sentido totalitário, precisamente porque a discussão política conflitiva entre opiniões, objetivos e interesses diferentes constitui, como peça imprescindível para a vida da democracia, um dos fundamentos da convivência livre. Nada obstante, também na comunidade democrática hão de resolver-se algumas vezes as controvérsias públicas.

supremacia da Lei Maior propicia a impregnação da atividade do Estado pelos princípios e regras previstos, ensejando um reexame dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica e aplicação harmônica da Constituição e seus princípios.

3. CRISE DOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

3.1. Do nascimento à imposição do direito administrativo como forma de manutenção dos privilégios

Narra a história oficial que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei e da correlativa definição de uma pauta de direitos individuais que passam a vincular a Administração Pública.²³ Essa noção garantística do direito administrativo, que se teria formado a partir do momento em que o poder aceita submeter-se ao direito e, por via reflexa, aos direitos dos cidadãos, alimentou o mito de uma origem milagrosa²⁴ e a elaboração de categorias jurídicas exorbitantes do direito comum, cuja justificativa teórica seria a de melhor atender a consecução do interesse público.²⁵

A história sobre o nascimento do direito administrativo que é classicamente repetida seria a de que foi a *Lei de 28 de pluviose* do ano VIII, editado em 1800, organizando e limitando externamente a Administração Pública. Tal lei simbolizaria a superação da estrutura de poder do Antigo Regime, fundada não no direito, mas na vontade do soberano. A mesma Lei que organiza a estrutura da burocracia estatal e define suas funções operaria como instrumento de contenção do seu poder, agora subordinado à vontade heterônoma do Poder Legislativo.²⁶

Dentro da lógica da separação de poderes, ao Parlamento, como veículo de expressão da vontade geral, caberia o primado na elaboração de normas jurídicas, que não só limitariam como preordenariam a atuação dos órgãos administrativos. À administração restaria, assim, uma função meramente executiva, de cumprimento mecânico da vontade já manifestada pelo legislador. Surge a idéia da legalidade como vinculação positiva à lei: se aos particulares, em

²³ TÁCITO, Caio. *Evolução Histórica do Direito Administrativo*, in Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

²⁴ Acredita-se que a própria existência de um direito administrativo é em alguma medida fruto de um milagre. O direito que rege a atividade dos particulares é imposto a estes de fora e o respeito pelos direitos e obrigações que ele comporta encontra-se colocado sob a autoridade e a sanção de um poder exterior e superior: o do Estado. Mas causa admiração que o próprio Estado se considere ligado pelo direito. Não esqueçamos, aliás, as lições da história: a conquista do Estado pelo direito é relativamente recente e não está ainda terminada por toda a parte.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.58.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.10.

prestígio e valorização de sua autonomia pública e privada, é permitido fazer tudo aquilo que não lhes for vedado pela lei, à Administração Pública cabe agir tão-somente de acordo com o que a lei prescreve ou faculta.

Segundo Gustavo Binenbojm, tal história não corresponde à verdadeira origem e desenvolvimento do direito administrativo, confira-se sua narrativa:

“A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pré-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou de ilusão garantística da gênese. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma formação de reprodução de sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. Antes, pelo contrário, a formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas pela *Conseil d'État*, que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só se foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial (do Conselho de Estado) derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.

Vale lembrar que o direito administrativo nasceu e se desenvolveu em um período marcado pela crença na completude das grandes codificações escritas, embora não exista, até hoje, uma única compilação geral de suas normas, caracterizadas, ao revés, por sua fragmentação e falta de organização sistemática. Não à toa, à míngua de uma sistematização escrita, o direito administrativo francês permaneceu, até período muito recente, um direito essencialmente pretoriano, produto das construções jurisprudenciais do Conselho de Estado.²⁷

A idéia clássica de que a Revolução Francesa comportou a instauração do princípio da legalidade administrativa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa através da lei, assenta num mito repetido por sucessivas gerações: a criação do direito administrativo pelo *Conseil d'État*, passando a Administração Pública a pautar-se por

²⁷ Ibid. p.11/12.

normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada, não foi um produto da vontade da lei, antes se configura como uma intervenção decisória autovinculativa do Executivo sob proposta do *Conseil d'État*.²⁸

Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes. De fato, a atribuição da função de legislar sobre o direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.

Nesse contexto, a dogmática administrativa estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica.

Chega-se, assim, à segunda contradição da gênese do direito administrativo: a criação da jurisdição administrativa. Contrariando a noção intuitiva de que ninguém é bom juiz de si mesmo, a introdução do contencioso administrativo, e a conseqüente subtração dos litígios jurídico-administrativos da alçada do Poder Judiciário, embora organizada formalmente na idéia de que julgar a Administração ainda é administrar, não teve qualquer conteúdo garantístico, mas antes se baseou na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, pretendendo impedir que o espírito de hostilidade existentes nestes últimos contra a Revolução limitasse a ação das autoridades administrativas revolucionárias.

A institucionalização de tal modelo, e sua surpreendente identidade com a estrutura de poder das monarquias absolutistas, revela o quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias de que os cidadãos dispunham caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial, o Poder Judiciário. Só pouco a pouco, é que o Direito Administrativo vai deixando de ser o direito dos privilégios especiais da Administração, para se tornar no direito regulador das relações

²⁸ OTERO, Paulo. *Direito Administrativo – Relatório*. Coimbra: Almedina, 2001, p.12.

jurídicas administrativas. Milagre, mesmo, é essa sua transformação de direito da Administração em Direito Administrativo.

É curioso notar como a separação de poderes serviu, contraditoriamente, a esse processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo. O mesmo princípio que justificaria a criação do contencioso administrativo será invocado para impedir que os órgãos de controle exerçam sobre os outros órgãos da Administração poderes de injunção e substituição, em princípios legítimos e até naturais entre órgãos da mesma estrutura de Poder. Em outras palavras, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciais, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se trata-se do próprio Poder Judiciário. Se algum sentido garantístico norteou e inspirou o surgimento e o desenvolvimento da dogmática administrativa, este foi em favor da Administração, e não dos cidadãos.

Vale notar que a relutância dos países vinculados ao sistema de *common law*, seja na versão inglesa, seja na versão híbrida norte-americana, em reconhecer autonomia didática-científica ao direito administrativo e o repúdio à adoção da jurisdição administrativa deveram-se à tradição existente, naquelas nações, de submissão das relações entre Administração e cidadãos às mesmas regras e aos mesmos juizes que decidem os litígios entre particulares. Embora também tenham existido, e ainda existam, normas que contemplavam imunidades ao poder político, o direito administrativo anglo-saxão não se formou como uma estrutura dogmática munida de categorias a serviço do poder.²⁹

Cabe aqui frisar o registro deste que é o paradoxo da origem do direito administrativo nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente: embora surgido em um país vinculado à tradição romano-germânica, sua elaboração deu-se por construção do juiz administrativo, processo típico do *common law*; enquanto isso, nos países anglo-saxônicos, já em momento avançado do século XX, ligou-se sobretudo à legislação escrita. Com efeito, a existência de um direito diferenciado do direito comum, consagrado por intermédio do sistema de precedentes judiciais, deveria naturalmente resultar de decisão soberana do Parlamento.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.16.

Enquanto a tradição do direito público anglo-saxão exigia, como elemento constitutivo do próprio Estado de direito, que indivíduos e entes públicos fossem submetidos às mesmas leis e aos mesmos juízes ordinários, com a vedação genérica, em princípio, a tratamentos privilegiados para o Poder Público na tradição continental o direito administrativo é definido, em sua própria natureza, como uma lei essencialmente desigual, que conferia à Administração, como condição para a satisfação do interesse geral, posição de supremacia sobre os interesses individuais.

Assim se compreende a enorme lenda entre as experiências administrativas européia continental e anglo-saxônica. Enquanto no mundo europeu continental pós-revolucionário, o Estado-Administração torna-se o grande protagonista da produção normativa e de estruturação da vida econômica e social privadas, na Inglaterra e nos Estados Unidos, ao revés, a Administração Pública permaneceu, até pelo menos o pós-guerra, desempenhando um papel meramente executivo, subordinado ao direito comum e sob a vigilância do poder Judiciário.³⁰

No Brasil, o modelo de administração implementado a reboque da colonização de exploração, somado ao patrimonialismo da Coroa portuguesa que se tornou nota característica da cultura política brasileira, encontrou no figurino francês do direito administrativo material farto para se institucionalizar e legitimar. As peculiaridades da Administração Pública brasileira apenas aguçaram as contradições intrínsecas que o modelo jusadministrativo europeu continental trazia já desde a sua gênese.

3.2. Crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro

As transformações por que passou o Estado moderno verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

Sintetiza de maneira clara a crise os paradigmas, em especial no direito administrativo,
Marçal Justen Filho:

³⁰ Ibid. p.17.

“Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás”.³¹

Nesse passo, é possível perceber o paradigma clássico do direito brasileiro, em especial do direito administrativo, que se encontra em xeque na atualidade, diante de transformações decorrentes da nova face do Estado democrático de direito.

Tal paradigma seria o objeto do presente estudo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.

Uma forma de superação de tal modelo seria a idéia de constitucionalização do direito e aplicação harmônica de seus princípios, novamente em especial o direito administrativo, somada a adoção do sistema de direitos fundamentais e da harmonização dos princípios e regras constitucionais. Tais vetores, segundo Gustavo Binbenbojm, “convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público. (...) Assim tem-se:

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”.³²

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.13.

³² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.25.

Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e produção de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias. A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a *fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.³³

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.³⁴

No contexto de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a premissa básica a ser assumida é a de que a postura do Estado está enraizada na própria estrutura da Constituição e seus princípios, entendida em uma dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

4. HARMONIZAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA – UTILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO FORMA DE SUPERAÇÃO DO CONCEITO DE SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

³³ Ibid. p.26.

³⁴ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

4.1 O dever de ponderação proporcional como fator de legitimação. o estado democrático de direito

A utilização da Constituição e de seus princípios de maneira harmônica inviabilizam a subsistência de um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, oferecendo em seu lugar o dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e princípio reitor da atividade estatal.

Essa visão moderna tem início quando da superação dos regimes autoritários, advindo da necessidade de contenção dos poderes do Estado. Tal escopo instrumentalizou-se a partir da proteção de um conjunto de direitos que, positivados na Constituição, foram erigidos a um nível hierárquico superior.

A grande inovação das Constituições da modernidade consiste em que, permeados pelos ideais humanistas, posicionam o homem a partir do qual se irradia um farto elenco de direitos fundamentais. Tais direitos têm assento, sobretudo, nas idéias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal.

Em que pese o destaque que ostentam os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, fato é que, como condição mesma à vida em sociedade e à própria proteção e promoção dos aludidos direitos, faz-se necessário, também, tutelar interesses de cunho nitidamente coletivo, voltados a atender demandas que ultrapassam a esfera individual dos cidadãos. É essa a justificativa para o constituinte, em número significativo de casos, ter reconhecido direitos de natureza transindividual e permitir a limitação de interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos. Citem-se, nesse sentido, o direito ao meio ambiente e a função social da propriedade; o instituto da desapropriação e a cobrança de tributos, todos avessos a aspirações puramente particulares.³⁵

Depreende-se, assim, que as dimensões individual e coletiva convivem, lado a lado, no texto constitucional, impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição. A despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja

³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.103/104.

interesse público, conceito jurídico indeterminado por excelência, pode-se afirmar que a expressão aponta, em sentido lato, para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam atos e medidas do Poder Público.

Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor da segurança individual.

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a princípio de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao legislador e a Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de interesse público, como um conjunto de interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação jurídica politicamente fundada. O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, obriga-o a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.³⁶

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.105.

Sendo assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houverem esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação entre interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização³⁷. De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar e utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de *standards* que permitem a flexibilização das decisões de acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso.

Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realidade dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional. Considerando que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas que lhe demandam tomar decisões investidas, não raro, de larga margem de discricionariedade.

Nessas situações, conforme esposado, o agente público não é livre para decidir por um outro caminho. Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realiza ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que se poderia chamar de melhor interesse público, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública.

A ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação.

³⁷ MEDAUAR, Odete, *O direito Administrativo em Evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.183.

A ponderação encontra-se presente no discurso jurídico desde a matriz constitucional, espregueia-se pela etapa de concretização legislativa, chegando ao seu grau de maior concretude decisória nas atividades administrativa e judicial. A circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação.

A técnica de ponderação encontra aplicação como forma de controle da discricionariedade administrativa e da racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo postulado da proporcionalidade.³⁸

Como ensina a doutrina, o postulado da proporcionalidade é o instrumento de ponderação. Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justifica na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.³⁹

Em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal já teve a ocasião de aplicar a técnica da ponderação, instrumentalizada através do postulado da proporcionalidade. Confira-se significativo trecho da decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, que guiou o plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/SP:

“(…) o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.125.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.107.

de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), a de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em fase do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).”

De acordo com os ensinamentos de Gustavo Binbenbojm:

“mais do que uma mera técnica de decisão judicial administrativa, a ponderação erige-se hordiernamente em verdadeiro princípio formal do direito e de legitimação dos princípios embaixadores do Estado democrático de direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizada de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderação proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, que fere de morte a idéia de supremacia como princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, necessariamente dúctil e plural, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa”.⁴⁰

4.2 A proporcionalidade e as normas instituidoras de privilégios para a Administração

⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.108/109.

As prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública, em sua relação com os cidadãos, constituíram, desde os primórdios, a matéria prima básica da qual se nutriu e sobre a qual se erigiu o arcabouço teórico do direito administrativo e das prerrogativas judiciais concedidas à União, Estados e Municípios. Todas, sem exceção, justificadas por remissão ao dito princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Com efeito, no plano processual, prerrogativas como a quaduplicação do prazo para responder e a duplicação dos prazos recursais, a representação legal, sem a necessidade de apresentação de procuração, a não produção dos efeitos da revelia, o duplo grau obrigatório de jurisdição, a impenhorabilidade de bens e o sistema de execução mediante precatórios sempre foram justificados como uma proteção natural – aceita quase, como um dado da natureza mesma das coisas – da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses dos indivíduos, quando dos postos em juízo.

O Estado, corporificando e personificando o próprio interesse público, faria jus a um conjunto de privilégios processuais, sem os quais os interesses gerais da coletividade poderiam ser comprometidos. O patrimônio estatal e os interesses cometidos à tutela do Poder Público, gozando de uma posição de prevalência sobre o patrimônio e os interesses individuais dos particulares, deveriam ficar protegidos por normas instituidoras de um tratamento diferenciado e garantístico.

Ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequiparações entre o poder Público e os particulares, não podem ser justificados à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais. Gustavo Binenbojm enumera de maneira clara o por quê de tal negativa:

“Em primeiro lugar, porque a máxima preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da formas mais extensa possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência a priori dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados.

Em segundo lugar, é de sublinhar-se que a isonomia, tal como os fins de interesse coletivo cometidos ao Poder Público, também está prevista como uma norma constitucional. Deste modo, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade.”

Conclui o autor, explicitando o que seria necessário para que um privilégio instituído em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo:

“(I) a compressão do princípio da isonomia (isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares) seja esta apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (II) o grau ou medida da compressão da isonomia (isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares) deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (III) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognostica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.”⁴¹

Hipótese ilustrativa da proposta acima exposta foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN número 1.753-2/DF, na qual se discutia a constitucionalidade da ampliação do prazo para a propositura de ações rescisórias pelo Poder Público, de dois para cinco anos.

O relator do feito, Ministro Sepúlveda Pertence, após anotar que a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais da tradição do nosso processo civil, como duplo grau obrigatório e a dilatação dos prazos de resposta e recurso, deixou consignado que tais discriminações só são toleráveis na medida que não forem arbitrárias e servirem para compensar deficiências da defesa em juízo de entidades estatais. Assim, por exemplo, considerações ligadas à morosidade inerente a um Estado agigantado para que os advogados públicos obtenham as informações e provas de que necessitam para elaboração de defesa, ou mesmo a insuficiência crônica de procuradores nos quadros do Poder Público, podem ser levadas em conta na formação do juízo de constitucionalidade das prerrogativas processuais.

⁴¹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.113/114.

Na seqüência, o Ministro Sepúlveda Pertence afirma textualmente que as desequiparações que desafiarem a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade caracterizam privilégios inconstitucionais. Foi citado, a título ilustrativo, o caso do art. 6º da MP 314/93 que, no curso da implantação da Advocacia Geral da União, suspendeu todos os prazos da União. No julgamento, o Supremo Tribunal Federal restringiu o alcance da norma, a fim de excluir a sua incidência nos processos em que a defesa da União coubesse à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, instituição de há muito organizada, em relação à qual, portanto, não corriam os motivos conjunturais que emprestavam razoabilidade ao dispositivo nas causas em que passaria a atuar a nascente Advocacia Geral da União. Resumidamente, a norma em questão não passou no teste de adequação, de vez que o favor legal não se mostrava apto a servir a qualquer fim público juridicamente relevante.

No julgamento da dilatação do prazo de dois para cinco anos para a propositura de ações rescisórias pelo Poder Público, a posição da Corte também foi guiada pelo dever da proporcionalidade. Numa primeira etapa, o Ministro Pertence buscou demonstrar o que seria a inadequação da medida para viabilizar a defesa do poder Público em relação a sentenças transitadas em julgado passíveis de rescisão. O argumento utilizado foi o da suficiência do prazo existente – dois anos – para permitir o conhecimento do vício e o ajuizamento da competente ação rescisória.

Em uma segunda etapa do aresto, o relator buscou caracterizar o que seria identificado como desnecessidade ou inexigibilidade da medida. Com efeito, a compressão da isonomia ia além do necessário porque, fosse a ampliação do prazo realmente conveniente, deveria ela beneficiar ambas as partes, não apenas o Poder Público. A restrição à isonomia processual não constituía meio necessário para melhor viabilizar a defesa do Estado em juízo.

Além disso, levou em conta a Corte, na formação de sua convicção, o fato de a medida ir somar-se a vários outros favores legais, de natureza processual, já conferidos à Fazenda Pública. Como averbou o relator, tais privilégios já produzem conseqüência suficientemente gravosa aos particulares, retardando longamente a satisfação de direito seu reconhecido em juízo. Destarte, a instituição de mais um privilégio – qual seja, o prazo de cinco anos para a propositura da ação rescisória pela Fazenda – geraria situação de desequilíbrio insuportável em desfavor dos particulares. Em outras palavras, os eventuais benefícios trazidos pela ampliação do prazo da rescisória para o Poder Público não justificariam tamanho do grau de sacrifício imposto aos particulares, e uma resposta negativa ao teste de proporcionalidade em

sentido estrito (o exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim a intensidade da restrição aos direitos fundamentais).

Interessante notar que o acórdão, ao dar pela inconstitucionalidade do dispositivo, faz questão de mencionar que a decisão era fundada nos princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da supremacia do interesse público. O interesse público, na espécie, recomendava a preservação da isonomia formal, em resguardo dos interesses particulares, e não a chancela automática e apriorística da prerrogativa de Poder Público. Ademais, o juízo cognitivo pelo qual o interesse público foi alcançado percorreu o caminho do postulado da proporcionalidade, que buscou realizar uma ponderação entre os interesses em jogo, e não uma mera identificação do interesse público como interesse estatal. Resta comprovado, assim, que não há prevalência *a priori* do coletivo sobre o individual, nem do estatal sobre o particular.

5. REAVALIAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NA INTERFACE DO INTERESSE PRIVADO

5.1 Dicotomia interesse público versus interesses privados ao longo da história

As relações entre o indivíduo e a sociedade têm sido objeto de ancestral disputa no curso da história do pensamento político. A afirmação da existência de um princípio jurídico que preconize a prevalência dos interesses gerais da coletividade sobre os interesses particulares de seus membros sempre foi utilizado de forma arbitrária por governantes e governos, como forma de subjugar a sociedade, impor vontades escusas, ou até mesmo obter vantagens políticas ou pessoais.

Uma das justificativas para tal supremacia seria pelo fato de o indivíduo ser parte de um todo social e de que o bem de cada um só se realiza quando assegurada o bem comum. O interesse do grupo social gozaria de supremacia sobre os interesses dos particulares, tendo o indivíduo no Estado o seu ser mais elevado.

Tal argumentação da idéia da felicidade como um projeto essencialmente coletivo e o descaso com a autonomia pública e privada da pessoa humana pavimentaram o caminho liberticida das ditaduras de direita e de esquerda, que elevaram o Estado à condição de finalidade última e suprema da vida dos cidadãos.

A tese da existência de um interesse público superior e inconfundível com os interesses dos membros da sociedade soa de maneira totalitária e liberticida, como bem assinalado por Marçal Justen Filho:

“A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supra-individuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo.”⁴²

É fácil constatar por que a idéia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (ou público sobre o privado) é incompatível com o Estado democrático de direito. Tributária do segundo imperativo categórico kantiano, que considera cada pessoa como um fim em si mesmo, a noção de dignidade humana não se compadece com a instrumentalização das individualidades em proveito de um suposto “organismo superior”. Como instrumento da proteção e promoção dos direitos do homem, o Estado é que deve ser sempre o instrumento da emancipação nas esferas pública e privada.

Dito de outra forma, o Estado, como entidade jurídico-política, existe para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios por cada indivíduo, independentemente das razões de Estado que a comunidade política possa invocar. A dimensão transindividual, de inegável importância, não é dissociada nem necessariamente oposta aos interesses particulares, mas condição necessária de sua fruição em vida social, segundo critérios razoáveis e proporcionais.⁴³

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.41.

⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.83.

Outro fato que poderia servir de esteio para a idéia de supremacia do interesse público seria o utilitarismo. Segunda tal visão, a melhor solução para cada problema seria aquela que promovesse, na maior escala, os interesses dos membros da sociedade política, individualmente considerados. Aqui reside a diferença, não se cogita de um organismo coletivo, detentor de interesse público seria apenas a fórmula que, em cada caso, maximizasse racionalmente o bem-estar, o prazer, a felicidade ou ganho econômico do maior número de pessoas (não há entre os utilitaristas consenso sobre a utilidade que se busca maximizar).

No utilitarismo o juízo de valor sobre determinado ato depende não de sua conformidade com princípios morais anteriores, mas das conseqüências que ele produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade.⁴⁴ Assim, os interesses, como os interesses individuais são às vezes conflitantes, a solução considera justa pelo utilitarismo é aquela que justifica o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade com um benefício superior, em termos comparativos, para os interesses de outros membros. Projetos e ações coletivas, assim, só serão moralmente justificáveis se, e se apenas se, se puder demonstrar que o seu efeito é a maximização dos interesses da maioria dos indivíduos. Do contrário, seriam instituídos privilégios para alguns em detrimento de um conjunto maior de pessoas. Esta a noção utilitaristas de interesse público.

De maneira irretocável, novamente, Gustavo Binbenbim demonstra em quê essa noção utilitarista de interesse público seria incompatível com o Estado democrático de direito:

“O ponto fundamental, aqui, diz respeito à concepção de direitos fundamentais adotada pelas democracias constitucionais. Os direitos fundamentais são, em sua origem, direitos morais, fruto da projeção de valores morais (como liberdade, igualdade e segurança) sobre a ordem jurídica. Por isso mesmo, a constitucionalização de tais direitos tem por escopo, precisamente, retirá-los do varejo político do dia-a-dia, situando-os em patamar hierárquico superior aos das maiorias legislativas ocasionais, inclusive, no caso brasileiro, do próprio poder constituinte derivado. É dizer: os direitos do homem ocupam posição de proeminência, no plano axiológico, em relação a qualquer projeto coletivo utilitário; no plano jurídico, tal proeminência decorre de seu status constitucional e da sua condição de cláusulas pétreas da Constituição.

A lógica do sistema de direitos fundamentais não é da maximização dos interesses do maior número possível de indivíduos, mas de preservação e promoção dos valores morais sobre os quais se erigem noções como a de dignidade da pessoa humana, ainda quando contraproducentes de um ponto de vista puramente utilitário. Embora todos os direitos tenham um custo e

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional, in Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público (org. Daniel Sarmento), Lumen Juris, 2007, p.59.

este deva ser levado em conta como elemento racionalizador das políticas públicas, não se pode elevar o discurso utilitário à condição de móvel único ou central do ordenamento jurídico. Ao revés, é do reconhecimento da dignidade de determinados valores, independentemente da sua utilidade, que resulta a primazia dos direitos do homem sobre projetos de bem-estar coletivo.”⁴⁵

Portanto, não há que se falar em qualquer princípio ou postulado que afirme a primazia *a priori* de uma ordem de interesse sobre a outra, qualquer que seja o seu sentido. Assim, salvo onde o constituinte foi explícito ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma harmonização principiológica e uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto, a partir de parâmetros substantivos erigidos pela própria Constituição. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial dos interesses individuais.

5.2 O princípio do interesse público, segundo a doutrina brasileira

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, de forma expressivamente majoritária, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional. Os publicistas de modo geral enfrentam a temática com grande naturalidade, prevalecendo o panorama de um pensamento jurídico pacificado, para o qual a existência do princípio em comento não ensejaria qualquer contestação.

Um dos mais reconhecidos administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, defensor ferrenho da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, monta

⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.84/85.

sua conceituação partindo de uma preliminar conceituação de interesse público. Em seguida, o autor analisa os efeitos gerados pela aplicação da referida conceituação ao direito administrativo pátrio, do que depreende uma norma de supremacia.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de interesse público é apresentada como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, e que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social.⁴⁶ Assim, na medida em que procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos. Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre o indivíduo e a coletividade, apresentada como inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de direito, conclui o autor com a idéia de que o interesse público e interesse coletivo são sinônimos.

O autor continua a realizar a sua análise, ainda que de forma resumida, do conceito de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, na qual resta claro a sua dificuldade em ser fiel a suas premissas teóricas:

“tr

ata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.”⁴⁷

O problema teórico nodal, encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, logo em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual). Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Mais que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa medida da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?⁴⁸

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.53.

⁴⁷ *Ibid.*, p.60.

⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.88.

A maioria da doutrina continuando se valendo da dicotomia público/privado para abordar a temática em pauta, ressaltando que mesmo diante de uma relativização desse posicionamento, trazida pelos tempos modernos, há determinados axiomas que não podem ser ignorados. Dentre eles, ressaltam a função específica das normas de direito público, qual seja, “atender os interesses públicos, o bem-estar coletivo”⁴⁹. Nesse mesmo sentido, o interesse particular é definido como mero interesse reflexo, quando em análise no contexto de normas de direito público. Sendo que estas normas de interesse público que delimitariam o seu âmbito de incidência a um plano único, no qual não englobaria atender os interesses de cunho individual.

Uma grande crítica a este pensamento seria que se adentrarmos na noção apresentada de interesse público perceberemos que a mesma permeia-se de características peculiares a outros princípios, como por exemplo, os princípios da impessoalidade e da moralidade.

Esse é um equívoco comum na doutrina pátria: aponta-se como exemplo de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular a invalidação de favorecimentos pessoais no uso da máquina administrativa. Ora, os interesses particulares e individuais de que se cuida, na análise do princípio, não são, por evidente, aqueles ilegítimos, assim considerados por força de outras normas constitucionais. A questão da dicotomia público/particular só se coloca quando a Administração Pública se vê diante de interesses legítimos de parte a parte, quando então deverá socorrer-se de algum parâmetro normativo para balançar os interesses em jogo na busca da solução constitucional e legalmente otimizada.

Toda linha de raciocínio aplicada pela doutrina majoritária não consegue superar a abstração teórica, tornado difícil a compreensão dos seus dizeres com a aplicação prática, na realidade concreta na qual incide o princípio. Todo o pensamento é circular, com efeito, na Constituição encontram-se os fundamentos para restrição de direitos individuais em prol dos interesses da coletividade. Ora, se é a Constituição que, explícita ou implicitamente, estabelece quando e em que medida direitos individuais podem ser restringidos, (I) o fundamento da restrição é a norma constitucional específica, e não o dito princípio, e (II) a medida de restrição, conforme permitida pela Constituição, é dada por uma norma de proporção e preservação recíproca dos interesses em conflito, e não de prevalência *a priori* do coletivo (estatal) sobre o individual (privado).⁵⁰

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.69.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.94.

5.3 A dita supremacia do interesse público na hermenêutica do Direito Público Contemporâneo – A noção de interesse público nas outras culturas

A idéia de Estado democrático de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão-somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição, indo até às decisões concretas da Administração Pública e do Poder Judiciário, passando pelas leis e regulamentos.

“A sua noção não é, todavia, una, havendo grandes diferenças entre a sua origem alemã e a aclimatação que sofreu na França. Estas diferentes concepções são essenciais para a compreensão de uma série de pontos fundamentais do Direito Público e do Direito Administrativo em especial. Por exemplo, será em contraposição a idéia alemã de Estado de Direito (intimamente ligada à idéia de supremacia do interesse público) que se contraporá a teoria de Duguit de um Estado (prestacional) de Direito que deu origem à chamada Escola do servidor público”.⁵¹

A concepção alemã de Estado de Direito colocava acento sobre a perfeição formal – respeito às escalas da pirâmide –, não importando o conteúdo das normas, mas apenas que elas não tenham sido emitidas em antítese a alguma norma superior. Estas normas se impunham também ao Estado, mas como eram produzidas por ele próprio, eram compreendidas como uma auto-limitação, e aí estava o grande paradoxo da teoria alemã do Estado de Direito, que enfraqueceria a noção do seu controle: o Estado só se subordinava ao que ele próprio estabelecia, o que era considerado por Duguit como uma institucionalização da barbárie.

Decorrência necessária desta visão é a afirmação de que todo o Direito é exclusivamente estatal, ou seja, de que não há valor, regra ou costume que possa ser impositivo ao Estado, já que só ele possui legitimidade para imposição à força da sua vontade,

⁵¹ 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* (org. Daniel Sarmiento), 2007, p.1.

portadora exclusiva do interesse público, salvo, naturalmente, se aqueles valores sociais forem juridicamente encampados pelo próprio Estado.

Sendo titular deste monopólio da força, o Estado, soberano e dotado de personalidade jurídica, deve estar auto-limitado, mas não pelas regras comuns concernentes a indivíduos que se encontram em igualdade de condições, mas por um direito especial, por um Direito Administrativo, que visava assegurar a supremacia da vontade do Estado sobre os demais sujeitos da sociedade.

Colocados esses pressupostos históricos, é possível demonstrar a existência de uma pluralidade de argumentos nas questões mais relevantes do Direito Público e a conseqüente necessidade de uma metodologia adequada para limitar a subjetividade do julgador e do administrador na aplicação de um Direito Público que, no marco de uma Constituição pluralista, não pode mais ser visto como garantidor do “interesse público” titularizado no Estado, mas sim como o instrumento da garantia pelo Estado dos direitos fundamentais positivos ou negativos.

As concepções anglo-saxônicas e européias do interesse público sempre foram bastante distintas. Enquanto nos EUA e no Reino Unido o interesse público era considerado como intrinsecamente ligado aos interesses individuais, sendo próximo ao que resultaria de uma soma de interesses individuais (satisfação dos indivíduos = satisfação do interesse público); nos Estados de raiz germânico-latina o interesse público era considerado superior a mera soma dos interesses individuais, sendo superior e mais perene que eles, razão pelo qual era protegido e perseguido pelo Estado, constituindo o fundamento de um regime jurídico próprio, distinto do que rege as relações entre os particulares.⁵²

A evolução deste Estado, combinada com a visão de um Estado forte, paternalista, não limitador, de direitos fundamentais, faz com que a noção européia continental de interesse público esteja se aproximando daquela anglo-saxônica.

Muitas vezes o princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (por exemplo, as normas constitucionais que

⁵² 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* (org. Daniel Sarmiento), 2007, p.3.

prevêem a desapropriação). Nota-se, que o contrário também é comumente verificado, ou seja, normas que pré-ponderam os interesses em jogo em favor do interesse privado.

Em se tratando de norma legal, naturalmente que a pré-ponderação efetuada pelo Legislador deve ser constitucional, ou seja, razoável e proporcional diante dos valores constitucionais envolvidos, tanto em abstrato, como na sua aplicação a determinado caso concreto.

Já quando o intérprete se deparar com situações para as quais não existia norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre 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. “A prevalência só existiria após a ponderação concreta entre princípios colidentes. Não havendo, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada”.⁵³

Não que o Poder Judiciário ou a Administração Pública devam desconsiderar o interesse público, mas uma coisa é considerar para efeito de ponderação os interesses públicos, estatais e/ou sociais, outra é partir do pressuposto de que sempre deva prevalecer sobre quaisquer interesses privados, mesmo quando já haja regra constitucional específica dirimindo o conflito entre eles.

Neste sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em acórdão de autoria do Ministro Celso de Mello:

“Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não se legitimam com o argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público. Precedentes”.⁵⁴

Devemos ter em vista que o interesse público e o interesse privado estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Em vez de uma relação de contradição entre os interesses

⁵³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.130.

⁵⁴ RE-269437/SP (fonte www.stf.gov.br).

privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito.

E mais, em uma sociedade complexa e pluralista não há apenas um interesse público, mas muitos (preservação da saúde pública, maior liberdade de expressão, garantia dos melhores meios possíveis de sustentação dos órgãos de imprensa, facilitação dos fluxos comerciais, combate ao déficit público, melhoria e ampliação os serviços públicos, etc.). Percebe-se que a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público, a sua difícil e incerta avaliação e hierarquização, o que gera crise na sua própria objetividade.⁵⁵

A sobrepujança na ponderação de interesses de argumentos retóricos em prol do interesse público ou de seus subvalores já possibilitou nos EUA fortes restrições à liberdade de manifestação de idéias que fossem consideradas esquerdistas ou que cidadãos norte-americanos de origem japonesa ficassem confinados em campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial.

O fundamento dessas decisões foi que, na ponderação entre os valores de segurança nacional e os da liberdade, deveriam prevalecer aqueles em detrimento desses.

São justamente decisões como esta que têm levado a doutrina a sem abandonar os avanços que os mecanismos metodológicos da ponderação de interesses representam em relação ao formalismo legalista, se preocupar com os desvios que a excessiva subjetividade daquela metodologia pode trazer à decisão judicial, visando evitar que a mera invocação de valores metajurídicos como a segurança nacional, combate à criminalidade, ao terrorismo, entre outros, possa tornar plausível qualquer decisão.

⁵⁵ 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* (org. Daniel Sarmiento), 2007, p.7.

Algumas advertências devem ser feitas a respeito do tema, como: deixar de fazer as devidas distinções entre os argumentos pode levar à arbitrariedade argumentativa; e a arbitrariedade argumentativa conduz a não-fundamentação das premissas utilizadas na interpretação jurídica. Com efeito, tanta a ausência de definição dos argumentos utilizados, quanto a falta de diferenciação entre eles inserem, na interpretação jurídica, o germe da ambigüidade e, com ele, a fonte da arbitrariedade.

Em última análise, a decisão final é baseada em julgamentos de valor não intersubjetivamente testados da pessoa que são o fator decisivo, julgamentos de valor que talvez possam ser explicados em termos sociológicos ou psicológicos, mas que não podem ser justificados? Essa conclusão não é desejável na medida que se refere à legitimidade da tomada judicial de decisão e o caráter científico da dogmática jurídica em sua preocupação com as questões normativas.⁵⁶

Por essas razões, a mais moderna hermenêutica constitucional tem formulado critérios de identificação e categorização dos argumentos jurídicos, partindo, então, em segundo momento, para a enumeração de que espécies de argumentos que devem ser consideradas prioritárias sobre as outras.

Outra solução para dar maior objetividade à fundamentação jurídica das decisões é propor uma reclassificação dos argumentos jurídicos integrada com a utilização e valorização móvel e flexível desses mesmos argumentos, harmonizando a necessidade de discernir os argumentos com a importância de não separá-los por completo, diminuindo a inevitável subjetividade da interpretação sem enrijecer o pensamento para o futuro. Com isso, poder-se-á abandonar qualquer simplismo na argumentação jurídica, quer no sentido de reduzir o raciocínio jurídico à pura lógica ou à pura interpretação literal, quer no sentido de circunscrever a atividade interpretativa ao mero decisionismo ou à simples ponderação de valores de natureza inexplicada.⁵⁷

⁵⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.133.

⁵⁷ 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* (org. Daniel Sarmento), 2007, p.10.

5.4 Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade

A doutrina majoritária, conforme demonstrado anteriormente, entende que “o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade, e pelo simples fato de o serem.”⁵⁸ Percebe-se um conceito unitário de interesse público, que englobaria no seu todo, tanto uma dimensão individual como coletiva, numa proximidade com a definição de bem comum. Sendo assim declarada, a princípio, sua supremacia sobre os interesses particulares e a sua função central no regime jurídico, regulando e justificando as vantagens materiais e formais do Estado em sua relação com os particulares.

Costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política. Já o privado corresponderia ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da *polis*, que não concernem à sociedade em geral, mas a cada um, como indivíduo. A idéia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles não resiste à emergência do constitucionalismo e à consagração dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.⁵⁹

A noção de um princípio jurídico que afirme a prioridade a princípio de interesses da coletividade sobre os individuais, mostra-se absolutamente incompatível com a idéia da Constituição como sistema aberto de princípios, articulados não por uma lógica hierárquica estática, mas sim por uma lógica de ponderação proporcional, harmonização dos princípios, necessariamente contextualizada, que “demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas e ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.⁶⁰

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.53.

⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.30.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2004, p.70.

Ao contrário das regras que são aplicadas segundo o postulado do tudo ou nada, os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, numa verdadeira harmonização de acordo com o juízo de ponderação formulado, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

Um primeiro problema teórico encontrado em relação ao princípio da supremacia do interesse público está na conceituação, pela maioria da doutrina, de uma definição unitária de interesse público, de supremacia do público sobre o particular, que pressupõe a sua dissociabilidade.

Essa visão fechada de prevalência do coletivo sobre o individual não esclarece uma questão fundamental: “Qual a justa medida da cedência recíproca que deve existir entre os interesses individuais e interesses coletivos em um Estado democrático de direito?”⁶¹

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituídos pela Carta Magna e a estrutura pluralista e flexível, além da aplicação harmônica dos princípios constitucionais (explícitos ou implícitos) inviabilizam a afirmação a princípio de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos/públicos sobre os interesses individuais/particulares. A preservação dos direitos ditos fundamentais, e não sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe ao Estado o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando sempre a sua melhor aplicação, independente da suposta supremacia.

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre os interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.⁶²

De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação, guiada pelo princípio da proporcionalidade, para superar as regras estáticas de preferência, atuando circunstancial e estrategicamente com vistas à formulação de standards de decisão. Tais standards permitem a flexibilização das decisões administrativas de

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.31.

⁶² MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.83

acordo com as peculiaridades do caso concreto, mas evitam o mal reverso, que é a acentuada incerteza jurídica provocada por juízos de ponderação produzidos sempre caso a caso.⁶³

A técnica da ponderação é uma forma de controle da discricionariedade e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente. Os juízos de ponderação deverão aplicar de maneira harmônica os princípios constitucionalmente consagrados, como por exemplo, o da proporcionalidade.

Mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito e de legitimação dos princípios fundadores do Estado democrático do direito. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de Ponderação.

A ponderação proporcional será aplicada como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude decisória. As relações de prevalência entre os interesses públicos e privados não comportam determinação a princípio e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentre do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade.

Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo.

Cuida-se, em suma, de uma harmonização da aplicação dos conceitos, determinações e princípios Constitucionais do conceito interesse público, “(...) que fere de morte a idéia de supremacia como um princípio jurídico ou um postulado normativo que afirme peremptoriamente a preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular. Qualquer juízo de prevalência deve ser sempre reconduzido ao sistema constitucional, que passa a constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa”.⁶⁴

A supremacia da Constituição não pode ser mero elemento do discurso político. Deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa. Isso equivale a rejeitar o enfoque tradicional, que inviabiliza o controle das atividades administrativas por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, tais como discricionariedade administrativa, conveniência e oportunidade e interesse público. Essas fórmulas não devem ser

⁶³ BINENBOJM, Gustavo, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.32.

⁶⁴ Ibid. p.33.

definitivamente suprimidas, mas sua extensão e importância têm de ser restringidas à dimensão constitucional e democrática”.⁶⁵

O Ministro Sepúlveda Pertence já afirmou ser “verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das razões de Estado.”⁶⁶

Devemos ter em vista que o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins, em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. O interesse público com finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de conflito.

5.5 A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

No final da década do século passado se fortaleceu no Brasil o movimento de questionamento sobre essa supremacia absoluta dos interesses públicos na interface do direito privado. Um dos pioneiros desse movimento no cenário nacional, Humberto Bergmann Ávila⁶⁷, demonstrou de forma clara o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, comprovando que o referido princípio não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja do ponto de vista normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo.

Nesse passo, fica claro a separação entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos. Ou seja, o referido princípio, porquanto determine a preferência ao

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.14.

⁶⁶ AGRSS-1149 / PE (fonte www.stf.gov.br)

⁶⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.99/127

interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independente das variações presentes no caso concreto, termina por suprimir os espaços para ponderações.

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que “o princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.⁶⁸

Partindo do preceito de análise a partir da Constituição e aplicação harmônica dos princípios que regem a Constituição, conclui o autor com facilidade pela ausência de fundamento de validade do indigitado princípio. Isso porque a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo. Advinda dos argutos anseios pelo retorno à ordem democrática, outrora corrompida pela hipertrofia do Poder Executivo nos governos militares, a Carta de 1988 é farta de normas e princípios ilustrativos de seu espírito cidadão (v.g., preâmbulo, artigos 1º, 3º a 17, 145, 150, 170, 196, 201, 203, 205, 206, 220, 226, 227).

A Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Em uma de suas dimensões, talvez a mais importante, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção de seus direitos fundamentais.⁶⁹ Assim, somente onde a própria Constituição abre uma brecha, de forma expressa ou implícita na lógica de seu sistema, é que se pode cogitar, por via de ponderações e aplicação dos princípios constitucionais de forma proporcional, de matizar os direitos fundamentais como interesses coletivos.

A opção da Constituição de 1988 pela dignidade da pessoa humana é robustecida ainda pelo exame sistemático da própria Carta, é que o constituinte, além de fixar a dignidade

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.95.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p.111.

como um princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-los e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos.

Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair o princípio da supremacia do interesse público da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como uma norma-princípio significaria sucumbir à inconsistência sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional.

O conteúdo constitucional descrito serve também como fundamento para rejeitar a colisão entre interesses públicos e privados, pressuposta pelo “princípio” em questão. Verifica-se que ambos encontram-se enraizados na Lei Maior, de sorte haver uma “conexão estrutural” entre eles e não essa efetiva contradição.⁷⁰

Ávila descreve de maneira nítida tal questão:

“O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado(p.ex. preâmbulo e direitos fundamentais).”⁷¹

A indissociabilidade entre os interesses públicos e privados merece, pela relevância, maiores reflexões. Tal indissociabilidade decorre não apenas da existência de um ordenamento jurídico pautado por garantias e direitos individuais aos quais o Estado deve reverência e proteção; a assertiva vai além, traduzindo idéia de que a realização de interesses privados (reconhecidos pela Constituição como direitos fundamentais) quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois a promoção daqueles também constitui um fim público.⁷²

Percebe-se que a proteção mesmo que parcial de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar a realização de um interesse público. Ao

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.96.

⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.111.

⁷²BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.97.

contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção do outro.

Por fim, para concluir a descaracterização do princípio de supremacia do interesse público como norma-princípio, qual seja, a sua incompatibilidade com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática (os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico), que andam atrelados na busca de uma exata medida da realização máxima de bens jurídicos contra-postos.

Da aplicação harmônica dos princípios constitucionais como forma de romper a suposta supremacia do interesse público sobre o interesse privado, temos o postulado da proporcionalidade, reconhecido pela doutrina e jurisprudência como princípio, é condição para aplicação das normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação de normas no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas serão otimizadas em algum nível. Este é o dever de ponderação, ao qual se liga o postulado da proporcionalidade.

Com efeito, nota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um princípio que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. O princípio em si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados envolvidos. Dê-se destaque, outrossim, ao fato de a fórmula pré-concebida presente no princípio ir de encontro ao dever de fundamentação (dever de explicitação das premissas) a que se sujeitam os Poderes do Estado.

Fato é que o princípio em questão, ao negligenciar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência o interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções – adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina), necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada) –, nas quais sobressaltada a relevância da análise casuística pelo aplicador e intérprete da norma.⁷³

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.98.

Outro postulado fundamental, o da concordância prática, viabiliza o exercício da ponderação ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos e negar-lhes uma posição antípoda, quando se apresentam, constitucionalmente protegidos.

Novamente, fica claro o esvaziamento do referido princípio como fundamento de validade para qualquer intervenção estatal, que, pelo princípio da legalidade, pressupõe previsão normativa. Nesse sentido, assevera com exatidão Ávila:

“Em vez de um princípio de preferência deve ser atribuída a importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas – e não, portanto o citado “princípio” – é que são juridicamente decisivas. (...) Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata.”⁷⁴

A segunda etapa de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público na interface do interesse privado, propõe-se a analisar a possibilidade do dito princípio funcionar como um postulado normativo, como elemento explicativo do fenômeno jurídico. Gustavo Binenbojm resume com exatidão os argumentos suficientes a fundamentar uma resposta negativa. Sucintamente são eles:

“a) face à diversidade de interesses consagrados constitucionalmente, os quais se impõem à consideração do intérprete/aplicador do direito, um princípio explicativo do direito administrativo não pode apresentar-se como uma regra de preferência. Pelo contrário. Fosse o caso de se estabelecer um postulado, tal seria, nas palavras do autor, um postulado da unidade recíproca de interesses, o qual, voltado para o bem comum, determinasse, como condição para compreensão do fenômeno jurídico, a consideração recíproca dos diversos valores em jogo;

b) ademais, a enunciação da prevalência indiscriminada do interesse público sobre o particular enquanto condição imprescindível à explicação do ordenamento jurídico depende da verificação de determinados pressupostos, os quais não se observaram no caso do princípio em comento. São eles:

b.1) a dissociabilidade entre interesses públicos e privados, indispensável para se afirmar a predominância de um sobre o outro.

Não obstante, considerando que o bem comum inclui o bem de suas partes, realizar o interesse público passa, necessariamente, pela consideração dos cidadãos em sua dimensão individual. Público e privado colocam-se, assim, em posição de irresistível vinculação, o que contraria o pressuposto dantes arrolados;

b.2) a relação bipolar Estado/cidadão, enquanto objeto central do direito administrativo, apresenta-se em tom necessário e inexorável. Na prática,

⁷⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*, in *O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p.116.

contudo, constata-se o caráter cada vez mais multipolar das relações administrativas, permeadas que são vínculos nos quais inexistem necessária contraposição entre o público e o privado.

b.3) por fim, eventual reconhecimento da supremacia do interesse público, enquanto postulado normativo do direito administrativo, depende da possibilidade de determinação objetiva e abstrata do conceito de interesse público. Um tal requisito, contudo, não pode ser atendido. Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes (essas, sim, juridicamente relevantes) pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja o interesse público.⁷⁵

Por motivos de ordem normativa e lógica conclui-se que o conhecimento do direito não se submete a uma condição que mande prevalecer, de maneira absoluta, o interesse público, visto tal como sinônimo de coletivo ou estatal, em detrimento do privado. Assim é que, valendo-se dos argumentos acima expendidos, é refutada a existência de um princípio (quer norma-princípio, quer postulado normativo) de supremacia do interesse público na interface do interesse privado a guiar o direito brasileiro.

Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete e aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo. E é essa ponderação a e aplicação harmônica dos princípios constitucionais como parâmetro para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação da Administração.

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.99/100.

6. CONCLUSÃO

Uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificado como princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos.

Por outro lado, a norma de supremacia pressupõe uma necessária separação entre o interesse público e o interesse privado. Acontece que, por muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como um conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível. A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual.

Na verdade, o conceito de interesse público só ganha concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como metas e aspirações coletivas de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado legislador e ao Estado administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações e a aplicação dos princípios constitucionalmente consagrados para solucionar o conflito entre os interesses, guiados pelo postulado da proporcionalidade.

Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na

maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade

A disciplina constitucional engloba tantos os seus princípios explícitos como principalmente os implícitos como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, entre outros. A doutrina e jurisprudência entendem, cada vez mais, que tais princípios passam a receber um caráter normativo e a aplicação harmônica destes resultam na melhor maneira de ponderar, de acordo com o caso concreto, qual a melhor solução para resolver os conflitos entre os interesses. Por fim, de maneira bem elucidativa, Gustavo Binbenbojm, demonstra tal pensamento:

“Não se nega, de maneira alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio de supremacia do interesse público. O interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e matas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo desse “interesse público” obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar o que há de prevalecer sempre prevalecerá, não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade, na verdade, que explica como se define o que é interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer.”⁷⁶

Portanto, não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é 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. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação do Administrador. E antes que esse critério seja delimitado, não há como cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecida,

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.302.

tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, de forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência *a priori* dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados.

A isonomia não é um valor estranho às relações entre particulares e o Poder Público. Antes, ao contrário, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em sua relação com os particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. Qualquer que seja a diferenciação deve ser instituída pela lei, além de sujeitar-se no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade. Portanto, para que um privilégio em favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, é necessário que: (i) a compressão do princípio da isonomia, isto é, a discriminação criada em desfavor dos particulares seja apta a viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou, pela lei; (ii) o grau ou medida da compressão da isonomia, ou seja, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento pelo Estado dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei; (iii) por fim, o grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, numa análise prognostica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo.

Há situações em que o próprio constituinte antecipou o juízo de ponderação entre os interesses individuais e coletivos, dispondo sobre como os conflitos devem ser tratados sob a forma de regras. De ordinário, contudo, a Constituição apenas admite, explícita ou implicitamente, a restrição a direitos como condição da subsistência de outros direitos e interesses, individuais ou coletivos.

Sendo assim, não há que se falar em um princípio de supremacia *a priori* do interesse público sobre o interesse privado, qualquer que seja o sentido, mas sim de uma ponderação dos interesses em conflito mediante a aplicação harmônica dos princípios constitucionais (explícitos e implícitos), conforme as circunstâncias de cada caso, a partir de preceitos impostos pela própria Constituição. Por isso, novamente, podemos dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará

interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial dos interesses individuais.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann, **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. In: O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, São Paulo: Malheiros, 2004.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira, **Transformações do Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____, **Apontamento sobre o Princípio da Legalidade**. In: Temas de Direito Constitucional, Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

_____, **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERTONCINI, Mateus E. S. Nunes. **Princípios do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____, **Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo nº 239, 2005, p. 1-31.

_____, **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000..

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002
_____, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Princípio da Legalidade**, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 10, 1997.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários a Constituição**, 3º vol., 1ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiro, 1998.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle Judicial das Omissões Administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Algumas Notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 78, 1983, p. 161/166.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito** (tradução de A. Ribeiro Mendes). Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personificação” do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público nº 26, 1999, p.115/136.
_____, **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEDAUAR, Odete, **O Direito Administrativo em Evolução**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____, **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 2001

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?** Revista de Direito Administrativo nº 220, 2000, p. 69/107.

OTERO, Paulo. **Direito Administrativo – Relatório**. Coimbra: Almedina, 2001.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Martins, 1970.

_____, **Lições Preliminares do Direito**, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1ª ed., 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

_____, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

_____, **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público** (coord. SARMENTO, Daniel). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23/116.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais**. <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 10.05.2008.

TÁCITO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**, in Temas de Direito Público: estudos e pareceres, 1º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

