



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social*

The principle of supremacy of the public interest over private interest as the foundation of Social Administrative Law

EMERSON GABARDO**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
Universidade Federal do Paraná (Brasil)
e.gab@uol.com.br

Recebido/Received: 25.06.2017 / June 25th, 2017
Aprovado/Approved: 19.07.2017 / July 19th, 2017

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no contexto do Direito administrativo brasileiro. Utiliza como premissa uma visão contemporânea, cotejando a perspectiva tradicional com as críticas que vem sendo atribuídas à ideia de supremacia do interesse público. Tem como foco principal a demonstração de como deve ser realizada uma correta aplicação do princípio do ponto de vista hermenêutico. Finaliza contrapondo uma visão liberal dos fundamentos do Direito administrativo. Conclui pelo entendimento de que o interesse público está no núcleo de uma correta concepção de Estado social, bem como a sua supremacia está na essência da corrente chamada "Direito Administrativo Social"; razões

Abstract

The article aims to analyze the principle of supremacy of public interest over the private in the context of administrative law. It uses as a premise a contemporary vision, by matching the traditional perspective with the criticism that has been conferred on the idea of supremacy of the public interest. Its main focus is to demonstrate how should be done a correct application of the principle under a hermeneutical perspective. It makes an opposition to a liberal vision of the fundamentals of the administrative law. It concludes by understanding that the public interest is at the core of a correct conception of the welfare State, as well as its supremacy is the essence of the "Brazilian social administrative law". These are the reasons why the criticism of this principle, as well as the criticism of a subsidiary vision of administrative law,

Como citar esse artigo/How to cite this article: GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

* O presente texto tem como base em capítulo da obra "Interesse Público e Subsidiariedade", com diversas adaptações e atualizações. Cf.: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

** Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: e.gab@uol.com.br.

pelas quais tornam-se absolutamente equivocadas as críticas desconstrutivas do princípio, bem como uma visão subsidiária do Direito administrativo, ou seja, pautada no interesse privado como fundamento normativo.

Palavras-chave: interesse público; princípio da supremacia do interesse público; Estado Social; Direito Administrativo; princípios constitucionais.

become absolutely misguided, that is, based on private interest as a legal ground.

Keywords: public interest; principle of supremacy of public interest; Welfare State; Administrative Law; constitutional principles.

SUMÁRIO

1. O princípio da supremacia do interesse público no contexto contemporâneo; 2. A supremacia do interesse público sobre o privado como princípio fundamental do Direito administrativo; 3. A hermenêutica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado 4. A contraposição entre uma visão subsidiária (pautada na autonomia privada) e uma visão social (pautada no interesse público) do Direito administrativo brasileiro; 5. Referências.

1. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

A noção de interesse público adquiriu centralidade há pouco tempo, não fazendo parte das reminiscências proto-históricas do Direito administrativo.¹ Mário Masagão atribui a Waline e a Marcelo Caetano esta nova construção que chama de “moderna” e que é fulcrada no interesse público como critério de definição do objeto do Direito administrativo. No entanto, ao tempo em que o autor reconhece esta teoria, ele também a critica, pois não vê como o interesse público possa especificar o Direito administrativo no contexto geral do Direito público.² Esta é uma discussão antiga e que restou bastante desenvolvida no Direito italiano, notadamente pela obra de Renato Alessi,³ trazida ao Brasil pela lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴ Atualmente, a melhor obra que carrega esta discussão é a de Daniel Wunder Hachem.⁵

Inicialmente, cabe discordar parcialmente de Fábio Medina Osório quando afirma que atual fundamento justificatório do Direito administrativo é o interesse público decorrente das duas principais escolas francesas (do serviço público – Duguit; e da *puissance public* – Hauriou).⁶ Em que pese a importância das duas escolas no tocante

¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76 et seq.

² MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1958, t. 1, p. 21.

³ ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949 e ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 53 e ss.

⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000, p. 70.

à construção e sistematização de um Direito típico da administração pública brasileira,⁷ seus postulados fundamentais não combinam com o modelo da segunda metade do século XX, notadamente pela sua ênfase ontológica nos aspectos sociológicos (o primeiro) ou institucionais (o segundo). Maior influência talvez seja advinda do positivismo kelseniano, apesar das constantes e descomprometidas citações de Duguit e Hauriou (comuns na doutrina e na jurisprudência até a década de 1980).

Desse modo, o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com uma noção incipiente característica da filosofia política liberal-revolucionária, ligada à vontade geral do povo; nem mesmo equivale ao “interesse geral” contido no conceito de “serviço público” (que compôs o quadro jurídico das primeiras idéias coletivistas a respeito da intervenção típica do Estado social).⁸

A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sócio-interventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).⁹ Sendo assim no Direito administrativo contemporâneo, em certa medida, recoloca-se a ênfase na noção de “poder público”; porém, a partir de novos contornos. Nesta empreitada, realmente parece mais próxima às origens da concepção contemporânea a posição de Marcel Waline, para quem o Direito administrativo tem como objeto atribuir aos agentes públicos os poderes necessários para o bom exercício de sua missão de gestão dos interesses públicos a fim de satisfazer os bens coletivos.¹⁰ E também, merece destaque na sistematização desta matéria e mais propriamente da própria idéia de um interesse público que deve prevalecer sobre os interesses privados (desde que receba poderes para tanto por parte da lei) a doutrina de Renato Alessi.¹¹ Com isso denotaram-se presentes todos os elementos, portanto, para que fosse forjada a idéia de “poder-dever” tão característica do período pós-88.

Por todas estas colocações, procurar o estabelecimento de uma origem única (e num passado distante) para a noção atual de interesse público (em qualquer período

⁷ DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Tradução de José G. Acuña. Granada: Comares, 2005; e HAURIUO, Maurice. **Principios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz de Castillho. Granada: Editorial Comares, 2003.

⁸ DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 2001.

⁹ Essa fonte constitucional dos fundamentos do Direito Administrativo é sublinhada, entre outros autores, por: CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

¹⁰ WALINE, Michel. **Traité Élémentaire de droit administratif**. 6. ed., Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1950, p. 271.

¹¹ ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. *Op. cit.*

precedente ao século XX) reflete a promoção de um acentuado equívoco arqueológico. É inafastável o reconhecimento de que são vários os elementos e fontes utilizados para a conceituação do Direito administrativo e de seus institutos fundamentais tanto na doutrina estrangeira em geral como na brasileira em particular. Clèmerson Merlin Clève estudou o assunto com acentuada clarividência (aliás, no início da década de 80, e mesmo em um regime constitucional em nada favorável, defendeu a necessária identificação do Direito administrativo a partir dos direitos humanos e das reivindicações populares).¹²

Mais interessante do que a tentativa de identificação de um momento chave para o nascimento da noção, é o estudo dos seus desdobramentos e dos elementos que seriam estruturantes do modelo contemporâneo, considerando-se a sua incursão em uma atualidade fortemente refratária à idéia do interesse público no seu sentido republicano. Ao contrário do que previu Jürgen Habermas,¹³ é a esfera pública que está sendo “colonizada” pela privada, pois a definição corrente em geral promovida pela mídia e aceita por quase todos os setores da sociedade coincide, no máximo, com um “dever de encenar dramas em público e o direito do público em assistir à encenação”.¹⁴ A recusa pós-moderna a todo tipo de abstração, o individualismo hedonista e a prevalência dos critérios econômicos e psicologizantes (sentimentais) nas decisões da vida quotidiana fizeram com que perdesse sentido um interesse que ultrapassasse a situação concreta de cada um rumo a um dever ser coletivo aprimorado. Segundo a tendência atual, a perspectiva de um “interesse comum compartilhado” vem perdendo sua utilidade prática.¹⁵ Recorre-se a este signo apenas em algumas situações de caráter simbólico muito aclamadas no discurso, mas menos relevadas na prática do que seria necessário.

Ao contrário da aparência ditada pela mentalidade pós-moderna, que recusa a possibilidade de ser delimitado o interesse público, não é uma tarefa inglória a busca por sua identificação jurídico-política (e até mesmo ética). Definir interesse público não é mais difícil que conceituar “justiça”, “eficiência” ou mesmo “moralidade”; aliás, a este último princípio constitucional tem-se conferido elevada importância e aplicabilidade jurídica.¹⁶ E nem por isso costuma-se recusar o caráter ético-jurídico condicionante destas noções. Sendo assim, o caráter abstrato não pode ser tomado como óbice para sua condição de princípio; mas esta é uma crítica recorrente.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961, p. 169.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 83.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. *Op. cit.*, p. 170.

¹⁶ Sobre o princípio da moralidade administrativa, ver: BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade Administrativa: evolução e conceito. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 211 et seq.

Alega-se que o interesse público retrata conceito jurídico indeterminado de difícil concretização. Autores como Humberto Ávila advogam a tese de que “o interesse público não é determinável objetivamente”.¹⁷ Ou seja, coloca-se como pergunta fundamental: como seria possível identificar o que é interesse público?

Na realidade, a crítica da imprecisão do conteúdo dos interesses públicos e suas conseqüências negativas, na esfera das idéias, já está presente em autores importantes do Direito administrativo clássico, como Massimo Severo Giannini.¹⁸ Contudo, esta questão retrata um falso problema, pois o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação. Ao tratar do assunto, J. Roland Pennock traça paralelo com o conceito “beleza”. Pondera o autor que os estudiosos da estética muitas vezes estão em completo desacordo quanto ao que a constitui; no entanto, em regra, há bastante consenso quanto aos padrões apropriados. Por certo é possível que não exista concordância quanto ao veredicto de um júri de um concurso de beleza, mas “ninguém sonha em definir uma mulher seja processualmente seja funcionalmente e nem por isso precisamos negar a existência de uma mulher bonita”.¹⁹ Sendo assim, grande parte da imprecisão do interesse público desaparece quanto contextualizada.

A indeterminação da noção é um aspecto que pode até mesmo ser considerado positivo, pois fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto.²⁰ Segundo Gerhard Colm, a flexibilidade conceitual do interesse público é uma hipótese vital para a existência de uma sociedade plural. Sua indeterminabilidade é típica de uma república democrática. E, ainda, é preciso compreender que o conteúdo do interesse público não pode ser melhorado ou mais bem especificado por meio algum de aprimoramento do sistema eleitoral ou por alguma forma de amostragem estatística (tipicamente majoritarista). Ele exige um debate público e um posicionamento institucional típicos de uma realidade política consistente.²¹

O interesse público é um conceito que recebeu no decorrer da história significações que vão da absoluta discricionariedade à total vinculação.²² De qualquer modo

¹⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211.

¹⁸ GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto amministrativo**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 2000, p. 24.

¹⁹ PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996, p. 179.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999, p. 116.

²¹ COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 128.

²² “O interesse público, por exemplo, tem sido considerado como um conceito estritamente político (directiva político-administrativa), como um conceito discricionário por excelência, como um conceito que em certos casos poderá atribuir um poder discricionário, como um conceito que atribui uma margem de apreciação, e finalmente, como não passando de um mero conceito que, como qualquer outro, não atribui ao seu intérprete e aplicador qualquer poder discricionário ou margem de apreciação

é um conceito que foi e continuará a ser utilizado pelo Direito administrativo de forma ampla, ainda que diferente, em cada sistema jurídico concretamente considerado e em cada sociedade na qual inserido.

A doutrina que trata dos conceitos jurídicos indeterminados é antiga. Na primeira década do século XX autores como W. Jellinek tratavam do assunto.²³ Conceitos como “idoneidade”, “aptidão”, “ordem”, “segurança pública”, “valor histórico”, “moral pública”, sempre implicarão controvérsia, sem que isso implique a recusa de sua utilidade.²⁴ Uma grande conquista da modernidade foi justamente o reconhecimento de que a abstração de uma noção não é critério para o não estabelecimento de seu caráter jurídico-normativo. Max Weber peculiarizou o sistema racional formal justamente pela sua capacidade de distinguir o nível abstrato (empírico ou lógico) do nível subjetivo (emocional, mítico, etc.).²⁵

Portanto, esta controvérsia não é nova. Apesar de alguns autores demonstrarem certa surpresa com a chamada “crise do conceito de interesse público”, chegando a afirmar que se trata de um fenômeno contemporâneo “típico da sociedade complexa”,²⁶ por certo que mesmo em “sociedades simples” seria muito difícil estabelecer o sentido de um interesse comum; ao menos em comunidades que pressuponham a adoção de um direito racional e de um regime democrático, pois o conceito de interesse público poderia ser claro e evidente apenas em sociedades teocráticas ou monolíticas, em que há uma auto-evidência de valores.²⁷ Do ponto de vista epistêmico, não resultam muito distintos os debates sobre a crise do interesse público do século XXI em face daqueles da década de 50 do século XX.²⁸ As grandes distinções decorrem mais de uma perspectiva fenomênica empírica que lógico-abstrata.

Em que pese esta conclusão, há certa tendência de recusa da existência da supremacia do interesse público como princípio constitucional do Estado contemporâneo. Como afirma Bandeira de Mello, “acentua-se um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a *se stante*, autônomo e desvinculado dos interesses de cada uma

mas, antes, um poder estritamente vinculado.” Cf.: SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 20.

²³ SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 19.

²⁴ Aliás, no Direito administrativo, a adoção destes conceitos de “interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa” aparenta ser mais abundante que em outras áreas. SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 17.

²⁵ WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 4 ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 511.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 6.

²⁷ COLM, Gerhard. **O interesse público: chave essencial da política pública**. FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 126.

²⁸ Sobre os debates da década de 1950 ver: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*

das partes que compõe o todo”²⁹ Tendência esta recusada pelo autor, que procura demonstrar, detalhadamente, sua inconsistência do ponto de vista científico.

Sem deixar de considerar as adequadas locuções de Bandeira de Mello acima apontadas (que se reportam à própria ontologia do princípio), não é possível concordar com Paulo Schier quando afirmar que os “interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem”.³⁰ Na prática, os indivíduos têm interesses; e é muito comum que seus interesses se contraponham a interesses de outros indivíduos, assim como todos estes interesses de todos estes indivíduos muito comumente se contrapõem ao interesse público.³¹ O único entendimento possível sobre esta relação de perfeita harmonia de interesses defendida por autores como Paulo Schier ou Héctor Jorge Escola seria restringi-lo à esfera do “dever ser”. Por outro lado, nesta hipótese, não seria de grande utilidade a assertiva, pois a função do ordenamento positivo é justamente a composição de interesses (isso por definição, desde o surgimento dos Estados nacionais, da unificação do poder soberano e da proibição da autotutela privada, além da submissão do soberano ao Direito).

Como não poderia deixar de ser, o direito positivo brasileiro não possui nenhuma norma (regra ou princípio) que declare a impossibilidade jurídica da desarmonia de interesses, ou mesmo que a proíba. E ainda que o fizesse, seria algo sem grande repercussão fática. Aliás, *mutatis mutandi*, o plano jurídico atua justamente porque os interesses privados e públicos em geral se contradizem, se negam e se excluem em um sem número de vezes (o contrário é a exceção). E na exceção, muito pouco tem a dizer o Direito. Portanto, não se pode concordar com a assertiva, mesmo entendendo-se (o que não parece ser o caso) que ela remeter-se-ia ao plano do “dever ser”. Em suma, no caso da esfera do “ser” a proposição seria incompatível com a realidade; no caso da esfera do “dever ser”, seria redundante, senão inútil.

Bandeira de Mello especifica o caráter duplo da idéia republicana de interesse público como fundamento do regime jurídico administrativo, que deve ser pautado tanto pela ideia de supremacia, quanto de indisponibilidade do interesse público.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 60.

³⁰ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 234. Esta posição também é defendida por Héctor J. Escola. Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 243.

³¹ Como destacado por Edgar Bodenheimer “um indivíduo pode ter um interesse na redução ao mínimo de seus encargos fiscais, enquanto a realização de certas funções indispensáveis da comunidade ou do Estado (por exemplo, no campo da política econômica, da educação ou da segurança nacional) possam tornar necessário o aumento dos impostos. Um indivíduo pode ter interesse em conseguir ganhar facilmente colocando no mercado um produto de qualidade inferior, mas a comunidade está interessada em manter um nível de produção que proteja pelo menos a segurança e a saúde dos membros do público. Um indivíduo pode desejar retirar seus filhos da escola aos treze anos de idade, a fim de que possam ajudar a sustentar a família num emprego rendoso, mas a comunidade pode considerar a extensão do período de educação compulsória além dessa idade necessária para a formação de cidadãos bem informados e competentes. Um indivíduo pode ter interesse em pagar salários estandarizados a seus empregados, mas o interesse da comunidade pelo equilíbrio econômico pode exigir um reforço do poder aquisitivo da população.” Isso só para mencionar alguns exemplos ilustrativos. Cf.: BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 208.

Ainda, reforça a perspectiva de que não se trata da mera somatória do interesse de cada um.³² Romeu Felipe Bacellar Filho explica que se trata de uma noção abstrata, porém com assento constitucional e que se remete ao ideal de obtenção de um “bem comum”;³³ ou seja, não surge do atendimento dos interesses específicos, porque estes possuem uma natural condição de potencial contradição prática. Estes autores, na realidade, seguem uma tendência típica do terceiro quartel do século XX, de valorização do interesse público como critério de identificação do Direito administrativo, porém mediante contornos distintos da construção defendida por autores da sociologia ou da ciência política. Trata-se de uma perspectiva paralela à doutrina típica do período de ampliação interventora do Estado e que, inspirada na doutrina de Otto Mayer, focava o ato administrativo como aspecto nuclear do Direito administrativo (e a partir desta característica peculiarizava o Direito administrativo em face do Direito civil).³⁴ Segundo Héctor Jorge Escola, este seria o caso de autores como Juan Carlos Cassagne e Miguel S. Marienhoff.³⁵

A doutrina predominante no período de redemocratização (auge dos ideais do Estado social no Brasil) acabou sendo a de valorização do interesse público, seja como contrapeso aos excessos da Administração Pública (e do foco no ato administrativo como exercício de um poder público), seja como meio jurídico de equilíbrio entre liberdades, direitos individuais e bem comum. Equilíbrio este realizado nos contornos internos da atividade administrativa, pois não há qualquer sentido em se imaginar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público fora desta atividade, por exemplo, tomando-o como informador das atividades judicial ou legislativa.³⁶

Não se discute que a atividade judicial controla a atividade administrativa e, no exercício da função de controle, aplica o princípio. Isso não significa que a sentença do juiz siga tal princípio como critério de decisão, até porque a judicatura pressupõe imparcialidade (ou seja, o juiz não parte do pressuposto de que sua decisão colocará em vantagem sempre um interesse público; ela apenas verifica se a decisão administrativa considerou tal princípio). Também não seria razoável supor que os legisladores partam de um dado apriorístico quando em questão debates entre interesse público e interesse privado. E isso pelo simples fato de que razões democráticas são absolutamente suficientes para eliminar qualquer espécie de critério apriorístico (desde que a decisão final não implique em inconstitucionalidade).

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 70 et seq.

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. Saraiva, 2008, p. 37.

³⁴ Afirma o autor: “El régimen del derecho (Rechtsstaat) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, con su fuerza obligatoria, está ubicado dentro de las relaciones a regular entre el Estado y el súdito”. Cf.: MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 125.

³⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interes público como fundamento del derecho administrativo**. *Op. cit.*, p. 11 e13.

³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** *Op. cit.*, p. 97.

As escolhas políticas, ao contrário das jurídicas, são livres, inclusive, para prestigiar o interesse privado na confecção de uma lei (interesse privado este que irá ser reconhecido como público, caso os legisladores assim deliberem, como representantes que são da vontade popular). Fato que não impede a existência de más escolhas, passíveis de serem desconstituídas pela sua inconstitucionalidade. Vício este que não poderá, todavia, ser identificado pela afronta de quaisquer princípios do artigo 37 da Constituição, inclusive o princípio da eficiência, pois estes se direcionam especificamente ao exercício da função administrativa.³⁷

O princípio ora em foco trata da supremacia do “interesse” público sobre o “interesse” privado e não do “direito” público sobre o “direito” privado, ou mesmo do “interesse público” sobre o “direito subjetivo privado”. Portanto, o princípio não trata de direitos, mas sim de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face ao particular. Sobre o assunto, aliás, já tratou a jurista Raquel Melo Urbano de Carvalho, refutando de forma percutiente as interpretações contrárias à existência do princípio, pois “somente na medida em que os interesses da sociedade prevaleçam perante os interesses particulares torna-se possível evitar a desagregação que fatalmente ocorreria se cada membro ou grupo da coletividade buscase a concretização dos seus interesses particulares”. A partir deste entendimento, a prevalência do interesse público é justificada como um pré-requisito da própria sobrevivência social.³⁸

Mas não só. A preferência pelo interesse público também precisa ser justificada pelo princípio da felicidade, que é típico e necessário ao caráter republicano do Estado democrático de Direito constituído na modernidade e, particularmente, no Brasil. Esta razão, por si só, é suficiente para a não contemplação de qualquer critério análogo à subsidiariedade do Poder Público como um efetivo princípio jurídico de atribuição horizontal de competências. O princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma atuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada; trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988.

2. O SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A maioria absoluta da doutrina e jurisprudência administrativas reconhece o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como categoria

³⁷ E quanto a esta conclusão, discorda-se de Fábio M. Osório. Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. **Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?** *Op. cit.*, p. 97.

³⁸ A autora elabora um dos melhores estudos do Direito brasileiro contemporâneo a respeito da temática da supremacia do interesse público (sem prejuízo de serem possíveis algumas discordâncias). Cf.: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009, p. 68 et seq.

fundamental do Direito administrativo brasileiro.³⁹ Por todos, merece destaque a obra de Daniel Wunder Hachem na matéria, ao explicar a “dupla noção jurídica” do interesse público no contexto do Direito administrativo.⁴⁰

A doutrina minoritária, defensora da negação da supremacia do interesse público, pode, no geral, bem ser inserida na mentalidade anti-estatista contemporânea. As constantes postulações de revisão das bases do Direito administrativo construído a partir da configuração do modelo de Estado de bem-estar têm fomentado demandas por uma mudança de paradigma. Não é possível ignorar uma mentalidade de fuga para o Direito privado incentivada por uma ideologia de mesmo sentido.⁴¹ Mesmo assim, e ainda que de forma aparentemente paradoxal, o Direito administrativo está cada vez mais amplificado, face do crescente incremento material das relações sob sua influência. As ideias e práticas neoliberais típicas da década de 90, e que vêm se reinventando, têm como ponto nuclear a proposta de flexibilização do regime jurídico administrativo a partir de uma postura reducionista com relação aos fins do Estado. A crítica ao princípio da supremacia do interesse público é fruto (dogmático, ideológico ou mental), seja de forma consciente ou não, desta tendência que vem sendo compartilhada por vários autores do Direito público contemporâneo, ainda que nem sempre com os mesmos fundamentos.⁴²

São vários os argumentos apresentados para a defesa da “desconstrução do princípio da supremacia do interesse público”. Humberto Ávila parece oferecer a base desta possibilidade de entendimento ao incorporar a classificação distintiva entre “princípios” e “postulados”. Para o autor os postulados normativos seriam apenas a “condição de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”.⁴³ Já os princípios, normas que são, consistiriam em razões *prima facie* para decidir, além de servir como fundamento e aplicação do Direito. Deles decorrem normas de conduta, além de valores e fins. Os princípios permitiriam a ponderação entre si, sendo que “a solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual”, ou seja, a relação de

³⁹ O artigo de Dora Maria de O. Ramos é elucidativo neste sentido, além de apontar as principais características do princípio na tradição brasileira. Cf.: RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

⁴⁰ Demonstra o autor que “a doutrina juspublicista utiliza esse conceito em situações diferenciadas, empregando o mesmo termo para explicar fenômenos jurídicos diversos”. Por este motivo, ele propõe distinguir duas categorias de interesse público sob a óptica do Direito Administrativo: o “interesse público em sentido amplo” e o “interesse público em sentido estrito”, explicando as consequências jurídicas dessa diferenciação. Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

⁴¹ Sobre o assunto ver: ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

⁴² É o caso de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier. Cf.: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.* E também de Patrícia Baptista. Cf.: BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁴³ Desse modo, existiriam os postulados da coerência, da integridade, da reflexão, da razoabilidade, da proporcionalidade, etc. Cf.: ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 178.

prevalência ocorre no caso concreto.⁴⁴ Não cabe aqui tratar das evidentes incongruências do pensamento geral do autor; para este fim, remete-se ao excelente e didático texto de Luís Virgílio Afonso da Silva sobre o assunto.⁴⁵ Todavia, não é possível deixar de tratar dos equívocos de algumas de suas conclusões aplicadas ao caso ora tratado.

Ávila contesta tanto a possibilidade de que a supremacia seja um princípio quanto seja um postulado, em razão do que a distinção torna-se relevante apenas para melhor elucidar as conclusões de sua argumentação. O autor afirma que, da forma como considerada, a supremacia não seria um princípio na medida em que não admite ponderação nem concretização gradual; as suas possibilidades de concretização consistiriam em exceções e não graus, considerando que a prevalência é sua única possibilidade.⁴⁶ Nesta mesma linha de raciocínio, Gustavo Binbenojm elabora a estranha afirmação de que “um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia”.⁴⁷ Não é preciso se alongar na impropriedade formal da própria colocação, pois não resulta nada atípico que um princípio “afirme que seja aquilo que é”, pois ele é um *a priori*, um pressuposto. Imaginar a ocorrência de um princípio que seja condicional nos seus próprios termos é um inaceitável silogismo. Seria difícil afastar tais teorias deste problema.

Claro que, em termos de conteúdo, é possível discordar da ideia de que exista uma supremacia (o que os autores também fazem), mas não há qualquer sentido em ser sugerido um equívoco lógico no fato de que o princípio se auto-afirma; ou seja, de que o princípio da supremacia do interesse público propõe que “algo que deve prevalecer deve *sempre* prevalecer”.⁴⁸ Por certo que o princípio da legalidade ao afirmar que a lei deve ser cumprida, prescreve que ela deve ser cumprida sempre; o princípio da publicidade, ao afirmar que o ato administrativo deve ser público, propõe que ele deve ser público sempre. Isso, por princípio. O que não afasta a possibilidade (1) da existência de exceções legais estabelecidas pelo próprio sistema e (2) da potencial possibilidade da presença da cláusula hartiana “a menos que...”.⁴⁹ Assim sendo, o fato do princípio estabelecer um pressuposto não indica que ele sempre será aplicado, pois o sistema não admite decisões com base em apenas um pressuposto. Isso significa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um critério exclusivo de deci-

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 181.

⁴⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n° 01, 2003, p. 607 et seq.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 183.

⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**. *Op. cit.*, p. 167.

⁴⁸ Aqui cabe uma elucidação. A contestação do argumento do autor parte do pressuposto que ele quis se referir apenas à esfera normativa do princípio, apesar da redação literal sugerir que ele também esteja tratando da esfera positiva. De todo modo, não se ignora o fato (e nem o princípio defende a idéia) de que muitas vezes, no plano do ser, a supremacia não ocorrerá, pois o conteúdo do princípio não se confunde com sua esfera de aplicabilidade ou efetividade.

⁴⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. *Op. cit.*, p. 153.

são, assim como o da legalidade, o da publicidade ou da impessoalidade também não são. Estas colocações indicam que a adoção de um *a priori* apenas fornece um “ponto de partida” preferencial. Não é adequado atribuir um conteúdo dogmatista ao próprio conceito de “princípio”.⁵⁰

Impossível aceitar também a proposição de que “uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata”.⁵¹ Veja-se dessa forma: no momento em que se afirma que a Administração Pública, por exemplo, tem que “agir publicamente”, isso significa que, segundo o princípio, ou seja, *a priori*, a Administração Pública deve agir sempre publicamente. Porém não há problema algum em que a este princípio atribua-se um sentido prático relativo como, aliás, indicam geralmente as metodologias jurídica e constitucional contemporâneas. Ou seja, a título de argumentação, não se nega que seja possível atribuir ao princípio um caráter externo absoluto, a despeito de ser uma proposição facilmente contestável. Portanto, o conteúdo da noção “princípio” só é axiomático internamente, sofrendo a incidência de outros elementos conformadores a partir das práticas vividas. Assim é que se torna adequado afirmar uma possibilidade de ponderação que pode até mesmo concluir pela prevalência, no caso concreto, do sigilo ao invés da publicidade, quando de um ato administrativo. Mas o fato é que nem por isso a intimidade passa a fazer parte da ontologia da publicidade (a não ser como seu oposto – a sua “falta”); e mais: nem por isso foi destruída a “regra geral”, o pressuposto, a obrigação *prima facie*, de que a Administração Pública tem que agir sempre publicamente.

O argumento contra-principiológico parece decorrer de certa confusão teórica entre a supremacia como conteúdo definitório do princípio (situação interna) e o seu momento externo. Ou seja, imbrica-se de forma equivocada o aspecto ontológico com o normativo. Seguramente não pode ser ignorado, nem contestado, que há casos de decisão jurídica em que o resultado indicará a não incidência de supremacia do interesse público. Fato este que não significa a sua inexistência como *a priori*. O elemento a adquirir supremacia é o “interesse público”; não é o “princípio da supremacia do interesse público” que detém supremacia, como alguns autores têm asseverado equivocadamente. Uma ilustração paradoxal deste equívoco é a proposição levada a efeito Flávio Henrique Unes Pereira, que defende uma releitura do princípio para dele excluir a palavra “supremacia”.⁵² Em sentido semelhante, Paulo Schier defende “a existência de um

⁵⁰ Sobre o conceito de “princípio”; ver: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105-121.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 202.

⁵² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização, sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 38.

“princípio material do interesse público”, segundo o qual o elemento de ponderação deveria ser o próprio “interesse público” e não a sua “supremacia”.⁵³

Se melhor analisado, o argumento dos autores denota-se incongruente, para além de não se a melhor opção semântica. Se fosse como propõem, por uma questão lógica, não deveria haver qualquer conteúdo apriorístico – o interesse público e o interesse privado estariam em situação de igualdade de disposição. Por inferência, aceitar tal argumento implicaria admitir, por exemplo, que o Estado deveria seguir tanto o princípio da legalidade, quanto o da autonomia, pois ambos devem ser ponderados na situação concreta (afinal, não se costuma utilizar a expressão “princípio da supremacia da legalidade”, embora tal expressão fosse mais precisa); ou ainda, que existiria tanto o princípio da publicidade dos atos administrativos, quanto o do sigilo dos atos administrativos; ou que haveria tanto o princípio da impessoalidade quanto o da pessoalidade, pois em algumas situações, a decisão pode pautar-se por um ou por outro (o que efetivamente é possível de ocorrer na situação concreta).

Entretanto, sabe-se que não é assim. Um princípio da legalidade que não afirmasse sua preferência, um princípio da publicidade que não afirmasse sua preferência e um princípio da impessoalidade que não afirmasse a sua preferência, não seria um princípio. Então, um princípio da supremacia do interesse público que não afirme a preferência do interesse público, não é princípio (e isso por uma questão ontológica imediata, antes mesmo da normativa). Mesmo que fosse mudado para simplesmente “princípio do interesse público”, ainda assim restaria como sua decorrência lógica, a imposição de uma supremacia de um interesse (o público), sobre outro (o privado).

Por outro lado, destacar esta racionalidade do sistema não retrata qualquer desconhecimento da possibilidade de existência de um “princípio do interesse público”, cujo sentido pode ser diverso e pode ser extraído do sistema constitucional, como um critério normativo geral que ultrapassa as fronteiras do Direito administrativo. Há várias relações entre os particulares e o Estado que não estão definidas prioritariamente pelo Direito administrativo (mas sim pelo Direito internacional, pelo Direito tributário, etc.). Porém, qualquer conteúdo que possa ser atribuído a um “princípio geral do respeito ao interesse público” seria inútil para regular as relações com o interesse privado dentro do contexto do modelo brasileiro se extirpada a idéia de supremacia, que é justamente a proposição que justifica sua existência. Sem a indicação de supremacia, o princípio torna-se irrelevante como norte do Direito administrativo, embora pudesse ter outras funções no contexto do sistema jurídico como um todo.

Conseqüência inerente a este raciocínio é também a impossibilidade de existir alguma posição de igualdade entre o princípio da supremacia do interesse público e a defesa dos interesses privados. Um dos argumentos principais de negação da natureza

⁵³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 242.

de princípio da supremacia do interesse público reporta-se à idéia de que nem sempre o interesse público prepondera sobre privado. Por conseqüência, acabam os críticos defendendo a idéia de que os interesses públicos e privados alocam-se em igual nível de hierarquia normativa e axiológica;⁵⁴ o que é um equívoco.

Por certo que não se discorda do fato inexorável de que nem sempre o interesse público prepondera sobre o interesse privado. Todavia, existem condições muito específicas para que isso aconteça e, ademais, nem por isso o caso deixará de ser uma exceção à regra geral, ou seja, ao princípio.

3. A HERMENÊUTICA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Na realidade, a “argumentação desconstrutiva” padece de um problema metodológico grave, pois ignora o caráter de “derrotabilidade” do sistema jurídico. O termo é de Herbert L. A. Hart (*defeasibility*), e tem como característica retratar a “*cuadad de ciertos enunciados condicionales, en los cuales su antecedente es sólo condición contribuyente del conseqüente*”.⁵⁵ Neil McCormick explica que se o Direito “tem a função de regular a coexistência social a serviço de certos objetivos e valores que são independentes da atividade de regulação”, portanto, as regras que sejam estabelecidas por tais agentes jurídicos “são sempre excepcionáveis (*defeasible*) em vista da melhor persecução desses objetivos e valores”.⁵⁶ Ou seja, há um caráter aberto tanto do sistema constitucional-administrativo como um todo (incompletude/caráter fragmentário), quanto dos princípios, que exigiriam “um processo de densificação mais intenso e, logicamente, um maior comprometimento do intérprete para que não incida em arbitrariedade”.⁵⁷ Mas é preciso reforçar: a arbitrariedade, no caso, resultaria da ação do intérprete e não do princípio normativo.

De acordo com a teorização de Hart já enunciada na década de 60, esta textura aberta se aplicaria inclusive e particularmente às regras, o que afasta a possibilidade de uma interpretação formalista: “uma regra que termina com a expressão ‘a menos que...’ é ainda uma regra”. Na realidade, aponta o autor que as regras podem admitir uma razão adequada para não serem cumpridas (ou seja, carregam uma potencial exceção implícita).⁵⁸ Para Juan Carlos Bayón esta conclusão estabelece como característica essencial

⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**; e, SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 171-215 e p. 217-245, respectivamente.

⁵⁵ RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 355.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo; Max Limonad, 2003, p. 143.

⁵⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 153.

do Direito a indeterminação, pois os conceitos jurídicos requerem um método de elucidação especial, sendo impossível o estabelecimento a priori de uma lista de condições necessárias e suficientes à sua aplicação. Os princípios, pelo seu grau de generalidade e abstração, intensificam esta característica, pois de forma contundente somente oferecem certa possibilidade de conduta nas suas condições de aplicação, mesmo diante de casos que correspondem à exata descrição normativa.⁵⁹ Neste sentido há uma ultrapassagem da perspectiva de Hart, para se considerar imputável a derrotabilidade não somente para as regras, mas para qualquer espécie normativa. Por outro lado, é preciso ressaltar que Bayón, na trilha de Hart, afirma que nem todas as regras são derrotáveis, havendo no sistema jurídico normas inderrotáveis, segundo sua natureza.⁶⁰ De todo modo, o entendimento correto do sistema passa a ser a abertura do sistema como um condicionante da “decisão a respeito da norma” e não da “norma em si”. Sendo assim, a recusa do caráter de princípio à supremacia do interesse público aparenta decorrer, ainda que inadvertidamente, da ausência de reconhecimento do caráter não-monotônico do sistema jurídico.

Bayón esclarece que a derrotabilidade é baseada na tomada em consideração do fato de que há uma potencial incompletude nos fundamentos de uma decisão. No momento em que se obtém uma resposta jurídica está presente uma quantidade de dados tanto de Direito quanto de fato que conduzem a uma “inabarcabilidade da descrição”. Conforme afirma o autor, “nossas crenças são sempre derrotáveis”, ou seja, o que está em jogo nesta situação não é a verdade, mas uma “crença justificada”. Adverte-se que esta circunstância de derrotabilidade não pode ser confundida com alguma espécie de “falibilidade” do sistema, pelo contrário, pois a premissa original continua sendo verdadeira.⁶¹ Quando se observa que o princípio da supremacia do interesse público não fornece condição objetiva de colocar-se juridicamente em uma situação de preferência ao interesse privado isso apenas significa que ele, naquela circunstância específica e ocasional, foi derrotado. Destarte, a exceção faz parte da norma da mesma maneira que as condições positivas de sua realização a partir do critério de preferência adotado; e parece ser este o fato que não é compreendido pelos teóricos que refutam a supremacia do interesse público como princípio.

A derrotabilidade pode ser intra-sistemática ou intersistemática. A primeira implica a condição de uma norma de ser “vencível” em função de outra de hierarquia superior que estabeleça uma exceção. As normas excepcionantes são sempre superiores devido à regra de prevalência sobre as excepcionadas, ainda que a hierarquização se estabeleça apenas

⁵⁹ BAYÓN, Juan Carlos. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: _____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 264.

⁶⁰ BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: _____; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 163.

⁶¹ BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** *Op. cit.*, p. 284.

no plano axiológico. A segunda congrega as variações do contexto fático, ou seja, uma norma pode ser “vencível” na medida em que sua aplicação ao caso seja só aparente, pois há outra que de forma mais razoável deve prevalecer a partir de um critério de bom senso.⁶² No entendimento de Maccormick isso significa que quando se está diante da *defeasibility* implícita não é a lei, e nem mesmo um possível precedente, que está sendo excepcionado em alusão aos respectivos direitos. “O que está sendo excepcionado (*defeated*) à luz do princípio é um pleito baseado na formulação ou interpretação particular da regra.”⁶³

João Josué W. de Mendonça, todavia, discorda desta proposição. Segundo o autor, há casos de normas “invencíveis”, quando a própria Constituição impõe tal caráter. Exemplo do caso seria o do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, que assevera ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer...”, etc. Aparentemente, a ideia do autor decorre diretamente da expressão “absoluta prioridade” (infelizmente, um raciocínio por demais simplificador); ou seja, segundo sua percepção, estaria dada a supremacia dos direitos da criança, jovem e adolescente e ponto final – e aqui não haveria que se falar em possibilidade de derrota.⁶⁴

Entretanto, o argumento não convence. Primeiramente, já se reconheceu (como antes asseverado) que são possíveis regras inderrotáveis em sua aplicação. Quanto a isso, não há divergência. Ocorre que, do ponto de vista hermenêutico, a expressão “absoluta prioridade” não consegue expressar qualquer norma em concreto. O curioso é que em relação ao específico exemplo do autor já há decisão do Supremo Tribunal Federal derrotando o artigo 227 com fundamento na discricionariedade administrativa (e, ainda que no mérito possa ser uma decisão equivocada, ao menos demonstra claramente a possibilidade hermenêutica de relativização).⁶⁵ Em segundo lugar, o autor desconsidera as diferentes dimensões (subjéctiva e objectiva) dos direitos fundamentais.⁶⁶ Em terceiro lugar, equivocava-se ao achar que a decisão a respeito da concretização de direitos implica a “supremacia” do “direito contido no texto”. Na realidade, o que importa

⁶² RODRÍGUEZ, Jorge L. *Lógica de los sistemas jurídicos*. *Op. cit.*, p. 383.

⁶³ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. *Op. cit.*, p. 327.

⁶⁴ MENDONÇA, João Josué Walmor de. *Fundamentos da supremacia do interesse público*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 194.

⁶⁵ A ementa da decisão do TJPR é esta: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEITOS COMINATÓRIOS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE ABRIGO E ELABORAÇÃO DE PROGRAMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AOS ADOLESCENTES EM REGIME DE ABRIGO. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO CONFIRMADA. 1. Em razão do princípio da discricionariedade, que rege a atividade do Executivo, este “goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas”. 2. Assim, não podendo a Administração Pública destinar imóvel, para instalação de abrigo de menores, dotando-o de recursos materiais e humanos, sem prejuízo das demais atividades municipais, improcede a ação proposta, destinada a obrigar o Município à efetivação daquela obra (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso de Apelação de Menores nº 105-9. Acórdão nº 7910. Relator Des. Accácio Cambi. Conselho da Magistratura. Julgado em 09.02.1998. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_14_4_1_1.php>. A decisão do STF pode ser visualizada a partir da seguinte referência: A BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 208.893/PR. Relator Min. Franciulli Netto. Segunda Turma. Julgado em 19.12.2003. DJ 22.03.2004. Acesso em 10 out. 2013.

⁶⁶ Sobre o assunto, remete-se à leitura do excelente texto de Daniel Wunder Hachem: HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objectiva e subjéctiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

são as “pretensão jurídicas jusfundamentais” decorrentes do direito e não o direito em si, para a análise da derrotabilidade no caso concreto.⁶⁷ Desse modo, não existem normas absolutas em tese no sentido que são hierarquicamente superiores às demais; em que pese poderão existir em concreto regras inderrotáveis pela sua própria natureza.

O princípio da supremacia do interesse público, por ser princípio, estipula um condicionante *a priori* estabelecido, mas que não traduz como, aliás, ocorre com todos os demais princípios, um caráter invencível. Dependendo do critério de preferência adotado pelo sistema, é possível imaginar a prevalência de um interesse privado sobre o público. Não obstante esta proposição exigir um pressuposto mínimo excepcional, que é justamente a correspondência do interesse privado a um direito do particular (que muitas vezes pode ser ligado a outro princípio focado no interesse privado). Mas João Josué W. De Mendonça novamente não concorda. Para o autor, no caso em que há um conflito entre o interesse público e interesse privado e teria prevalecido o privado, “não é que foi vencido, mas que o interesse público no caso alterou-se e, alterando, não deixou de ser supremo (...)”. Ou seja, nesta acepção qualquer decisão válida do administrador público, seria de interesse público ao final do processo hermenêutico.⁶⁸

Novamente equivoca-se o autor. Por certo que, de um ponto de vista genérico, claro, toda decisão de autoridade pública presume-se válida e consagrada do interesse público, mesmo quando garante o interesse privado. Nesta acepção, todavia, o princípio seria realmente irrelevante, pois só serviria para opor-se à atuações inválidas (ou seja, concretizadas em atos administrativos em desvio de finalidade). Ocorre que defender, garantir e concretizar interesses privados, pode ser de interesse público. Entretanto, é possível casos em que mesmo havendo um interesse público em jogo, ele sucumba frente a um interesse privado em concreto que esteja protegido por um direito. É de interesse da coletividade que interesses privados sejam garantidos, porém desta regra geral mesma decorre o fato de que é possível, então, que a coletividade tenha seus interesses bloqueados por interesses individuais. O processo formal de garantia deste direito privado será sempre de interesse público, mas no mérito da questão não há um transfiguração de interesse privado em interesse público sempre que a autoridade dá uma resposta ao conflito. Por isso é tão importante a distinção entre direitos e interesses.⁶⁹

⁶⁷ Novamente, para espancar a crítica do autor, basta uma leitura atenta à obra de Daniel Wunder Hachem, que de forma impecável esclarece a distinção entre “direito fundamental como um todo” e “pretensões jurídicas jusfundamentais”. Hachem sustenta com razão “que, em cada direito fundamental, algumas das pretensões dele decorrentes revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, possuindo titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise.” Cf.: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais e econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

⁶⁸ MENDONÇA, João Josué Walmor de. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. *Op. cit.*, p.192.

⁶⁹ A questão da distinção entre direitos e interesses pode ser aprofundada em: GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. **Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública**. Buenos Aires. n. 394, 2011, p. 29-39.

Por outro lado, o resultado hermenêutico de uma situação como esta depende da concepção jurídica que irá incidir no caso segundo o intérprete que analisará o pleito, tanto em nível administrativo quanto judicial. O fato é que “qualquer coisa pleiteada pode também ser refutada, mesmo que a refutação não mereça ser bem-sucedida, e possa, de fato, falhar”. Afinal, “a decisão mais cuidadosamente construída e a mais elegante justificação” podem ser simplesmente ineptas em razão do que exigirão uma reformulação da tese original ou “uma nova e talvez radical exceção a ela”. Em nenhum destes casos há motivo razoável para se supor que está negada a regra ou pressuposto geral (universal). Como conclui Maccormick “universais excepcionáveis são, contudo, ainda universais”.⁷⁰

Considerando os princípios como normas de qualidade distinta das regras, não é possível estabelecer relações absolutas de precedência.⁷¹ Na interação dos princípios as alterações no entendimento do conteúdo de um deles podem produzir reflexos na compreensão de algum ou alguns dos outros.⁷² Destaca Larenz que “o jogo concertado dos princípios significa que, no conjunto de uma regulação, não só se complementam, mas também se restringem reciprocamente.”⁷³ O reconhecimento da derrotabilidade produz a constatação de que as normas jurídicas estão sujeitas a “exceções implícitas” que não podem ser identificadas antecipadamente, mesmo genericamente.⁷⁴ O que não significa que também não possam existir exceções expressas ao princípio e nem que inexistam conflitos reais exteriores entre os princípios, em que um prevaleça em detrimento do outro. Este raciocínio possibilita que sejam colocados os fundamentos nos seus corretos eixos.

Quando Paulo Schier menciona exemplos constitucionais de supremacia do interesse público sobre o privado,⁷⁵ como o do artigo 5º, inciso XXV (requisição administrativa),⁷⁶ não ocorre um caso denotativo do princípio da supremacia do interesse público sobre um mero “interesse privado”. Trata-se de exemplo do estabelecimento formal de uma exceção constitucional que permite que o interesse público se sobreponha a “direito individual”. A exemplificação do autor se reporta à exceção, não à regra.

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. *Op. cit.*, p. 328.

⁷¹ Neste sentido, negando a hierarquia normativa entre princípios, também é a posição de Adriana Schier. Cf.: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 389.

⁷² Raciocínio este há muito reconhecido por BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. *Op. cit.*, p. 149.

⁷³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 581.

⁷⁴ BAYÓN, Juan Carlos. **Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?** *Op. cit.*, p. 295.

⁷⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 218.

⁷⁶ Artigo 5º, XXV da CF: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;”

Deve-se notar que é uma pressuposição faticamente exagerada imaginar que o interesse privado corresponderá necessariamente à inação do Estado no caso de iminente perigo público (para se referir ao exemplo do autor: o instituto da requisição).

É perfeitamente possível que seja do interesse do particular o controle deste perigo e a respectiva intervenção do Poder Público. Entretanto, se é do interesse privado ou não, isso é irrelevante, pois o fato é que o “direito do particular” estará obrigatoriamente flexibilizado. E é totalmente diferente relativizar direitos e interesses. O ordenamento e o agente público não têm como saber, *a priori*, qual será o interesse privado do proprietário. Mas o status de proprietário ou possuidor e a existência do seu direito à propriedade pré-existem e serão, indiscutivelmente, flexibilizados no caso de uma requisição, ainda que, por hipótese, o proprietário ou possuidor tenha todo o interesse em ser requisitado (por exemplo, porque no caso concreto sua perda poderia resultar num futuro direito de reparação – o que poderia lhe interessar mais do que a propriedade então requisitada).

Assim é que o princípio da supremacia do interesse público precisa ser entendido como o resultado de sua interação com outros princípios e outras regras, sem que com isso seja esquecida a relação de prioridade típica do ponto de partida da decisão. Torna-se despicienda, portanto, a ressalva de que o interesse público, para que se coloque como superior ao privado, precisa de uma norma constitucional ou infraconstitucional que assim autorize.⁷⁷ A colocação é redundante, pois em todo e qualquer caso que o Estado atue faz-se necessária uma disposição de caráter prévio e positivo no ordenamento, conforme a clássica máxima de que ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei não proibir e ao Estado é dado fazer apenas o que a lei prever (ressalvando-se, é claro, que atualmente está muito difícil saber exatamente o que significa “lei”, pois a ideia de vinculação genérica ao “Direito”, tornou este tema muito controverso).⁷⁸

O interesse público dotado de supremacia, por força de seu regime peculiar, independe da titularização de qualquer direito subjetivo a ele vinculado para prevalecer. A grande questão é que a supremacia do interesse público fundamenta-se diretamente no Direito objetivo. Quando o interesse público manifesta-se fora do regime jurídico de Direito público, então ele está em situação de equivalência ao particular. Neste caso, o ambiente é o regime jurídico de Direito privado e o interesse público para prevalecer dependerá da existência de um específico direito subjetivo a ele correspondente. Direito subjetivo este que será considerado junto ao Direito objetivo em igualdade de condições com os direitos subjetivos do particular a partir de um sistema, aí sim, de ponderação objetiva (ou seja, uma ponderação que está adstrita ao sistema jurídico).

⁷⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 217-245.

⁷⁸ MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito administrativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 197 e ss.

Autores como Patrícia Baptista, ao defenderem a inexistência de um princípio de supremacia (ainda que sob os auspícios da proposição de um dever inerente ao princípio da proporcionalidade que corresponderia à “máxima realização dos interesses envolvidos como fundamento e como fim da atividade administrativa”) acabam negando a ideia central do Direito administrativo, que é ser um regime de prerrogativas e sujeições especiais;⁷⁹ ou seja, conforme bem coloca o clássico Jean Rivero, não é por mera liberalidade do poder que a relação administrativa é especial e derogatória do Direito comum: “à diferença dos fins corresponde uma diferença dos meios”.⁸⁰ Por outro lado, como bem destaca Gustavo Assed Ferreira: “o reconhecimento de privilégios para a Administração Pública na sua atuação encontra limites insuperáveis na legalidade, bem como faz da aplicação do princípio da supremacia do interesse público não só um poder, mas também um dever do Estado”.⁸¹

Assim como Patrícia Baptista, Daniel Sarmiento e Gustavo Binembojm afirmam textualmente que o princípio da supremacia não é compatível com o da proporcionalidade.⁸² Advertem, então, que deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia do interesse público que “desobrigue o Estado de agir moderadamente, e de observar o princípio da proporcionalidade”.⁸³ A frase citada está tão correta quanto é um absoluto senso comum. Poderia, inclusive, ser continuada em termos mais específicos: “... e também deve ser descartada qualquer visão do princípio da supremacia que possibilite o Estado torturar, ameaçar e constranger os indivíduos”. A grande dificuldade será encontrar quem, atualmente, defenda o contrário (mesmo dentre aqueles menos afetos ao regime democrático).

Uma visão do princípio da supremacia que possibilitasse ao Estado agir de forma desproporcional só é válida num regime ditatorial, obviamente. Como há algum tempo foi estabelecido um regime democrático no Brasil, tais afirmações acabam sendo, em larga medida, meramente retóricas ou anacrônicas. Isso não significa que o Estado deixe de atuar, a todo instante, de forma desproporcional. Assim como o Estado brasileiro infelizmente continua a torturar, a ameaçar e a constranger indivíduos por intermédio de agentes que corrompem de forma inaceitável o exercício da função pública. Mas caberiam as seguintes perguntas: estas ações são atribuíveis ao princípio? São por ele justificáveis? Será que a atuação arbitrária da Administração Pública pode

⁷⁹ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 204.

⁸⁰ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 15.

⁸¹ FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do Interesse público sobre o Interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 445.

⁸² SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*; BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**. *Op. cit.*, p. 99 e 138, respectivamente.

⁸³ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*, p. 111.

ser evitada ao ser extirpado o princípio da supremacia do regime jurídico administrativo? Certamente que não.

Muitas críticas ao interesse público decorrem de um erro a respeito do seu entendimento. Um dos exemplos oferecidos por Sarmento dos problemas gerados pela supremacia do interesse público é tão paradoxal quanto equivocado. Afirma o autor que pode perfeitamente o Estado colocar um quebra-molas numa rodovia com o objetivo de reduzir a velocidade dos veículos e prevenir atropelamentos (situação em que o interesse privado do motorista, naturalmente, não pode prevalecer ao interesse público, pois não existe qualquer espécie de direito que lhe proteja); no entanto, caso o Estado colocasse uma quantidade exagerada de quebra-molas, para além do necessário e prejudicando o trânsito, então o interesse público não deveria prevalecer por estar afrontando a proporcionalidade (esta é a conclusão do autor).⁸⁴

A pergunta que fica é: “*onde está o interesse público de se colocar uma quantidade exagerada de quebra-molas a ponto de prejudicar o trânsito?*” Será que realmente o caso fornece um exemplo de aplicação da proporcionalidade? Parece que não, pois o abuso de poder se dá tanto por desvio de finalidade, quanto por excesso, segundo a clássica, tradicional e corriqueira doutrina do Direito administrativo. E não há interesse público em caso de abuso, mas sim uma patologia passível de nulificação.⁸⁵ Não há novidade alguma neste raciocínio em termos da teoria do Direito constitucional ou administrativo. Héctor Jorge Escola, por exemplo, tratou especificamente do assunto quando implicou a própria existência do interesse público aos deveres de razoabilidade, boa-fé e proibição do excesso.⁸⁶ Mas as teorias inerentes ao controle do excesso são muito mais antigas, datando do final do século XIX e início do XX, na França, na Itália e na Alemanha.⁸⁷ Do ponto de vista interno ao assunto, referir-se à necessidade de proporcionalidade acaba sendo no máximo uma “nova retórica”, sem qualquer significativa incrementação em termos de teoria jurídica.

O simples fato de o princípio da supremacia ser usado como argumento (ou álibi) de certos atos arbitrários não significa de modo algum a deturpação de sua essência ou sua força ética e normativa. O problema não é do princípio, mas de sua aplicação

⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*, p. 110.

⁸⁵ Conforme destaca Manoel de Oliveira Franco Sobrinho: “No excesso, respeitada a finalidade, o querer administrativo vai além do que o previsto, resultando em autoritarismo ou arbítrio na atuação”. Cf.: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 211.

⁸⁶ Em resumo assim aduziu o autor: “*la adecuada aplicación de la teoría del interés público sirve para garantizar la corrección integral de los actos de la administración, en una esfera tan proclive a los excesos, como es la que se refiere al ejercicio del poder discrecional, poder que debe ser reconocido como necesario y conveniente, cuando concurre a posibilitar tales fines de interés público, y que debe ser invalidado cuando, so color de tal discrecionalidad, se dirige a pretender finalidades que no son de interés público, o que no guardan una razonable relación con este.*” Cf.: ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. *Op. cit.*, p. 62.

⁸⁷ Um verticalizado exame do assunto (um dos mais precoces do Direito administrativo típico do século XX), com indicação de farta doutrina, pode ser encontrado no Curso de Zanobini. Cf.: ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, v. 1, 1936.

prática.⁸⁸ Se os operadores do Direito fossem romper com cada princípio, regra ou direito mal utilizado, ou cujo sentido foi desviado no Brasil, muito rapidamente decorreria uma anomia jurídica. A grande questão que se coloca na práxis jurídico-política contemporânea é saber o motivo pelo qual, apesar da realidade acima indicada, há pouca preocupação com os demais conceitos e princípios que também possibilitam a sua má utilização pelos agentes públicos. Não é a mesma a preocupação doutrinária com o princípio da publicidade, por exemplo; é como se ele fosse muito menos “maléfico” que o da supremacia do interesse público. Parte considerável da doutrina jurídica, da imprensa, das instituições empresariais e da comunidade em geral tem fortes receios quanto ao interesse público, mas é bastante condescendente com outros princípios e conceitos (o que é correto, pois a culpa não é dos conceitos nem dos princípios, mas dos atos indevidos neles alegadamente baseados).

Mas resta a pergunta: por que no caso do interesse público não há esta condescendência? A resposta não é simples, embora evidencie a própria história cultural nacional inserida em um peculiar momento. Ou seja, a confusão entre a esfera do ser e a do dever ser é uma decorrência de três fatores: 1. a existência de uma tradição autoritária e personalista no país; 2. a recorrência de casos de atuação dos agentes públicos de forma ineficiente ou imbuídos de má-fé; 3. a presença contemporânea de uma mentalidade pós-moderna que exalta as vantagens do liberalismo e da valorização dos interesses particulares (em geral hedonistas) do indivíduo.

4. A CONTRAPOSIÇÃO ENTRE UMA VISÃO SUBSIDIÁRIA (PAUTADA NA AUTONOMIA PRIVADA) E UMA VISÃO SOCIAL (PAUTADA NO INTERESSE PÚBLICO) DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

É com base na necessidade de garantir autonomia aos serem humanos e, portanto, proteger a capacidade individual de indicação e de consideração dos interesses privados a ela inerentes que se desenvolveu uma posição subsidiária da coletividade na definição do bem público. A origem desta ideia remonta à antiguidade quando, paradoxalmente, é aplicada apenas na relação de “Estados” em face de outros “Estados”, pois a autonomia pessoal não existe neste período; é apenas uma “metáfora política”. Neste contexto, trata-se de uma noção que acaba por ser um instrumento político de integração. A própria palavra “autonomia” significa uma “liberdade interdependente”, distinguindo-se, portanto, da “eleutheria”, que denota uma liberdade na total independência.⁸⁹ Dessa forma, vê-se que a autonomia não significa soberania, mas a garantia

⁸⁸ Como bem salienta a professora Alice Gonzalez Borges. Cf.: BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte: Fórum, n° 01, abr./jun., 2003, p. 57.

⁸⁹ AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. *Revista da Universidade dos Açores*: Ponta Delgada, 1995, p.126.

de respeito ao interesse próprio no âmbito da comunidade maior, o que é conseguido pela participação, em igualdade, nos processos de tomada de decisão.⁹⁰ Ao contrário do viés atual, a noção também se refere a uma forma especial de “integração do homem na sociedade”. A autonomia de base subsidiária, ou porque não dizer a subsidiariedade de base autônômica, pode retratar uma garantia de autocontrole da vida econômica e política, porém sempre dentro do contexto de uma entidade superior.

Entretanto, atualmente, a noção de subsidiariedade como condicionante das escolhas públicas possui inspiração diferente (influenciada tanto por correntes jusnaturalistas religiosas quanto pelo liberalismo pós-absolutista). Particularmente importante no estudo desta questão é a doutrina de São Tomas de Aquino quando sustenta que autonomia é um bem que só pode receber a intervenção do poder em caso de necessidade e, por conseqüência, deve ser adotada uma postura restritiva quanto ao Estado. Na realidade, a teoria do pensador, como é típico da doutrina social da Igreja, denota vários pontos paradoxais, quando não contraditórios, por exemplo, ao afirmar que o bem das partes necessariamente deve se subordinar ao bem do todo. Se por um lado deveria caber ao governo a promoção da perfeição da sociedade, por outro, a ele não caberia salvar a sociedade de toda corrupção e maldade que são típicas do próprio exercício da liberdade. Afinal, a providência não impediu o ser humano de ser mal; optou por garantir-lhe o livre arbítrio.⁹¹

O conceito atual de autonomia é forjado a partir da presença de algumas características básicas, tais como: autogoverno, auto-direção, construção da identidade própria, livre capacidade de formulação e execução dos próprios projetos e proteção da individualidade.⁹² Todavia, a autonomia, na sua base, é uma noção vazia. Uma pessoa que se pretendesse autônoma não seria realmente uma pessoa, mas um mero indivíduo.⁹³ Desse modo, o exercício da autonomia depende da realização do interesse público a partir de uma base comunitária. E como aponta Héctor Jorge Escola, esta base comunitária não retrata apenas a soma das posições individuais, ou a posição de uma maioria interessada. O interesse público afirma de forma idêntica o respeito às minorias, a partir de um sentimento de solidariedade e integração social. Por este motivo é que o interesse em um regime autoritário jamais será realmente público.⁹⁴

A autonomia pressupõe a integração a uma comunidade, porém resguarda-se dela, em um processo centrípeto de proteção. E é neste ponto que pode ser tomada

⁹⁰ Sobre a noção de soberania na perspectiva do Estado Constitucional: CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

⁹¹ MARTINS, Margarida Salema d’Oliveira. *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 44-46.

⁹² AMARAL, Carlos Pacheco. *Autonomia*. *Op. cit.*, p. 151.

⁹³ AMARAL, Carlos Pacheco. *Autonomia*. *Op. cit.*, p. 122.

⁹⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interes público como fundamento del derecho administrativo*. *Op. cit.*, p. 240-241.

como o fundamento filosófico para o critério de subsidiariedade; um critério antitético ao que se pode chamar de Direito Administrativo típico do Estado social, pois se presta justamente ao atendimento de princípios do Direito privado ou, ainda, de um modelo de Estado que seja fundamentalmente liberal e que, portanto, não prescreve a intervenção estatal na sociedade como meio de promoção de transformações sociais a partir de uma agenda estabelecida juridicamente.

De modo inverso, a idéia de supremacia do interesse público encontra-se em perfeita consonância com o modelo social de Estado; mesmo considerando a sua fluidez no contexto pós-moderno, como denuncia Luis Manuel Fonseca Pires.⁹⁵ Isso porque, para além de não contrapor a autonomia privada (pois se trata de um Estado democrático e capitalista), não restringe sua atuação como se fosse uma entidade meramente suplementar. O Estado social é tão protagonista da história quanto a sociedade civil. Por este motivo, concorda-se com Marçal Justen Filho, quando o autor propõe que “o conceito de interesse público não se constrói a partir da impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da impossibilidade ética de deixar de atendê-los”.⁹⁶ Tal conclusão contraria totalmente qualquer possibilidade de casamento entre prevalência do interesse público e a subsidiariedade de base autonômica, como já esclareceu também André Luiz Freire.⁹⁷ Há que se adotar um ou outro para o escopo de justificar os fins do Estado social. Nestes termos, adotar ou não a subsidiariedade não retrata apenas uma posição ideológica, mas sim uma conclusão jurídico-dogmática. A posição ideológica é anterior: desejar ou não um Estado social.⁹⁸

A questão é que, no Brasil, a escolha já foi feita pelo constituinte e está consagrada na Constituição Federal de 1988. É possível discordar-se de tal decisão (afinal, há aqueles que defendem valores opostos), mas não parece razoável negar a existência de tal regime jurídico constitucional. A partir desta conclusão, Daniel Wunder Hachem elabora uma classificação entre diferentes modelos substanciais de Direito Administrativo, ressaltando a sua adesão à corrente do que passa a denominar de “Direito Administrativo Social”⁹⁹:

⁹⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós-modernidade e o interesse público líquido. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-144, abr./jun. 2013.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 124.

⁹⁷ FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 147-162, jan./mar. 2010.

⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

⁹⁹ Defendendo também um Direito Administrativo com essas características: BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015; RODRÍGUEZ-ARANA

*“Essa corrente — aqui batizada de Direito Administrativo social — preocupa-se justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do Direito Administrativo legalista anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do Direito Administrativo individualista, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao Direito Administrativo neoliberal, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário.”*¹⁰⁰

Entretanto, esta análise apurada nem sempre é feita pelos pensadores do assunto, que têm primado por uma visão “romântica” deste pseudo-princípio: a subsidiariedade.¹⁰¹ E, em assim sendo, acabam filiando-se a um Direito Administrativo Individualista ou a um Neoliberal, nem sempre de forma consciente – embora, em alguns casos seja uma assumida opção ideológica com pretensões normativas.

Em um ambiente pós-moderno tornou-se esteticamente mais interessante defender pressupostos subsidiários (em valorização ao aspecto individual da vida) do que os relativos ao interesse público (cuja valorização é do aspecto coletivo). Notadamente no Brasil da segunda metade do século XXI, a desconfiança da possibilidade de atuação dos poderes públicos em benefício da coletividade faz do Estado um verdadeiro “inimigo da nação” (a questão da corrupção no espaço público está no centro deste problema).

Os argumentos contra a supremacia do interesse público desenvolvidos neste *locus* pós-moderno ou se equivocam em termos lógicos (ao confundir direitos e interesses) ou “argumentam pleonasticamente” (ao propor que o interesse público deve respeitar os direitos fundamentais; que não pode afrontar a proporcionalidade; e que não pode sobrepor-se às demais normas constitucionais). Mas alguns autores efetivamente vão além: discordam da própria idéia de que o interesse público deva ser

MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

¹⁰⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 149.

¹⁰¹ Mais detalhes sobre a oposição à existência da subsidiariedade como princípio podem ser encontrados em: GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. *Op. cit.*

valorizado. A tendência é de que a autonomia justifique o interesse privado para o fim de poder contrapor o interesse público. É o caso de Humberto Ávila, quando assevera que se houvesse alguma regra de precedência (o que afirma que não há), seria em favor dos interesses privados, pois “faltam fundamentos jurídico-políticos de validade” para o princípio da supremacia do interesse público. Para o autor, “o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público”. O difícil é acreditar que esta conclusão do autor decorre do seu reconhecimento da premissa de que “a Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã”.¹⁰²

A pergunta que fica é: *como seria possível extrair uma noção válida de cidadania a partir do interesse privado predominando sobre o interesse público?* De há muito a sociologia política reconhece que “o indivíduo é o pior inimigo do cidadão”. O cidadão adota como postura ética buscar seu bem-estar mediante o bem-estar da cidade; o indivíduo é cético em relação à causa comum. Para o indivíduo não há sentido em “interesses comuns” senão o de permitir que a autonomia privada satisfaça suas próprias necessidades, em razão do que não lhe parece justo imaginar qualquer motivo para que o interesse público prevaleça sobre o privado. Reacomodar o sujeito autônomo no corpo republicano dos cidadãos não é tarefa fácil.¹⁰³

Na realidade, a tese apresentada está muito mais próxima da perspectiva de um Estado subsidiário do que de um Estado social. Daniel Sarmiento reconhece esta tendência, encampando expressamente a tese da “primazia dos indivíduos sobre a sociedade e o Estado” de autores que intitula como “libertários” (Friedrich von Hayek, Milton e Rose Friedman e Robert Nozick).¹⁰⁴ Trata-se justamente da tese liberal que demoniza o Estado, estabelece uma separação rígida entre o sujeito e a sociedade em que está inserido e acaba por exaltar os valores econômicos da vida. Contudo, não é este modelo o previsto pela Constituição em vigor, que garante expressamente uma República social, ainda que no plano das mentalidades seja clara a tendência de subordinar a dimensão pública à primazia das necessidades e expectativas individuais, sendo os valores decorrentes destes interesses que passam a legitimar o sistema.¹⁰⁵

¹⁰² ÁVILA, Humberto. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. *Op. cit.*, p. 187.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁴ Embora reconheça que tais autores vão muito além da defesa de um Estado mínimo, inclusive preterindo o reconhecimento efetivo dos direitos fundamentais (com o que o autor não concorda). Cf. SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional**. *Op. cit.*, p. 69. A escolha do termo “libertários” também não é uma peculiaridade do autor, mas de uso comum na doutrina. Cf.: GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2004, p. 685.

¹⁰⁵ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; _____. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

Esta forma de crença jurídico-política típica da mentalidade pós-moderna acaba por propiciar exemplos práticos de desvalorização da coletividade. Alexandre Santos Aragão expõe de forma coerente sua opção ideológica quando defende a refutação do que entende ser um “argumento não-institucional” ou “subjetivista” na interpretação do Direito. É ilustrativo que o autor elogie decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos que rejeitou a recorrência à proteção da “saúde pública”, pois este seria um argumento “não-institucional”.¹⁰⁶ Verificando esta mesma decisão citada pelo autor, é possível observar que o fundamento prestigiado pelo intérprete (em detrimento da “subjetivista saúde pública”) foi a “justiça das trocas comerciais”. Por certo o autor deve entender, então, que a “justiça nas trocas comerciais” é um argumento válido e “institucional” ou “não-subjetivista”, mas que a “saúde pública” não é.

Na realidade, o que o autor faz é estabelecer um juízo de valor; ou seja, aponta para um critério de preferência – o que é perfeitamente legítimo (embora de discutível constitucionalidade). O problema, então, decorre não de sua opção hermenêutica, mas da pretensa neutralidade do argumento científico; neutralidade esta que é recorrente quando se trata de fundamentar a subsidiariedade e que novamente é colocada em xeque quando o autor, nas suas conclusões sobre o caso, afirma ainda preferir a “segurança dos cidadãos e investidores” à “saúde pública” e outros “argumentos não-institucionais”.¹⁰⁷ Resta a dúvida sobre qual seria o critério para o entendimento sobre o que seria institucional e o que não seria. Não há dúvida que no caso, o argumento prioritário é de índole ideológica.

Veja-se que para esta perspectiva a defesa de valores coletivos tende a ser sempre reservada ao espaço da subjetividade ou da irracionalidade, enquanto a defesa dos valores individuais é elevada à condição de perfeita harmonia com a razão e com a objetividade das instituições. Esta forma de ver o mundo não é nova e tende a emergir sempre que o espaço político está fragilizado, seja pela força do poder econômico, seja pela própria ineficiência ou ilegitimidade do poder público institucionalizado. Trata-se de uma interpretação axiológica típica da teoria econômica dominante, que “utiliza energicamente o pressuposto da procura vigorosa do interesse próprio”.¹⁰⁸

Do ponto de vista jurídico não é essa a proposta axiológico-normativa da Constituição brasileira e que sustenta uma visão efetivamente pautada por uma cidadania republicana. Não é nenhuma novidade que o mercado auto-regulado não apresenta nem as condições de eficiência proclamadas pela economia clássica, muito menos as de justiça. A conquista do interesse público requer a presença de medidas corretivas

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁷ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁸ HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 13.

por meio de políticas públicas que têm absoluta correspondência com os direitos individuais (como é o caso da saúde pública).¹⁰⁹

Alguns teóricos aparentemente recusam o fato de que o interesse público está muito mais conectado aos direitos de todo tipo que o interesse privado, pois este último é totalmente descompromissado. O interesse privado pode se referir a direitos, mas esta possibilidade é extrínseca. Ao contrário, a proteção de direitos é interna à essência do interesse público, sob pena de sua desnaturação. Para o interesse público o respeito aos direitos é uma condição necessária; para o interesse privado é apenas uma consequência possível.

O princípio da supremacia do interesse público a partir de uma perspectiva constitucionalizada deve possuir diferentes níveis de significação, dentre os quais necessita reconhecer que: 1. a atuação do Estado deve se ocupar não só do bem-estar dos indivíduos atuais, mas também das gerações posteriores; 2. o interesse público tem que relevar não somente interesses nacionais, mas também os que ultrapassam esta esfera, considerando a humanidade como um todo.¹¹⁰ Ademais, “um dos fatores fundamentais favoráveis ao sucesso de uma democracia é um público imbuído de interesse público”.¹¹¹ Logo, não basta um reconhecimento eminentemente jurídico se não existe um “lastro social” que dê respaldo à existência de um interesse público formalmente estabelecido.

Como pondera C. W. Cassinelli, “a palavra público significa que o valor ético no padrão do interesse público se aplica a todo membro da comunidade política: é um valor que deve ser distinguido de algo vantajoso para uma pessoa e desvantajoso para outra”.¹¹² Este seria o que Marçal Justen Filho chama de caráter “transcendental” do interesse público, vinculado que é à dignidade humana nos seus aspectos da integridade e isonomia mediante uma construção que não é natural, mas sim histórica.¹¹³

Segundo Orlando Gomes as ações humanas são motivadas por necessidades e objetivos. Interesses que quando universalizados muitas vezes transformam-se em valores que necessitam ser reordenados numa comunidade em desenvolvimento. Não se ignora que as mudanças de caráter institucional concorrem para a evolução do sistema de valores. Por outro lado, deve-se reconhecer que “a aceitação de novos valores influi na estrutura institucional”. Da análise desta relação simbiótica, torna-se muito mais aceitável “a tese dos que defendem o primado das inovações institucionais”.¹¹⁴

¹⁰⁹ MUSGRAVE, R. A. O interesse público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 115.

¹¹⁰ COLM, Gerhard. **Interesse público: chave essencial da política pública**. *Op. cit.*, p. 124.

¹¹¹ GRIFFITH, Ernest S. **Os fundamentos éticos do interesse público**. *Op. cit.*, p. 31.

¹¹² CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. *Op. cit.*, p. 56.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 126.

¹¹⁴ GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961, p. 33.

Esta posição parte do pressuposto que os homens é que escolhem o seu caminho e ao caminharem não podem estar sozinhos.

O equilíbrio entre o público e o privado, entre a sociedade e o Estado, e entre o indivíduo e a coletividade está na colocação de diferentes pesos em todos os lados. Ao tempo em que resta claro que o interesse público deve ser predominante ao privado, também deve ser reconhecido que os direitos individuais, especialmente os fundamentais, estabelecem uma barreira importante para a atuação do Poder Público; o que não evita, por certo, a existência de casos concretos difíceis. Para estes cabe a ponderação jurídica (objetiva e dentro do sistema), que consiste numa maneira perfeitamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, inibindo qualquer tentativa de, pela negativa de sua incidência, ser preconizado o interesse privado.

Do resultado de um conflito entre o princípio da supremacia e outro princípio protegido pelo Direito (como a própria autonomia privada – em casos resolvidos fora do Direito público) pode ser que duas situações ocorram: 1) a supremacia prevaleça; e 2) a supremacia não prevaleça e neste caso a questão resolve-se com base na igualdade de interesses, ou seja, são admissíveis duas sub-hipóteses: 2.a) a de que ocorra a prevalência do interesse público, no caso concreto (não por uma questão de princípio, mas de resolução pragmática da controvérsia – *a posteriori*); 2.b) a de que ocorra a prevalência do interesse privado no caso concreto (também não porque se admita qualquer precedência em abstrato da autonomia privada, mas porque seria adequada a adoção desta precedência de forma tópica). A resolução do conflito de primeira ordem se resolve pela ponderação; no de segunda ordem, pela proporcionalidade. E é bom que se reforce: nas duas análises, se está utilizando de critérios objetivos, como ressalta Daniel Sarmiento.

É preciso ainda ressaltar que somente se chegará a esta solução hermenêutica em caso da inexistência de limites imanescentes, pois há situações que serão resolvidas pela própria essência do princípio, que já implica a permissão ou a proibição de algumas condutas (e neste caso não haveria que se falar em conflito externo).¹¹⁵ O complicado nestas situações é estabelecer exatamente qual o sentido prático dos casos implicitamente resolvidos, principalmente em face do risco de ser efetuada uma interpretação que não consiga diferenciar a moral subjetiva pessoal da moral objetiva, esta sim, consagrada constitucionalmente.

Por exemplo, o jurista português José Carlos Vieira de Andrade, ao tratar das “limitações imanescentes implícitas” cita alguns exemplos de interesses que seriam obviamente vedados. Interesses estes que nem mesmo entrariam em conflito com outro princípio ou direito subjetivo. Seriam eles: a) invocar a liberdade de expressão para injuriar as pessoas; b) invocar a condição de preso político para membros de grupos

¹¹⁵ Sobre o assunto ver: SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 96 e 101.

terroristas; c) invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos; d) invocar o direito de educar os filhos para poder espancá-los; e finalmente: e) invocar o direito de casamento para contrair matrimônio com pessoas do mesmo sexo.¹¹⁶ Pelo que se vê, para o autor, o potencial lesivo do casamento entre pessoas do mesmo sexo assemelha-se ao reconhecimento de terroristas, à legitimação da injúria, à realização de sacrifícios humanos e ao espancamento dos filhos.

Posição com a qual não se pode concordar. A situação do casamento diferenciava-se dos demais casos por uma razão ética e política. Ou ainda, a questão exigiria uma análise externa, em que seria aplicada uma ponderação entre direitos subjetivos e princípios constitucionais, como o da igualdade e o da dignidade (mesmo que fosse para chegar à conclusão de que o direito deveria ser negado). Para não se alongar sobre o assunto, remete-se às considerações juridicamente mais sensatas de Paulo Ferreira da Cunha, quando analisa o assunto a partir da decisão do Tribunal de Relação de Lisboa que resolveu a questão mediante a aplicação do princípio da razoabilidade.¹¹⁷

É interessante como a autonomia pode possuir sentidos distintos. As teses de defesa da predominância da autonomia individual, fundadas em uma perspectiva em geral jusnaturalista da vida, ao ignorar a base do princípio republicano, incorporam a tendência de prestigiar os meios privados como garantia dos seus interesses. Todavia, esquecem-se que “a liberdade pessoal só pode ser produto do trabalho coletivo”.¹¹⁸ E desta forma, negando a atuação interventiva do Estado, muitas vezes propugnam por uma proteção de sua autonomia e liberdade de exercício de direitos ainda que mediante a negação da autonomia de outras pessoas. Neste contexto, são prestigiadas soluções valorizadoras de um espírito privado egoístico em detrimento de um espírito público solidarístico. E tal perspectiva é obviamente contra as dimensões típicas de um Estado social.¹¹⁹

Vários autores propõem que a subsidiariedade é uma idéia vinculada ao “modo-de-vida social”, radicando-se “na referência a uma sociedade não construída pelo Estado, mas que se constitui livremente por impulso natural do homem”.¹²⁰ O passado

¹¹⁶ Foram citados apenas alguns dos exemplos do autor; ainda são mencionados outros, tais como invocar a liberdade de circulação para andar pelado. Cf.: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 294.

¹¹⁷ No acórdão exarado no processo 6284/06, julgado em 15 de fevereiro de 2007, o Tribunal entendeu que embora não sendo casamento, as uniões de pessoas do mesmo sexo também consistem em uma forma de união familiar. Cf.: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58-60.

¹¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 15.

¹¹⁹ É possível extrair da obra de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz que as principais dimensões do Estado social seriam: 1. Tomar a igualdade material como finalidade da intervenção pública, notadamente mediante a adoção de mecanismos de proteção dos grupos vulneráveis; 2. Promover uma auto-responsabilização pelo atendimento das necessidades das pessoas que dele dependem; 3. Garantir um governo democrático e participativo na tomada de decisões interventivas; 4. Atribuir à Administração Pública o protagonismo na consecução dos direitos sociais; 5. Manter um compromisso com o bem estar do povo a partir da noção de dignidade humana. Cf.: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.

¹²⁰ MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. *Op. cit.*, p. 26.

prova o contrário e no presente não parece que o homem tenha encontrado melhor alternativa. Não é sem razão que salienta Luis Roberto Barroso: “O Estado ainda é o protagonista da história da humanidade”.¹²¹

5 REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1949
- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966.
- AMARAL, Carlos Pacheco. Autonomia: uma aproximação na perspectiva da filosofia social e política. **Revista da Universidade dos Açores**: Ponta Delgada, 1995.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. Saraiva, 2008.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 2. ed. São Paulo; Max Limonad, 2003.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.
- BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzler. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. In: _____.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69.

BAYÓN, Juan Carlos. Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? In: _____.; RODRÍGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. Moralidade Administrativa: evolução e conceito. In: BACCELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, nº 01, abr./jun., 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

CASSINELLI, C. W. O interesse público na ética pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

COLM, Gerhard. O interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos da república e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del Derecho (público y privado)**. Tradução de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta S. R. L., 2001.

DUGUIT, León. **Manual de Derecho constitucional**. Tradução de José G. Acuña. Granada: Comares, 2005.

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

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do Interesse público sobre o Interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREIRE, André Luiz. A crise financeira e o papel do estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 147-162, jan./mar. 2010.

FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. **Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública**. Buenos Aires. n. 394, 2011.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida. O princípio com fundamento no desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. In: MARQUES NETO, Floriano de A.; ALMEIDA, Fernando D. M. de; NOHARA, Irene; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

GIANNINI, Massimo Severo. **Istituzioni di Diritto amministrativo**. 2. ed., Milano: Giuffrè, 2000.

GNASSOUNOU, Bruno. A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos. In: CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Orgs.). **História argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito e desenvolvimento**. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1961.

HACHEM, Daniel Wunder. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais e econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do Interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HAURIOU, Maurice. **Princípios de Derecho Público y constitucional**. Tradução de Carlos Ruiz de Castillho. Granada: Editorial Comares, 2003.

HIRSCHMAN, Albert O. **As paixões e os interesses: argumentos a favor do capitalismo antes do seu triunfo**. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. Rio de Janeiro: Record, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, nº 26, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 2 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1958.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo Alemán**. 2. ed. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1982.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, João Josué Walmor de. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito administrativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MUSGRAVE, R. A. O interesse público: eficiência na criação e manutenção do bem-estar material. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 220, abr./jun. 2000, p. 70.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. (Org.). **O interesse público**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1996.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Regulação, fiscalização, sanção: fundamentos e requisitos da delegação do exercício do poder de polícia administrativa a particulares**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

PIRES, Luis Manuel Fonseca. A pós-modernidade e o interesse público líquido. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 133-144, abr./jun. 2013.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 01, n. 4, p. 89-105, set./dez. 2000.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRÍGUEZ, Jorge L. **Lógica de los sistemas jurídicos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do Interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n° 01, 2003.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos jurídicos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

WALINE, Michel. **Traité Élémentaire de droit administratif**. 6. ed., Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1950.

WEBER, Max. **Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva**. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. 4 ed., México : Fondo de Cultura Económica, 1996.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: Giufrè, v. 1, 1936.

ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; _____. (Orgs.). **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.