

# INTERESSES PÚBLICOS VERSUS INTERESSES PRIVADOS – DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA BRASILEIRA

Fabíola Samara Brito Correia<sup>1</sup>

Sumário: I – Introdução. II – Duas versões para a gênese do Direito Administrativo. III – A constitucionalização do Direito Administrativo. IV – O princípio da Supremacia do Interesse público sobre o privado. As divergências na doutrina. V – Considerações finais. VI – Referências.



## INTRODUÇÃO

O princípio da supremacia do interesse público tem sofrido duras críticas de uma parte da doutrina brasileira atualmente. Alegam esses novos publicistas que o referido princípio não se coaduna com a Constituição de 1988, uma Carta cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana, e que tem como núcleo central a proteção e promoção dos direitos fundamentais. Desse modo, alega-se que o princípio da supremacia do interesse público fere os direitos fundamentais porque significa considerar, *a priori*, a prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

O presente estudo versa sobre a controvérsia existente

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídico-políticas pela Faculdade Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso – Brasil (FESMP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – Brasil (UFMT). Advogada.

acerca da manutenção no ordenamento jurídico brasileiro do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A doutrina divide-se entre aqueles que entendem que tudo deve permanecer como sempre foi, uma vez que tal princípio faz parte de um conjunto de colunas que sustentam o próprio sistema do Direito administrativo brasileiro.

Outros, por sua vez, apontam para uma reconstrução do referido princípio antes que sua simples destruição ou retirada do ordenamento brasileiro. Ante a movimentos como a constitucionalização do Direito ou, princípios sagrados do Direito administrativo mereceriam assim uma releitura.

Por sua vez, uma terceira corrente levanta a tese de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado está na contramão da proteção aos direitos fundamentais e da expansão da jurisdição constitucional, ao mascarar práticas imorais e ilícitas por parte da Administração pública.

Para abordar tal temática será indispensável adentrar-se ao conceito de interesse público e de interesse privado, todavia, tão e somente na medida necessária para o entendimento da discussão supra mencionada. O conceito de interesse público é um dos temas mais arenosos e fascinantes do estudo do Direito, o que por si só demandaria espaço próprio e mais alargado do que o presente excerto.

Cumprido dizer que a investigação centra-se nos debates doutrinários brasileiros acerca do princípio em causa. A uma doutrina, que se chamou clássica, entende o princípio da supremacia do interesse público como coluna do próprio Estado de Direito. Outra, a que se chamou doutrina crítica ou moderna, percebe perigo na adoção do referido princípio pelas razões que serão aduzidas no trabalho. Tratou-se, assim, de mostrar os argumentos doutrinários favoráveis e contrários ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Pretende-se, portanto, apresentar a relevante discussão acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o

privado e desvendar quais são os argumentos favoráveis e contrários a manutenção do referido princípio no ordenamento brasileiro.

Nesse diapasão, foram analisadas obras de autores mais consolidados, a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e também de novos publicistas, como Emerson Gabardo, Gustavo Binbenjlm entre outros.

Sobretudo às vésperas de uma Copa do mundo no Brasil, a emergência de uma reflexão sobre a postura da Administração pública ante a esse grande acontecimento é incontestável, o que perpassa, naturalmente, pelo olhar a princípios do Direito Administrativo que vivenciam claramente um momento de releitura, a exemplo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

## 1 DUAS VERSÕES PARA A GÊNESE DO DIREITO ADMINISTRATIVO – INTERESSE PÚBLICO E LIMITAÇÃO DE PODER

O entendimento acerca do conceito jurídico de interesse público pode ser colhido nas lições do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Trata-se de conceito jurídico indeterminado, dúctil talvez, o que não impede uma aproximação ao seu conteúdo.

O interesse público é o interesse do todo, do próprio conjunto social, mas não em contraposição ao interesse das partes, senão na manifestação qualificada de seus interesses. Nesse diapasão, é possível que haja um interesse público em choque com determinado interesse individual, mas nunca com os interesses de cada membro da sociedade. Pode-se concluir, na esteira de Bandeira de Mello, que há íntima relação entre interesses públicos e interesses individuais<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 59-60.

Para o eminente publicista, o interesse público reflete justamente a dimensão pública dos interesses individuais, eis porque o define como “conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>3</sup>.

Diante destas afirmações, o autor adverte, em sequência, que não existe necessária coincidência entre interesse público e interesses do Estado. Este, tratando-se de pessoa jurídica, pode possuir interesses atinentes à sua condição particular. Assim, o Estado é encarregado da promoção de interesses públicos, porém ele mesmo possui seus próprios interesses enquanto pessoa jurídica. A esses direitos concernentes à individualidade estatal, a doutrina italiana já consolidou em nomear interesses secundários ou, como se convencionou chamar na doutrina brasileira, interesses públicos secundários.

Atente-se, ainda, para o fato de que estes interesses secundários só poderão ser defendidos pelo Estado quando não se contrastarem com os interesses públicos propriamente ditos, uma vez que é tarefa do Estado a realização dos interesses públicos<sup>4</sup>.

Bandeira de Mello<sup>5</sup> também adverte que o conceito ora proposto carece da individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos, o que deve ser buscado no direito positivo.

Em posição intermediária no que toca às críticas ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, Luis Roberto Barroso<sup>6</sup> anota a importância da distinção entre

---

<sup>3</sup> Idem, p. 61.

<sup>4</sup> Idem, p. 66.

<sup>5</sup> MELLO, op. cit., p. 67.

<sup>6</sup> BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. xiii e ss.

interesse público primário e interesse público secundário.

Para o autor, o interesse público primário desfruta de supremacia constitucional e é a própria razão de ser do Estado, consubstanciando-se nos fins que a este cabe promover, quais sejam, a justiça, a segurança e o bem-estar social. O interesse público secundário, por sua vez, identifica-se com o da pessoa jurídica de direito público em dada relação jurídica, e pode também igualar-se com o interesse do erário. Desse modo, jamais poderá gozar de supremacia *a priori* face ao interesse particular.

O Direito administrativo surgiu como disciplina que buscou conter o poder arbitrário do Estado. Nas lições de Bandeira de Mello<sup>7</sup>, o que hoje se conhece por Direito administrativo originou-se na França, construído pela jurisprudência do Conselho de Estado. Através deste órgão foram criadas regras e princípios gerais de direito que disciplinaram a conduta soberana do Estado e sua relação com os particulares, uma vez que, precedido por uma Monarquia Absolutista, só o que havia de legislado dizia respeito à relação entre particulares.

Isto não quer dizer que não existiam normas administrativas antes deste período, mas estas se enquadravam dentro do Direito civil, como todas as demais. Para Di Pietro<sup>8</sup>, o Direito Administrativo, como ramo autônomo, surgiu com o advento do Estado de Direito, sob as luzes do princípio da legalidade e da separação de poderes, nos fins do século XVIII, e início do século XIX. Por isso, há doutrina que afirma ser o Direito administrativo fruto das Revoluções que fizeram a passagem do regime absolutista para o Estado de Direito, ou mesmo um resultado singular da Revolução francesa, sendo percebido apenas nos países que adotaram seus preceitos.

---

<sup>7</sup> MELLO, op.cit., p. 39.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

Na realidade, o Direito administrativo teve origem e desenvolvimento diferentes em alguns países, a exemplo do sistema anglo-americano. O conteúdo do Direito administrativo varia conforme o tipo de Estado em que se encontra, a exemplo das diferenças entre o Estado de Polícia e o Estado de Bem-estar. Para a autora, importa anotar a contribuição do direito francês, do direito alemão e do direito italiano para a formação do ramo ora analisado.

Em consonância com Bandeira de Mello, Di Pietro<sup>9</sup> anota que a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII, que organizou juridicamente a Administração pública francesa é apontada como marco inicial do Direito administrativo. Foi pela elaboração da jurisprudência do Conselho de Estado francês que se construiu, portanto, o Direito administrativo. Tratou-se da desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes do Antigo Regime, que serviu como base para o nascimento, naquele país, da jurisdição administrativa.

Inicialmente a própria Administração decidia os seus conflitos com os particulares, visto que o Poder Judiciário não poderia fazê-lo. Denominou-se de fase do administrador-juiz. Todavia, no ano VIII, a criação do Conselho do Estado possibilitou o surgimento de verdadeira jurisdição administrativa. Quando se tornou independente do chefe do Estado, o Conselho de Estado passou atuar com caráter genuinamente jurisdicional, o que se deu a partir de 1872<sup>10</sup>.

Convém registrar que o Direito administrativo francês é,

---

<sup>9</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo*, op. cit., p. 4. Preleciona a autora: “Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação dos poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder sobre ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução”.

<sup>10</sup> Idem, p. 5.

em grande parte, não legislado, uma vez que é o juiz que, além de interpretar o direito positivo, preenche as lacunas da lei. Por isso mesmo Di Pietro afirma a contribuição inexorável do Conselho de Estado francês para a formação dos princípios informativos do Direito administrativo, que foram incorporados por diversos países no mundo.

O Direito administrativo constitui-se como disciplina relativa a um sujeito, qual seja, a Administração pública. Assim, a organização, direitos e prerrogativas e também as obrigações foram regulados por normas diversas daquelas disciplinadoras das relações particulares. Di Pietro também reconhece que a autonomia em relação às normas de direito civil nunca foi total, mas afirma, com base em Vedel, que o juiz administrativo decidia se as normas de Direito privado aplicavam-se ou não aos casos que lhe eram submetidos, e se fosse o caso, ele mesmo criava as regras aplicáveis<sup>11</sup>.

Alguma doutrina tem questionado a própria origem do Direito administrativo, invocando raízes autoritárias tanto para o referido ramo jurídico quanto para o próprio princípio da supremacia do interesse público.

Destaca-se, neste particular, a pena de Gustavo Binenbojm, para quem a “história oficial” sucintamente narrada representa erro histórico<sup>12</sup>. Segundo o autor, o nascimento do Direito administrativo, com suas características mais particulares, serviu como forma de reprodução do modelo do Antigo Regime. Assim, os princípios e regras formulados pelo Conselho de Estado surgiram de postura ativista e não submissa face ao Parlamento. É dizer, foi criado direito especial da Administração pública não por obra do Legislativo, mas pela decisão autovinculativa do próprio Executivo, contrariando o próprio princípio da separação dos poderes.

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 6-8.

<sup>12</sup> BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008., p. 11 e ss.

Com forte embasamento em doutrina administrativa portuguesa<sup>13</sup>, o autor afirma que a introdução do contencioso administrativo não teve nenhum conteúdo garantístico, antes representou a desconfiança dos revolucionários franceses perante os Tribunais judiciais. A separação dos poderes, por sua vez, foi invocada como pretexto para possibilitar uma ampliação da liberdade da Administração perante controles judiciais. E nesse período também pôde ser verificada, sob vestes de contencioso administrativo, a criação de privilégios para a Administração, quebrando a isonomia sob o manto da supremacia do interesse público<sup>14</sup>.

Nessa toada, revela-se que o objetivo de se instituir uma jurisdição administrativa autônoma era o de diminuir as garantias que os cidadãos disporiam caso estivessem perante um Tribunal comum no controle da atividade administrativa. Segundo Binenbojm, “criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciários, mas, estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação”<sup>15</sup>.

Não por menos, o autor anota a resistência dos países ligados ao sistema de *common law* à adoção da jurisdição administrativa, uma vez que nessas nações a Administração e os cidadãos são submetidos às mesmas regras e juízes<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Veja-se a obra do Professor Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>14</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 12 e ss.

<sup>15</sup> BINENBOJM, op.cit., p. 14.

<sup>16</sup> Binenbojm refere-se, diante disso, a um paradoxo da origem do direito administrativo: “Embora surgido em um país vinculado à tradição românico-germânica, sua elaboração deu-se por construção do juiz-administrativo – processo típico do *common law*; enquanto isso, nos países anglo-saxônicos, o reconhecimento da autonomia do direito administrativo, já em momento avançado do século XX, ligou-se sobretudo à legislação escrita (processo característico do sistema romano-germânico). Com efeito, a existência de um direito diferenciado do direito comum, consagrado por intermédio do sistema de precedentes judiciais (*judge made law*), deveria naturalmente resultar de decisão soberana do Parlamento”, idem, p. 16.



Emerson Gabardo,<sup>17</sup> propondo-se a realizar a crítica da crítica, refaz o percurso da gênese do Direito Administrativo para reafirmar seu caráter não autoritário. Para o autor, a tese de uma origem autoritária objetiva diminuir a força legitimadora de princípios como o interesse público, ou da supremacia do interesse público. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história atenta à realidade presente e propondo dar a esta realidade um sentido mais apreensível e harmônico com a mentalidade vigente, que é a de liberalização e flexibilização da vida.

Partindo deste entendimento, Gabardo anota que o Direito administrativo brasileiro foi muito influenciado pela doutrina estrangeira, por um conjunto muitas vezes contraditório de informações, e não por uma única doutrina. Ocorre que a doutrina majoritária desconsidera tal expediente, muitas vezes privilegiando apenas a influência francesa como coluna de aço do Direito administrativo pátrio. Em contraponto, ignora-se o fato de que o Brasil nunca adotou o sistema de jurisdição dupla, como o é na França, o que, para o autor, caracteriza um paradoxo.

Nesse diapasão, a importação de teorias estrangeiras muitas vezes não possui correspondência local, diante do conjunto de diversas influências que sofreu o Direito administrativo brasileiro, tornando assaz difícil sua crítica. Exemplo disso tem ocorrido com a utilização da doutrina administrativa portuguesa. Assim, as possíveis origens autoritárias do Direito brasileiro em geral não estão na França, mas na sua história personalista e à míngua de verdadeiro espírito republicano<sup>18</sup>.

De outra parte, o autor não ignora que a realidade política de antes e depois da Revolução francesa era igualmente

---

<sup>17</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251 e ss.

<sup>18</sup> GABARDO, op.cit., p. 254.

arbitrária. Porém, afirma ingênuo pensar que seria arbitrária da mesma forma, uma vez que os modelos de normatização de ambas as realidades constituem ontologia profundamente diversa, o que redundava na existência de uma realidade distinta. Afinal, explica, a realidade compõe-se do ser e do dever-ser.

Em relação ao Conselho de Estado francês, Gabardo<sup>19</sup> discorda da afirmação de que seu trabalho teria sido totalmente dirigido na contramão das influências da Revolução francesa. Sendo certo que os franceses não se tornaram liberais do dia para noite, ou de que a sua concepção de liberdade, igualdade e fraternidade é diversa da atual, buscar essas comparações diretas entre o passado e o presente com o fito da crítica da “gênese autoritária” configura anacronismo historiográfico.

Da mesma forma não pode ser sustentada a negação da superação do Antigo Regime, pois o “fundamento de prevalência da verticalidade do poder do rei não possui contrapartida. O interesse público pautado na vontade geral [...] possui a sujeição como contrapartida da prerrogativa”<sup>20</sup>. E então, mesmo que ainda tenham corrido muitos anos de práticas arbitrárias, não se pode ignorar a mudança de representação e sentido do poder. Para Gabardo, a existência dos temas do serviço público e da responsabilidade civil do Estado comprovam a tentativa de se inverter padrões típicos do Antigo Regime, evidenciando o controle do excesso de poder.

Outro forte argumento pela origem autoritária do Direito administrativo está no fato de que este não se originou do Parlamento, mas dos Tribunais. Sem negar que os revolucionários em geral possuíam forte resistência aos Tribunais judiciais, Gabardo contesta o fato de que estes Tribunais poderiam deter postura mais garantista do que a própria Administração julgando a si própria. Invocando lições de Laubadère, noticia que o magistrado comum mostra-se

---

<sup>19</sup> GABARDO, op. cit., p. 258.

<sup>20</sup> Idem, p. 260.

menos corajoso diante do contencioso administrativo do que o próprio juiz administrativo na censura dos atos da Administração. E mais. Tratava-se de forte apelo popular a criação de uma jurisdição administrativa, anota o autor<sup>21</sup>.

## 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

### 2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A expressão constitucionalização do Direito pode compreender múltiplos sentidos. Aquele que importa para este trabalho relaciona-se com outras três expressões muito importantes dentro da dogmática jurídica, a saber, “força normativa da Constituição”, “jurisdição constitucional” e “direitos fundamentais”.

As três expressões carregam consigo reflexos de momentos históricos e representam, de certa maneira, pontos de estrangulamento dentro do próprio sistema jurídico a que pertencem, ao representarem uma mudança de referencial na atuação de operadores jurídicos, da Administração pública e mesmo entre particulares.

Por força normativa da Constituição deve-se compreender, sucintamente, a atribuição do status de norma jurídica à norma constitucional, dotada de cogência e imperatividade. Até meados do século XIX, a Constituição ocupava lugar secundário em relação à lei.

Até 1945, visualizava-se quase em todo o mundo uma prevalência do Poder Legislativo em face aos outros Poderes, o que se modificou com o advento de Tribunais Constitucionais e com estruturação do controle de constitucionalidade de leis, primeiro na Alemanha (1951)<sup>22</sup>, depois na Itália (1956) e após

---

<sup>21</sup> Idem, p. 263.

<sup>22</sup> Registre-se a existência, na monarquia federal austríaca, de um Tribunal Imperial,

em toda a Europa, com exceção do Reino Unido, Holanda, Luxemburgo e da França.

Nesse diapasão, a Jurisdição constitucional constitui-se em conjunto de mecanismos destinados a garantir judicialmente a supremacia da Constituição<sup>23</sup>, e possui como instrumento de destaque o controle de constitucionalidade, cujo objetivo é possibilitar o escrutínio de leis e atos normativos com base na Constituição, extirpando do ordenamento jurídico aqueles com ela incompatíveis.

Os direitos fundamentais, por sua vez, representam categoria especial de direitos. O Tribunal Constitucional alemão, já sob o regime da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, afirmou que esses direitos, para além da proteção dos direitos individuais, consagram uma ordem objetiva de valores.

*Prima facie*, importa anotar algumas características atinentes a esses direitos. O conceito de direitos fundamentais envolve aspectos que extrapolam os limites deste trabalho. Basta dizer que eles podem ser estudados sob diversas perspectivas, entre as quais cite-se: I) perspectiva filosófica ou jusnaturalista, que trata esses direitos como inerentes à qualidade de homem de seus titulares, sendo, assim, absolutos, imutáveis e intemporais; II) perspectiva estadual ou constitucional, onde são analisados como direitos do homem em dado tempo e lugar e III) perspectiva universalista ou internacionalista, na qual os direitos fundamentais são

---

em 1867, criado para decidir os conflitos entre o *Reich* e os *Lander*. Em 1874 foi instituído um Tribunal Federal para controlar a conformidade do direito cantonal com o direito federal e a Constituição, autorizado a anular as leis dos cantões que violassem esses referenciais normativos. Ver MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional*. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 288 e 289.

<sup>23</sup>Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 84. Atente-se para a diferença que parte da doutrina faz entre jurisdição constitucional e justiça constitucional, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 898.

estendidos a todos os homens, sobretudo depois da segunda guerra mundial, impondo sua proteção<sup>24</sup>.

E ainda, o reconhecimento desses direitos está atrelado às transformações sociais ocorridas com a formação do Estado moderno, uma vez que sua história caminha com a evolução do Estado Liberal até o atual Estado social de Direito.

Em apertadíssima síntese, pode-se dizer que um direito fundamental é uma posição jurídica individual frente ao Estado. Encontrar um conceito que atenda a realidade subjacente aos direitos fundamentais é assaz difícil, uma vez que o fenômeno é abrangente e nem sempre é o mesmo em todos os momentos da história.

Há quem diga, ademais, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, pelo seu caráter contramajoritário<sup>25</sup>.

Desde o seu surgimento, costumou-se falar em gerações de direitos, estas se referindo ao momento histórico evolutivo a que fazem parte. Assim, tendo como marco inicial os direitos fundamentais de primeira geração do pensamento liberal-burguês do século XVIII, posteriormente os direitos de segunda geração, conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais, e direitos de terceira geração, tidos como direitos de solidariedade e fraternidade.

Não obstante as diversas manifestações teóricas, os direitos fundamentais ocupam hoje um papel de destaque como elemento legitimador das ações do Estado. Representam, nesse diapasão, um pressuposto material do princípio do Estado de Direito.

Assim como a Constituição portuguesa, a Constituição brasileira coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III).

---

<sup>24</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15 e ss.

<sup>25</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 17.

Deste modo, é reconhecido que o Estado de Direito é aquele Estado limitado e vinculado juridicamente à garantia e promoção dos direitos fundamentais<sup>26</sup>.

A despeito de uma rígida delimitação para direitos fundamentais, vale dizer que eles são, para muitos teóricos, hoje, a própria razão de ser do surgimento de muitos diplomas constitucionais e do próprio controle de constitucionalidade de leis.

Identificam-se, esses direitos, com a proteção da individualidade humana, na sua intimidade e desenvolvimento, tanto nas relações do homem com o Estado quanto com outros homens.

Traduzem os direitos fundamentais aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado<sup>27</sup>.

Sua história coincide com a da formação dos Estados constitucionais, Estados firmados no propósito de limitação do poder absoluto característico de regimes anteriores.

Portanto, os direitos fundamentais não nasceram da forma como são conhecidos modernamente. Foram fruto, como a maior parte dos institutos jurídicos, de grandes processos de amadurecimento ao longo da história.

Dessa forma, passaram por muitas transformações desde seu aparecimento e por isso costumou-se falar em gerações de direitos, embora a maioria da doutrina se posicione pelo caráter meramente didático desta divisão.

Por esta categorização, denominam-se direitos fundamentais de primeira geração ou direitos liberais os que traduzem, essencialmente, posições de defesa do cidadão contra interferências ilegítimas do Estado na sua esfera

---

<sup>26</sup> Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

privada. São, por isso, conhecidos como direitos negativos, pois que implicam numa posição de abstenção dos poderes públicos.

Por sua vez, a garantia da liberdade, por si só, deu margem a grandes violações da dignidade humana e situações de marcada injustiça social, o que gerou no Estado um inevitável comportamento positivo na realização da justiça social.

Os direitos econômicos, sociais e culturais de segunda geração, portanto, vieram a corroborar esse comportamento ativo do Estado, caracterizando-se por conferir aos cidadãos direitos a prestações positivas, traço marcadamente diferente das liberdades clássicas formais dos direitos de primeira geração de matriz burguesa. Encontram-se aqui incluídas as chamadas liberdades sociais (liberdade de sindicalização, direito de greve, direitos fundamentais aos trabalhadores), significando, portanto, muito mais do que direitos de caráter prestacional, também uma manifestação do princípio da justiça social<sup>28</sup>.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão dizem respeito à proteção de grupos humanos, de titularidade coletiva ou difusa, e representam reivindicações pela paz, pela autodeterminação dos povos, pelo desenvolvimento, por um meio ambiente equilibrado, apenas para citar alguns exemplos. A positividade de alguns desses direitos ainda é questionada, e o Professor Ingo Sarlet chega mesmo a pontuar que esses direitos constituem-se em faces novas tiradas do princípio da dignidade humana, e encontram-se vinculados à idéia de liberdade e proteção da vida<sup>29</sup> (como os direitos de primeira geração).

Paulo Bonavides aponta para a existência de uma quarta

---

<sup>28</sup> SARLET, op. cit., p. 57.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 61.

geração de direitos fundamentais<sup>30</sup>, oriunda da institucionalização do Estado social e da globalização de direitos fundamentais. Nesta quarta dimensão encontrar-se-ia o direito à democracia e à informação, bem como o direito ao pluralismo, e deles dependeria a sociedade aberta do futuro.

A Constituição de 1988 intensifica o processo de constitucionalização do Direito no Brasil, já que com ela são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio instrumentos mais próprios à jurisdição constitucional propriamente dita<sup>31</sup>.

A constitucionalização do Direito é, para alguns, obra precípua da jurisdição constitucional<sup>32</sup>, que como mencionado consiste num conjunto de técnicas a possibilitar a supremacia da Constituição e conseqüente proteção dos direitos fundamentais.

A passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico garantiu-lhe supremacia formal e material. Seus princípios ganharam normatividade e então ganhou força no cenário brasileiro um movimento ao qual se convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

Por essa terminologia, pode-se inferir essa nova teoria do Direito Constitucional, que terminou por irradiar-se por todos os ramos do Direito, e que possui como principais

---

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 570.

<sup>31</sup> SARLET, op. cit., p. 66.

<sup>32</sup> BARROSO, op. cit., p. 364. Segundo o autor: “Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidade interpretativas, que incluem: a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis; b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis; c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador; d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar: (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição”.



características (I) a decodificação do Direito, cujos ramos saíram do nível infraconstitucional e migraram para o campo constitucional; (II) a força normativa da Constituição; (III) corresponde a novo método de análise do Direito; (IV) inaugura um novo modelo de Estado de Direito; (V) reúne novos valores.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo como reflexo de uma nova teoria do Direito pode sucintamente representar-se em: mais princípios e menos normas; mais ponderação e menos subsunção; mais direito constitucional e menos conflitos jurídicos desnecessários e mais trabalho judicial, em vez da multiplicação de leis, o que a doutrina tem chamado de ativismo judicial.

Também chamado de novo direito constitucional, seu marco histórico na Europa continental foi o constitucionalismo do pós-guerra, sobretudo na Alemanha e na Itália, e no Brasil o processo de redemocratização inaugurado com a Constituição de 1988.

O marco filosófico para esta travessia foi o pós-positivismo, que se situa a meio caminho entre as teorias jusnaturalista e positivista, aproximando o direito de princípios e valores éticos. Para Barroso<sup>33</sup>, a doutrina pós-positivista sugere a revalorização da razão prática, da teoria da justiça e da legitimação democrática, a reintrodução dos valores na interpretação jurídica, o reconhecimento da normatividade de princípios e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais com fulcro na dignidade da pessoa humana.

## 2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A Constituição brasileira de 1988, de forma inédita, dedicou um capítulo à Administração pública (Capítulo VII do

---

<sup>33</sup> BARROSO, op. cit., p. 249.

Título III), e no artigo 37 positivou os princípios que ela deve observar na sua atuação, originalmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Através da Emenda Constitucional nº 19/98, foi acrescentado o princípio da eficiência, que diga-se, a propósito, é tema nodal do movimento Law and Economics ou análise econômica do direito<sup>34</sup>, com forte reflexos no Direito administrativo.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 passa a trazer em seu bojo, de forma detalhada, princípios e regras sobre a Administração pública, elevando-os à condição de garantia dos administrados. Trata-se de nova fase para o Direito administrativo brasileiro.

Um amplo amálgama de reformas econômicas alterou a face da Administração pública brasileira, notadamente no que se refere à extinção de restrições ao capital estrangeiro, flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Sobretudo após a Emenda 19 o Estado brasileiro afastou-se da prestação dos serviços, respondendo agora como agente regulador e fiscalizador dos serviços delegados à iniciativa privada.

A constitucionalização do Direito repercutiu sobre os três poderes do Estado e igualmente sobre os diversos ramos do Direito. No tocante ao Direito administrativo, paradigmas tradicionais foram afetados com a assunção dos direitos fundamentais a um papel de destaque na Constituição de 1988, e com a dignidade da pessoa humana elevada a fundamento do Estado<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Ver a este respeito GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Economia: introdução ao movimento Law and Economics*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10255>>. Acesso em: 1 jun. 2011

<sup>35</sup> Cf. BARROSO, op.cit., p. 375 e 376; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24; NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Syilvia Zanella;

Entre as mudanças verificadas, destaca-se a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o privado, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária, a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo, a valorização do elemento consensual e também a análise da adequação de políticas públicas às normas constitucionais, dentre as principais mudanças.

Particularmente sobre a supremacia do interesse público o privado, há extensa discussão no capítulo três para o qual se remete o leitor.

A vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei significa a superação da idéia de que o administrador deve agir segundo aquilo que a lei autoriza ou determina. Assim, na ausência de lei, ele poderia agora agir tendo por fundamento direto a Constituição. Trata-se, então, da transformação do princípio da legalidade para o “princípio da juridicidade”<sup>36</sup>.

Tradicionalmente não é permitido a juízes e Tribunais imiscuir-se no mérito dos atos administrativos, limitando-se ao controle judicial da legalidade do ato. O movimento de constitucionalização do Direito administrativo tem mudado essa perspectiva, possibilitando o escrutínio da discricionariedade administrativa. Há autores<sup>37</sup> que chegam a propor o desaparecimento da dicotomia entre atos discricionários e atos vinculados, sugerindo, assim, a noção de “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”, diante do estreitamento do mérito administrativo pela incidência direta dos princípios constitucionais.

---

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Orgs.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-154.

<sup>36</sup> Cf. BARROSO, *Direito Constitucional*, op. cit., p. 376; BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo*, op. cit., p. 70.

<sup>37</sup> Nesse sentido ver Binenbojm, op. cit., p. 70.

### 3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO – AS DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA

Há alguns anos o presente ensaio não faria nenhum sentido, uma vez que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado constitui-se em coluna de aço do edifício do Direito administrativo brasileiro e nenhuma dúvida pairou sobre o assunto até então.

Melhor dizer, até que vozes de uma nova geração de publicistas começaram a revolver as estruturas da teoria do Direito administrativo, sobretudo com o fortalecimento de fenômenos como a constitucionalização do Direito. Passa-se a exposição de alguns dos principais argumentos atualmente levantados acerca da manutenção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico pátrio, e para tanto serão analisados os pensamentos de juristas favoráveis e contrários.

#### 3.1 A DOCTRINA CONTRÁRIA AO PRINCÍPIO

##### 3.1.1 ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

O autor identifica no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado a existência de duas situações distintas. A primeira delas quando há norma legal e a pré-ponderação realizada pelo legislador deve ser constitucional, razoável e proporcional aos valores envolvidos, e, portanto, deve ser respeitada. A segunda situação se dá com a ausência de norma abstrata pré-ponderando interesses envolvidos, e então não haveria porque se falar em supremacia de interesses sobre outros, havendo a necessidade de ponderação em concreto, observando-se os valores

constitucionais envolvidos<sup>38</sup>.

Assim, a Administração pública não deve desconsiderar sua missão com o interesse público, mas atentar para quando já exista previsão constitucional específica dirimindo conflito entre eles, o que afastaria o dogma de supremacia *a priori*.

O autor, portanto, demonstra a necessidade de uma metodologia adequada para auxiliar o julgador e o administrador na aplicação do Direito público, e assim, pontua que os argumentos jurídicos ligados diretamente ao texto devem prevalecer frente àqueles mais genéricos, metajurídicos e subjetivos<sup>39</sup>.

### 3.1.2 DANIEL SARMENTO

O Procurador da República e Professor Daniel Sarmento é uma das fortes vozes que atualmente tem criticado o princípio em comento. Para ele, o referido princípio vai de encontro aos direitos fundamentais do administrado e ao estatuto axiológico do Estado democrático de Direito, já que está baseado numa compreensão errônea entre o ser humano e o Estado, qual seja, de que as pessoas não existem para servir ao poder público mas este é que deve justificar-se como forma de proteção e promoção dos direitos humanos. Da mesma forma, a crise do conceito de interesse público representa um trunfo nas mãos das autoridades públicas que pretendam ferir direitos

---

<sup>38</sup>ARAGÃO, Alexandre 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: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 5.

<sup>39</sup>ARAGÃO, op. cit., p. 10. E continua: “O que deve ser frisado, é que não se está a descartar a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição ou das leis, que de vem, no entanto, ser sempre consentâneas com sua letra, que constitui o início

e o limite, negativo e positivo, de toda interpretação.(...)Fazendo uma analogia com a interpretação musical, a partitura de La Marseillaise pode ser tocada de várias formas, mas não ao ponto de a transformar no Guarani”.

fundamentais em nome da gestão da coisa pública<sup>40</sup>.

O autor levanta vários argumentos contra o princípio em pauta, entre os quais são destacados os seguintes.

### 3.1.2.1 O CONCEITO DE PÚBLICO E PRIVADO

Para Sarmento, interesse público e interesse privado não se configuram critérios legítimos para solução de conflitos no seio da sociedade, uma vez que são conceitos móveis, instáveis e oscilam conforme mutações políticas<sup>41</sup>. Os critérios propostos para demarcar o campo do Direito Público e do Direito Privado, quais sejam: o critério da prevalência do interesse, o da natureza das relações jurídicas travadas e o subjetivo, o autor os contesta um a um, a demonstrar a dificuldade de uma separação clara entre as esferas ora comentadas<sup>42</sup>.

A partir daí, Sarmento faz uma digressão histórica evidenciando o movimento oscilatório das dimensões ora privada ora pública em sociedade. Grécia, Idade Média, Estado Moderno. Cada momento com a preponderância de uma dessas dimensões. Para o autor, só com o advento do Estado Liberal é que se vislumbra uma separação mais perceptível entre as esferas pública e privada, o que se deu na Europa ocidental e nos Estados Unidos após as Revoluções Burguesas do século XVII e XVIII.

O Estado Liberal traz consigo a separação entre Estado e sociedade, o mercado auto-regulável, um papel de destaque ao Código Civil, e por conseguinte, a prioridade aos aspectos privados em relação ao público.

Todavia, em *terrae brasilis*, as coisas foram um pouco

---

<sup>40</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

<sup>41</sup> SARMENTO, op. cit., p. 30.

<sup>42</sup> Vide p. 31 e 32.

diferentes. Sarmiento relata que, a despeito dos institutos jurídicos e políticos importados para o país, sempre existiu forte confusão entre o público e o privado no cenário brasileiro, percebida na penetração do patrimonialismo na esfera estatal, ou, para esclarecer, o famoso “jeitinho”, relações de amizade e compadrio prevalecendo sobre a impessoalidade que deve pautar a atuação do governo<sup>43</sup>.

O advento do *Welfare State* no século XX faz do Estado de espectador a participante das relações econômicas, já que passa a legislar vigorosamente. Surgem os direitos sociais como resposta às desigualdades surgidas pela igualdade formal liberalista. O pêndulo torna para a dimensão pública em contrapartida ao privado.

Posteriormente, esse mesmo Estado social entra em crise. Ineficiente, burocrático e desperdiçador, a privatização de empresas estatais vem a galope. Um sentimento de descrença no Estado como gestor dos problemas da sociedade alastrou-se profundamente, e cresceu a prática desse mesmo Estado na adoção de métodos antes próprios de empresas privadas, ou mesmo a delegação a elas de tarefas antes genuinamente tidas como públicas<sup>44</sup>. O fenômeno da globalização também fortaleceu a dimensão privada em sociedade, como as grandes empresas transnacionais<sup>45</sup>.

Para Sarmiento, o Brasil nunca chegou a ser um Estado Liberal e tampouco um Estado Social. E neste momento, em que se verifica a publicização do Direito privado operada durante o Estado social, também ocorre a privatização do Direito público, ou melhor, sua constitucionalização, que impõe a leitura das normas do Direito privado a partir da Constituição, e o reconhecimento da incidência dos direitos

---

<sup>43</sup> SARMENTO, op. cit., p. 38.

<sup>44</sup> Sobre a interpenetração da esfera pública e privada, ver ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>45</sup> SARMENTO, op. cit., p. 43.

fundamentais no campo das relações privadas<sup>46</sup>.

### 3.1.2.2 RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSES PÚBLICOS

Sarmento traz aqui o ponto fulcral de sua crítica ao princípio da Supremacia do Interesse público. De antemão, algumas premissas trazidas pelo autor merecem atenção: (I) justifica-se a restrição aos direitos fundamentais para a proteção de outros bens jurídicos de envergadura constitucional; (II) antes de se proceder a uma ponderação de interesses, é necessário verificar se verdadeiramente existe um conflito entre interesse público e interesse privado na situação concreta. A incorreta identificação do interesse público tem gerado conflitos inexistentes; (III) uma vez que os direitos fundamentais resguardam os bens mais valiosos e é dever do Estado a sua proteção e promoção, garantir esses direitos também é interesse público. Todavia há situações em que o interesse da coletividade pode colidir-se com os direitos fundamentais<sup>47</sup>.

Partindo da terceira afirmativa, Sarmento questiona se os direitos fundamentais podem ser restritos visando exclusivamente à tutela de interesses coletivos. Para ele, recusar a possibilidade de qualquer ponderação de direitos fundamentais e interesses da coletividade, por serem aqueles sempre prioritários, não se concilia com Constituições sociais como a de 1988. Desse modo, seria possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público, mas nem sempre<sup>48</sup>.

Ao tratar da teoria da “cláusula da comunidade” na Alemanha da década de 50, o autor chama a atenção para o seu

---

<sup>46</sup> SARMENTO, op. cit., p. 45.

<sup>47</sup> Idem, p. 81-84.

<sup>48</sup> SARMENTO, op.cit. p. 85-87.



caráter vago e indeterminado, o que abre margem a arbitrariedade e põe em risco os direitos fundamentais. *Mutatis mutandis*, o mesmo ocorre com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que passa a oferecer perigo para a proteção desses direitos diante da subjetividade ínsita ao conceito de interesse público. Para Sarmento, restrições aos direitos fundamentais não podem ser equacionadas apenas pela supremacia do interesse público, e demandam análise mais acurada<sup>49</sup>.

Porém, a incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado com o princípio da proporcionalidade é apontado por Sarmento como o mais grave óbice à manutenção do princípio em pauta no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a proporcionalidade é importantíssimo parâmetro para a aferição de constitucionalidade da restrição aos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

Explica o autor que o princípio da proporcionalidade objetiva atingir a medida justa entre os interesses em jogo, evitando ao máximo o sacrifício de um bem jurídico em favor do outro, realizando ponderações minuciosas, motivadas. E assim, quando o princípio da supremacia do interesse público afirma *a priori* a superioridade de um bem sobre o outro, põe por terra o espaço de ponderação, impondo o sacrifício do interesse privado em nome do interesse público<sup>51</sup>.

Mesmo que se defendesse uma versão mais branda do referido princípio, qual seja, não sua primazia *a priori*, mas apenas uma regra de precedência *prima facie*, os direitos fundamentais sairiam fragilizados para o autor, já que seria exigido no processo de ponderação uma elevadíssima carga de argumentação para a tentativa de superação dos direitos fundamentais face ao interesse público<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Idem, p. 87-91.

<sup>50</sup> Idem, p. 99.

<sup>51</sup> Idem, p. 100.

<sup>52</sup> Idem, p. 101-102.

Deve-se atentar para aquelas situações de conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, onde se verifica uma precedência inicial dos primeiros, ou seja, uma exigência argumentativa maior para que o interesse público prevaleça. E ainda, há que se considerar o respeito ao “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, merecendo solução constitucionalmente adequada diante de sua colisão com interesses públicos<sup>53</sup>.

### 3.1.3 GUSTAVO BINEMBOJM

Gustavo Binembojm também faz coro com aqueles que percebem no velho Direito administrativo um descompasso com as expectativas da sociedade contemporânea. Identifica aí três dogmas que se encontram em xeque atualmente, a saber: (I) o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei e (III) a intangibilidade do mérito administrativo.

Tal fissura na estrutura de clássicas categorias do Direito brasileiro se deu com o fenômeno da constitucionalização do Direito administrativo e na adoção do sistema de direitos fundamentais pela Constituição, a guiar a atuação da Administração pública<sup>54</sup>.

Para Binembojm, o princípio da supremacia do interesse

---

<sup>53</sup> SARMENTO, op. cit., p. 105. Segundo Sarmento: “Refugiria ao escopo deste trabalho tomar partido nesta complexa e interminável controvérsia. Basta-nos, por ora, apenas apontar para o fato de que a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais – não importa a forma como nós a concebamos-, também não se compatibiliza com a atribuição de uma primazia dos interesses públicos sobre os direitos fundamentais”, p. 109.

<sup>54</sup> BINEMBOJM, 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*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128-129.

público é inadequado dentro da sistemática constitucional cidadã, (I) tanto porque ao se reconhecer a centralidade dos direitos fundamentais e a estrutura maleável dos princípios constitucionais não se pode conceber regra de supremacia absoluta a priori do coletivo sobre o individual, (II) tanto porque o conceito de interesse público, sendo fluido, somada à dificuldade inerente de se saber quando se está tratando de um direito fundamental ou mesmo de um interesse público, traz a necessidade de a Administração pública ponderar interesses em jogo<sup>55</sup>.

Na sequência, o autor adverte que não nega a existência de um conceito de interesse público. Todavia, afirma uma “imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros”<sup>56</sup>.

Na verdade, é o princípio da proporcionalidade o grande trunfo na estrutura do Direito administrativo, segundo Binembojm. Para ele, as prerrogativas da Administração pública em face dos particulares não poderiam ser justificadas simplesmente pela regra da prevalência a priori do interesse público.

Em primeiro, porque a manutenção dos direitos individuais constitui parte do próprio interesse público. Em segundo, porque a isonomia também está consagrada constitucionalmente. Portanto, e portanto, as diferenciações entre particulares e Administração deveriam ser instituídas por lei<sup>57</sup>.

Também em relação ao poder de polícia, o argumento do autor é de que a restrição a direito fundamental só tem razão de ser se reconduzida ao sistema constitucional, ou seja, se for

---

<sup>55</sup> Idem, p. 151.

<sup>56</sup> BINENBOJM, op.cit., p. 151.

<sup>57</sup> Idem, p. 157.

encontrado fundamento para proteção de outro direito fundamental ou interesse da coletividade como um todo. Há situações em que a Constituição realizou essa ponderação previamente, a exemplo da expropriação de bens particulares. Mas na maioria dos casos é ao legislador e à Administração pública a quem incumbirá realizar a ponderação dos interesses em jogo<sup>58</sup>.

Em conclusão, Binembojm afirma a inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, “uma norma que preconiza a supremacia a priori de um valor, princípio ou direito sobre os outros não pode ser qualificado como princípio”<sup>59</sup>, pois afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá seria tautologia.

## 3.2 A DOUTRINA FAVORÁVEL AO PRINCÍPIO

### 3.2.1 EMERSON GABARDO

O professor Emerson Gabardo entende a presente tendência de negação da supremacia do interesse público como fruto de uma mentalidade antiestatista contemporânea<sup>60</sup>. A crítica ao princípio da supremacia do interesse público é fruto dessa tendência compartilhada por publicistas brasileiros, para cujos principais argumentos Gabardo apresenta a antítese.

A doutrina contrária entende que o princípio da supremacia do interesse público não seria um princípio, seja porque não admite ponderação, seja porque se trata de uma tautologia. Para Gabardo, a adoção de um *a priori* apenas fornece um ponto de partida, sem a função de atribuir conteúdo dogmático ao conceito de princípio. Para tanto, chama a atenção para o fato de que a supremacia é do “interesse

---

<sup>58</sup> Idem, p. 161-171.

<sup>59</sup> Idem, p. 168.

<sup>60</sup> GABARDO, Emerson, *opus citatum*, p. 292.

público” e não do “princípio da supremacia do interesse público”<sup>61</sup>.

Outra das principais críticas ao princípio em pauta é a de que nem sempre o interesse público prepondera sobre o privado. Gabardo concorda com a afirmação, porém reafirma o condicionante *a priori* da supremacia do interesse público, e explica que o caso seria de uma exceção à regra geral.

Sarmento e Binembojm afirmam que o princípio da supremacia do interesse público é incompatível com o princípio da proporcionalidade, e portanto, desobrigam o Estado a agir moderadamente. Para Gabardo, a não observância da proporcionalidade só é possível em regimes ditatoriais. As atuações desproporcionais, corruptas e criminosas em sede administrativa não são atribuíveis ao princípio, melhor dizendo, muitas vezes têm mais a ver com desvio de finalidade e/ou má aplicação prática do princípio da supremacia do interesse público, e não com a existência do princípio em si<sup>62</sup>.

Na seqüência, Gabardo chama atenção para aquilo que ele chama de importante engano na fundamentação da crítica ao princípio da supremacia: a confusão entre interesses e direitos. Ele afirma que interesses são diferentes de direitos, por não possuírem um dever a eles correspondente típico da normatividade jurídica. Dessa forma, os interesses derivam das necessidades humanas e são ilimitados e os direitos referem-se ao atendimento dessas necessidades<sup>63</sup>.

Há muitas variações no conceito de interesses e de

---

<sup>61</sup> Idem, p. 295. E continua: “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”.

<sup>62</sup> GABARDO, op. cit., p. 301-303.

<sup>63</sup> Idem, p. 304.

direitos, mas a despeito delas Gabardo afirma que interesse não pode equivaler a direito, como quer a doutrina que critica o princípio da supremacia do interesse público<sup>64</sup>.

Somando-se a esta importante ressalva, Gabardo anota outra importante distinção que ele reputa terem os críticos da supremacia do interesse público esquecido. Trata-se do fato de que ao interesse público está ligada a busca de critérios de bem-estar geral, e a “implicação de valores constitucionais é, portanto, uma exigência, não uma possibilidade”<sup>65</sup>. A partir daí, traz ampla discussão a respeito dos conceitos de interesse público primário e secundário, o que não faria sentido repetir no presente momento e para o qual se remete o leitor à própria obra do ilustre professor.

Mas o que importa destacar é a conclusão do autor de que quando o interesse social é reconhecido pelo sistema jurídico, é chamado então de interesse público, e então o interesse individual passa a ser denominado de privado, embora o interesse coletivo possua aspectos de intersecção com o interesse individual.

Desse modo, compreender o interesse público é tarefa que merece correta descrição axiológica e também orientação normativa de cunho jurídico-político. É necessário o reconhecimento jurídico do interesse público mas também um “lastro substancial” que comunique o sistema jurídico à vida concreta. Por isso, é possível que, não obstante uma lei afirme que determinada situação se trata de interesse público, é factível que ela não o seja<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Conforme se pode ver nas teorias expostas por Gabardo, *op. cit.*, p. 304 e 305.

<sup>65</sup> GABARDO, *op. cit.*, p. 305.

<sup>66</sup> GABARDO, *op. cit.*, p. 309. Verbis: “Destarte, a simples constatação da existência de um ‘bem comum’ em pauta nem sempre fornece elementos para a decisão administrativa. É trivial decorrer do caso concreto um conflito moral (e jurídico) entre um direito individual e alguma medida legal ou administrativa pautada no interesse público ou no “bem-estar geral” (medida esta que é, portanto, tomada de acordo com as regras majoritárias típicas da democracia representativa – o que exige uma grande cautela hermenêutica). (...) Esta discussão não é nova e do

Os críticos da supremacia do interesse público apontam sua incompatibilidade com a promoção e defesa dos direitos fundamentais.

Gabardo, em sentido oposto, afirma que o referido princípio não promove nenhuma desconsideração desses direitos, e, citando Seabra Fagundes, Harold Lasswell e Jorge Reis Novais, mostra que desde a década de 50 o respeito aos direitos fundamentais começa a surgir como condição de validade para a própria conceituação de interesse público, do Estado de Direito e para a atuação da Administração pública<sup>67</sup>.

Poderia, em contrapartida, o interesse privado ser critério prioritário no atual Estado social brasileiro?

Para responder à questão, Gabardo explica as noções de autonomia e subsidiariedade e afirma que para proteger a capacidade individual de indicação e consideração dos interesses privados inerentes à autonomia é que se desenvolve a idéia de uma posição subsidiária da coletividade.

Enquanto que a autonomia pressupõe a integração a uma comunidade mas “resguarda-se dela, em um processo centrípeto de proteção”, a idéia da supremacia do interesse público se coaduna com o modelo de Estado social, já que não se contrapõe a autonomia privada tampouco restringe sua atuação.

Mais uma vez, o autor questiona se seria possível conciliar uma noção de cidadania a partir do interesse privado predominando sobre o público. Na negativa, responde que o pior inimigo do cidadão é o indivíduo, já que, enquanto aquele atua com postura ética e com olhos voltados para o bem-estar da cidade, este é cético sobre as causas comuns. Para Gabardo, a doutrina contrária propõe uma tese de demonização do Estado, que termina por separar o sujeito da sociedade e exaltar

---

ponto de vista político retrata, no sentido tipicamente weberiano, certo ‘irracionalismo de valores’”, p. 310.

<sup>67</sup> GABARDO, op.cit., p. 314-315.

valores econômicos da vida<sup>68</sup>.

Em nenhum momento a questão mostrou-se de fácil solução para o Gabardo, contudo isso não retirou o caráter predominante do interesse público sobre o privado. É certo, nas lições do autor, que os direitos fundamentais destacam-se como barreira para atuação do Poder público. Portanto, para aqueles “casos concretos difíceis”, a ponderação mostra-se sim como método compatível com o princípio da supremacia do interesse público, evitando, com a negativa da sua incidência, a projeção de interesses privados<sup>69</sup>.

Para tanto, o autor anota que do conflito entre o princípio da supremacia e outro protegido pelo Direito, duas situações podem ocorrer: (I) prevalência da supremacia; (II) supremacia não prevalece, e a questão passa a ser resolvida com base na igualdade de interesses<sup>70</sup>.

### 3.2.2 JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Para Carvalho Filho, a noção clássica de interesse público identifica-o com a gestão dos interesses da coletividade, objetivando o bem-estar e a satisfação dos indivíduos. Assim que, na Antiguidade, quando o interesse era do Estado, a norma deveria ser de Direito público, se dos indivíduos, seria de Direito privado<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Idem, p. 319. E continua: “Veja-se que esta perspectiva 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”, p. 320.

<sup>69</sup> Idem, p. 322.

<sup>70</sup> E continua Emerson Gabardo: “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), op. cit., p. 322.

<sup>71</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves.



A noção moderna reclama a consideração dos direitos e interesses da coletividade como fim último do Estado, para além do interesse público. Isto quer dizer que o elemento finalidade passou a ser realçado na atividade da Administração pública.

Posicionando-se em relação aos críticos da supremacia do interesse público, Carvalho Filho apresenta algumas assertivas as quais ele nomina de “verdades”. A primeira está no fato de que a atividade de gestão da coisa pública conclama o interesse público. Este, por sua vez, opondo-se ao isolacionismo, ultrapassa as fronteiras individuais e traduz interesse próprio, coletivo e gerador de satisfação geral.

A supremacia do interesse público sobre o privado não é, nas palavras do autor, mero privilégio do Estado, mas decorre da própria natureza desse tipo de interesse, já que seria caótica uma sociedade em que interesses privados sobressaíssem às demandas gerais. O interesse público é medida para o controle de legalidade dos atos da Administração, ou seja, “o controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público”<sup>72</sup>.

Nesse diapasão, a garantia de direitos fundamentais não inviabiliza o princípio da supremacia do interesse público, apenas requer que sua aplicação adapte-se às novas realidades sociais.

Quanto ao que denominou de “sofismas”, Carvalho Filho entende por vazia a distinção entre interesse público e bem comum, já que o interesse público tem por base o interesse da coletividade, cujo interesse é o seu próprio bem (o bem comum).

Também foi afirmado pela doutrina contrária que a supremacia do interesse público não seria um princípio.

---

*Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

<sup>72</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 75.

Carvalho Filho entende que tanto conceitualmente quanto normativamente ela é um princípio, pois reflete uma das funções do Estado de Direito, e porque sua inexistência no direito positivo não o invalida enquanto princípio, já que se encontra implícito no sistema.

Outra crítica ao referido princípio é a de sua inadequação com a ordem jurídica brasileira e riscos que apresenta para a proteção dos direitos fundamentais. Carvalho Filho entende não haver nenhuma inadequação como apontado, ao contrário, a ordem jurídica é que se vale do princípio em causa para “ser ordem”. Quanto aos direitos fundamentais, também não é supremacia do interesse público que provocaria os riscos a eles; antes os protege contra interesses privados de indivíduos e grupos<sup>73</sup>.

O renomado publicista traz à baila as anotações de Aragão quanto a uma metodologia adequada para a limitação da subjetividade do julgador e do administrador. Ao analisar a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, o autor conclui por julgá-la complexa, por vezes incompreensível, além de enquadrada no cenário europeu, muito diverso do brasileiro. Sendo assim, afirma que o subjetivismo de julgadores e administradores já vem sendo limitado com a noção atual de discricionariedade, através da qual se pode investigar os motivos e finalidades da atuação administrativa.<sup>74</sup>

Em contrapartida, Carvalho Filho entende como tautológica a afirmação de que o direito público deve ser visto como garantidor dos direitos fundamentais, e não do interesse público titularizado pelo Estado.

A crítica realizada é contra o princípio da supremacia do interesse público, já que a doutrina contrária ao princípio afirma justamente que não seria possível considerá-lo um princípio, conforme visto alhures. Para Carvalho Filho, a

---

<sup>73</sup> *Idem*, p. 77 e 78.

<sup>74</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 79.

indeterminação do conceito de interesse público não justifica a supressão do princípio, pois esse caráter permite ao intérprete atribuição de significado em função da valoração realizada, e mesmo porque há vários outros princípios que também guardam essa mesma característica, como os da ordem pública, razoabilidade, moralidade, e outros<sup>75</sup>.

A doutrina contrária ao princípio também anota sua inadequação com a ponderação de valores. Para o autor, não há qualquer impedimento entre esta e o reconhecimento da supremacia do interesse público. A situação mais complexa reside nos casos onde existam mais de um interesse público em jogo. Todavia, quando se vislumbra um interesse público e um interesse privado, Carvalho Filho entende que o último não pode prevalecer em face do primeiro, embora também sustente que em muitos casos ocorrerá a harmonia de ambos, e a supremacia do interesse público só ocorre em caso de conflito<sup>76</sup>.

### 3.2.3 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que muitas críticas têm sido feitas atualmente ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a propósito da indeterminação do conceito de interesse público, de seu conflito com os direitos fundamentais e mesmo de que não existe supremacia do interesse público sobre o particular, mas uma ponderação de interesses para melhor definição de qual deve sobressair<sup>77</sup>.

Ao refutar as referidas críticas, Di Pietro afirma que apenas e talvez em regimes totalitários é que o interesse

---

<sup>75</sup> CARVALHO FILHO, op.cit., p. 81.

<sup>76</sup> Idem, p. 81.

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: sobrevivência dos ideais do Neoliberalismo. In: *Supremacia do Interesse Público*, op. cit., p. 94.

público prevaleça sempre e em qualquer situação, e portanto, isso jamais teve aplicação na Administração pública brasileira! A afirmação faz parte de um exagero proposital da doutrina contrária ao princípio, para depois poder combater o sentido do princípio<sup>78</sup>.

Para a autora, o princípio do interesse público está na base de todas as funções do Estado, para além da função administrativa, por isso constitui-se de alicerce para todos os ramos do Direito público. Nesse diapasão, a defesa do interesse público faz parte do próprio fim do Estado, que por sua vez deve defender os interesses da coletividade, favorecendo o bem-estar social. Nessa medida, o interesse público deve prevalecer sobre o individual naquelas hipóteses abarcadas pelo ordenamento jurídico.

Outra crítica ao princípio da supremacia do interesse público refere-se ao seu caráter indeterminado, o que, segundo Di Pietro, não faz nenhum sentido. Conceitos jurídicos indeterminados possibilitam ao intérprete a sua definição, e também maior controle judicial sobre os atos da Administração. E mais. Nem sempre o interesse público será indeterminado, segundo demonstra a autora, já que há diferentes graus de indeterminação<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Idem, p. 94. E continua: “Fala-se, por exemplo, nos atributos da imperatividade e da autoexecutoriedade dos atos administrativos como se fossem aplicáveis a todos os atos administrativos, No entanto, é sabido que nem todos os atos administrativos têm esses atributos”.

<sup>79</sup> DI PIETRO, op.cit., p. 98. Nesse sentido, Di Pietro leciona: “Quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito, porque cada qual tem em vista proteger valores específicos. Também diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. A indeterminação ainda se restringe de forma mais intensa em relação a determinados institutos, como, exemplificativamente, os contratos administrativos, as diferentes formas de intervenção na propriedade e na economia, as licitações”, .

Na sequência, a autora defende que a supremacia do interesse público sobre o privado não confronta os direitos fundamentais, antes o oposto, pois “veio para proteger os vários interesses das várias camadas sociais. Ele não afetou os direitos individuais. Pelo contrário, paralelamente a esse princípio, nasceram os direitos sociais e econômicos”<sup>80</sup>.

O binômio autoridade e liberdade faz parte dos institutos do Direito administrativo, e o pêndulo pode estar ora mais para um lado do que para o outro. Daí a necessidade do equilíbrio, e entra em cena o princípio da razoabilidade. Anote-se que, segundo Di Pietro, a razoabilidade não anula o princípio do interesse público, e está presente desde muito na aplicação do referido princípio. Trata-se de prática já adotada na atuação da Administração, a exemplo do que se pode ver com o poder de polícia, que possui as características de necessidade, eficácia e proporcionalidade<sup>81</sup>.

### 3.3 A JURISPRUDÊNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO

O Supremo Tribunal Federal, pela pequena amostra de jurisprudências que se apresenta a seguir, permite dizer que o conceito de interesse público apresenta variáveis, e que, não obstante esteja ganhando força a tese de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, trata-se, ainda, de axioma que norteia a atuação da Administração pública brasileira.

Também pode ser verificada, em consonância com o disposto pela doutrina favorável ao princípio, elementos de proporcionalidade na avaliação dos elementos em jogo quando está em cena o princípio da supremacia do interesse público.

*Informativo nº 439*

*Título*

---

<sup>80</sup> Idem, p. 99.

<sup>81</sup> Idem, p. 100.

## Conflito de Competência e Local de Cumprimento da Pena

A Turma indeferiu habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que, ao dirimir conflito de competência, indicara o juízo do local do cumprimento da pena como órgão judiciário competente para tratar sobre a sua execução. Pleiteava-se, na espécie, a transferência do paciente para estabelecimento prisional localizado no Estado em que ele fora condenado, ao argumento de lá se encontrarem seus parentes e as pessoas de seu convívio social. Considerando a periculosidade do paciente, o fato de exercer liderança sobre organização criminosa ligada ao narcotráfico e a circunstância de comandar, de dentro da penitenciária, ações contrárias à paz e à ordem públicas, entendeu-se que a execução da pena deveria ocorrer em jurisdição diversa daquela em que condenado. Asseverou-se que, em face da supremacia do interesse público, o Estado em que se dera a condenação seria o lugar menos apropriado para o paciente cumprir sua pena. Declarou-se, também, o prejuízo da medida cautelar pleiteada e do agravo regimental interposto. HC 88508 MC-AgR/RJ, rel. Min. Celso de Mello, 5.9.2006. (HC-88508)<sup>82</sup>

*Informativo nº 419*

*Título*

Distribuição de Sinais de TV a Cabo e Discricionariedade

A Turma, por maioria, manteve acórdão do STJ que indeferira, em face da ausência de direito

---

<sup>82</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 439. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 28 de maio de 2011.

líquido e certo, mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro das Comunicações que negara requerimento de autorização para distribuição de sinais de TV a cabo formulado pela ora recorrente. Alegava-se, na espécie, que, não obstante a empresa haver cumprido todos os requisitos exigidos pela Portaria 250/89, expedida pelo Ministro das Comunicações, seu pleito fora indeferido com base em portaria diversa e aplicada retroativamente, a saber, a Portaria 36/91, emitida pelo Secretário Nacional de Comunicações, na qual suspenso o recebimento dos pedidos de autorização para o referido serviço. Sustentava-se que o ato de distribuição de sinais tornara-se vinculado desde o momento em que disposto que o preenchimento de determinadas condições resultaria na outorga da pretensão. Tendo em conta a supremacia do interesse público sobre o privado, entendeu-se que o agente público pode, no exercício de suas atribuições e a bem do interesse público, deixar de executar ato de natureza precária, como é a autorização, desde que expostos os motivos. Afastou-se, no ponto, a alegação de direito subjetivo respaldada na aludida Portaria 250/89. Por fim, asseverou-se que o administrado não pode obrigar a Administração a conceder-lhe direito que tem como pressuposto de validade o preenchimento de requisitos objetivos (capacidade técnica) e subjetivos (conveniência e oportunidade). Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que dava provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança por considerar que, uma vez atendidos os requisitos vinculados pela própria Administração, esta não poderia invocar o instituto da

discricionariedade, sob pena de o ato tornar-se arbitrário. RMS 22665/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, 14.3.2006. (RMS-22665)<sup>83</sup>

*Informativo nº 356*

*Título*

Inquérito Policial e Direito de Vista

A Turma julgou habeas corpus impetrado em favor de paciente - objeto de inquérito policial - a cujos advogados constituídos as instâncias ordinárias denegaram, em mandado de segurança, o direito de vista dos autos do inquérito e a obtenção de cópias, sob o fundamento de que deveria ser assegurado, no transcurso do procedimento investigatório, o sigilo necessário à elucidação dos fatos (CPP, art. 20), e que a regra do inc. XIV do art. 7º da Lei 8.906/94, que confere o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, deveria ser interpretada tendo em conta a *supremacia do interesse público*, de forma a se restringir a publicação de casos em que o sigilo das investigações fosse imprescindível para a apuração do ilícito penal e de sua autoria. Inicialmente, afastou-se a preliminar de não conhecimento do writ, suscitada pelo Ministério Público Federal, no sentido de não se admitir habeas corpus para defesa de outros interesses que não o da constrição ou do risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física do paciente. Entendeu-se que o caso era de constrangimento que, se existente e ilegal, poderia resultar em prejuízo da defesa do paciente no processo e, em tese, redundar em

---

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 419. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso 28 de maio de 2011.



condenação à pena privativa de liberdade ou na mensuração desta. Salientou-se que o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado, questionável por meio de mandado de segurança, e ameaça, já que mediata, à liberdade do indiciado, por isso legitimado a figurar como paciente no writ voltado a fazer cessar a restrição à atividade de seus defensores. No mérito, considerou-se inexistente o aparente conflito entre os interesses contrapostos. Asseverou-se que a Lei 8.906/94 resolveu em favor da prerrogativa do defensor e contra a oponibilidade ao advogado do sigilo decretado do inquérito, uma vez que no inciso XIV do seu art. 7º não fez nenhuma distinção entre inquéritos sigilosos e não sigilosos. Além disso, concluiu-se que essa oponibilidade esvaziaria a garantia prevista no inciso LXIII, do art. 5º, da CF ("o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"), cuja interpretação alcança o indiciado solto, no sentido de a ele também se estender o direito ao silêncio e, no mínimo, a faculdade da assistência técnica do advogado que constituir, a qual, por sua vez, não seria devidamente prestada se sonegado ao defensor o acesso aos autos do inquérito. Dessa forma, deferiu-se o writ para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes antes da data designada para a sua inquirição. Precedente citado: HC 79191/SP (RTJ 171/258). HC 82354/PR, rel.

Min. Sepúlveda Pertence, 10.8.2004.(HC-82354).<sup>84</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que, atualmente, o Direito administrativo conta com duas versões para a história de sua gênese. Uma, corresponde à versão clássica, vê o nascimento do Direito administrativo na transição do século XVIII para o século XIX, período fortemente marcado pela influência da Revolução francesa.

Outra vê um pecado autoritário na construção de conceitos e princípios pelo Conselho de Estado francês, um órgão que seria “juiz de si mesmo”, e que, a pretexto de superar práticas do Antigo regime, criou privilégios para a Administração e manteve padrões de arbitrariedade próprios do regime anterior.

A versão autoritária do nascimento do Direito administrativo emerge hoje, período marcado pelo que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito. A força normativa da Constituição, a centralidade dos direitos fundamentais e a expansão da jurisdição constitucional marcam esse momento da história e os institutos do Direito administrativo são chamados a uma releitura, ou uma reconstrução.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pilar do próprio Estado de Direito, foi duramente criticado, e com argumentos que não se pode ignorar: desrespeito aos direitos fundamentais, incompatibilidade com a ordem jurídica, indeterminabilidade do conceito de interesse público, inoperância com o postulado da ponderação de interesses, dentre outros.

Porém, diversos autores têm proposto a crítica da crítica,

---

<sup>84</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n° 356. Acesso em 28 de maio de 2011.

refutando esses argumentos, um a um, e propondo a reflexão da comunidade jurídica sobre as teses lançadas.

Verificou-se que a doutrina favorável à manutenção do princípio reputou ardilosas muitas das críticas feitas pela doutrina contrária, a exemplo do caráter absoluto da supremacia do interesse público e a própria incompatibilidade do princípio com postulados de ponderação.

O debate, portanto, está longe de terminar.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda se mostra reticente no sentido de desconsiderar a supremacia do interesse público sobre o privado, como pretende a novel doutrina, e mostra-se acessível a critérios de ponderação no conflito entre interesses públicos e privados de igual proteção constitucional, como aponta os autores favoráveis à manutenção do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento jurídico brasileiro.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2006.

ARAGÃO, Alexandre 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: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*

- Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- BINEMBOJM, 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*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010
- GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. In: *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas,

2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 17.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7<sup>a</sup>. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 3<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.