
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 9	n. 36	p. 1-252	abr./jun. 2009
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2009 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor administrativo: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luís Alberto Pimenta
Bibliotecária: Paloma Fernandes Figueiredo - CRB 2932 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (*sistema double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Direção-geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editor Acadêmico Responsável

Emerson Gabardo

Conselho Diretivo

Paulo Roberto Ferreira Motta (Presidente)

Adriana da Costa Ricardo Schier

Edgar Chiuratto Guimarães

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)

Alice Gonzales Borges (UFBA)

Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)

Carlos Ayres Britto (UFSE)

Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)

Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)

Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)

Clèmerson Merlin Clève (UFPR)

Clovis Beznos (PUC/SP)

Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)

Eros Roberto Grau (USP)

Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)

Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)

Jorge Luís Salomoni (in memoriam)

José Carlos Abraão (UEL)

José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)

José Luís Said (UBA – Argentina)

José Mario Serrate Paz (Universidad de La República – Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Universidad de la República – Uruguai)

Juarez Freitas (UFRGS)

Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)

Lúcia Valle Figueiredo (PUC/SP)

Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)

Marçal Justen Filho (UFPR)

Marcelo Figueiredo (PUC/SP)

Márcio Cammarosano (PUC/SP)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)

Nelson Figueiredo (UFG)

Odilon Borges Junior (UFES)

Pascual Caiella (UBA – Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)

Paulo Henrique Blasi (UFSC)

Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)

Rogério Gesta Leal (UNISC)

Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)

Sérgio Ferraz (PUC/RJ)

Valmir Pontes Filho (UFCE)

Weida Zancaner (PUC/SP)

Yara Stropa (PUC/SP)

Conselho Consultivo

Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)

Profa. Dra. Cristiana Fortini (UNIPAC - MG)

Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)

Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (IDAG - GO)

Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)

Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)

Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)

Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)

Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)

Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (IDRFB - PR)

Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)

Profa. Dra. Tayana Scheila Friedrich (UFPR - PR)

Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)

Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal

Gabriel de Araújo Lima*

Advogado.

Resumo: A partir dos anos 1990 ocorreu a quebra do monismo epistemológico do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e hoje se assiste à emergência de um novo paradigma, multifário e em construção. O processo de superação do paradigma da supremacia independe da crítica de matriz neoliberal e é plenamente compatível com uma ideologia progressista, republicana e democrática. No plano lógico, há contradições intrínsecas insuperáveis na teoria tradicional. Além disso, os fundamentos epistemológicos do paradigma da supremacia (centralidade axiológica dos interesses estatais ou dos interesses coletivos, concepção *idealista* de Estado e do Direito) são incompatíveis com a Constituição Federal e com a teoria jurídica contemporânea, assim como causam efeitos deletérios na regulação da relação entre Estado e Sociedade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Interesse público. Interesse privado. Direitos fundamentais. Idealismo jurídico.

Sumário: 1 Apresentação - 2 Crise e tentativas de revitalização do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado - 3 Superação e obsolescência do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: considerações sobre a questão ideológica - 4 Está a teoria da supremacia ainda assentada sobre uma premissa indiscutível? - 5 A “supremacia do interesse público sobre o privado” submetida a um exame de lógica e conceituação jurídica - 6 Fundamentos epistemológicos da teoria da supremacia e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988 - 6.1 Introdução - 6.2 A pessoa como epicentro axiológico do ordenamento jurídico e a interpretação do Supremo Tribunal Federal em uma hipótese de conflito entre interesse público e direito individual - 6.3 Interesses do Estado = interesses da Sociedade? - 6.4 Por uma epistemologia que não seja meramente idealista - 7 Algumas impressões, idéias e conclusões - Referências

1 Apresentação

Partindo do pressuposto de que os contornos da *teoria da supremacia do interesse público sobre o privado* (doravante também chamada de paradigma dominante ou de *teoria da supremacia*) já são conhecidos do leitor, o presente trabalho inicialmente apresenta uma narrativa panorâmica dos

* <gabriel@rochalima.com>.

discursos críticos encontrados na doutrina nacional a respeito da referida teorização, assim como dos discursos que se insurgem em defesa desta.

Em seguida, procura-se deixar claras as premissas políticas e ideológicas que norteiam este artigo.

A isso segue-se uma rápida reflexão sobre o estado atual da justificação jurídica da teoria da supremacia e submete-se esta a um breve exame de lógica e conceituação jurídica.

No cerne da pesquisa, procura-se demonstrar a incompatibilidade dos fundamentos epistemológicos da *teoria da supremacia* (centralidade axiológica dos interesses estatais ou dos interesses coletivos, concepção *idealista* de Estado e do Direito) com a Constituição Federal de 1988 e com a teoria jurídica contemporânea.

Por fim, apresenta-se um resumo das principais impressões, idéias e conclusões desta investigação.

2 Crise e tentativas de revitalização do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

O paradigma da *supremacia do interesse público sobre o privado*, inspirado no direito administrativo clássico francês,¹ construído pela doutrina jurídica brasileira desde meados do século XIX² e considerado um dos pilares do chamado direito público,³ está em crise.⁴

O momento a partir do qual se caracterizou essa crise e a quebra do monismo epistemológico em questão não é exato e tem menos a ver com um marco teórico específico, por si só apto a suplantiar o paradigma dominante, do que com os reflexos progressivos na teoria do Direito das transformações jurídico-sociais ocorridas no Brasil e no mundo nos últimos quarenta anos, aproximadamente.

¹ A respeito dos fundamentos históricos do aludido princípio da supremacia e sua correlação com a doutrina francesa, confira-se: NEQUETE. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*.

² PIMENTA BUENO. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*; CAVALCANTI. *Instituições de direito administrativo brasileiro*; MELLO. *Natureza e regime jurídico das autarquias*; MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*.

³ Cf.: MELLO. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. DI PIETRO. *Direito administrativo*. 21. ed. CARVALHO. *Curso de direito tributário*. 11. ed.

⁴ Por certo não há exclusivamente uma crise do "princípio da supremacia do interesse público sobre o privado" — e, conseqüentemente, do chamado Direito Público —, mas crise do Direito (e do Estado). A crítica ao projeto da modernidade e posteriormente ao Estado de Bem-Estar Social, sob os mais variados enfoques ideológicos, e as transformações nas condições políticas e materiais ocorridas com a globalização, instauraram um estado quase permanente de crise no Direito e no Estado. A dinâmica do capitalismo de certa forma implica (talvez até mesmo requeira) um estado permanente de crise. O presente trabalho dedica-se a um dos pontos da crise que ocorre nas articulações entre Sociedade, Estado e Direito.

O dissenso é composto por discursos de variadas orientações epistemológicas e ideológicas, organizados sob distintos pressupostos e com diferentes propósitos, discursos estes que se evidenciaram no alvorecer dos anos 1990 — não em uma ordem cronológica perfeitamente sucessiva — e atualmente influenciam de modo indelével a produção teórico-jurídica nacional.

Uma inflexão inicial ao paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado — publicada por Carlos Ari Sundfeld em 1992 — impugna a expressão “supremacia”, pois esta designa o que está acima de tudo, e o interesse público não está acima da ordem jurídica: o interesse público teria apenas *prioridade* em relação ao privado, de modo que seria mais apropriado falar-se em *princípio da autoridade*.⁵

Destaca-se, também, a releitura da *teoria da supremacia* com um viés mais pluralista e de mais consideração à eficácia dos direitos fundamentais, realizada por Juarez Freitas, que propõe um novo enunciado: “princípio do interesse público”.⁶

Por sua vez, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto propõe que o princípio da supremacia do interesse público seja revisto, de modo a adquirir a feição de *prevalência* dos interesses públicos, balizado por três subprincípios: a) interdição do atendimento de interesses particularísticos; b) obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; c) imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais.⁷

A ruptura com o paradigma dominante e a viragem epistemológica, no entanto, é manifestada por outras duas linhas de fundamentação.

Uma, defendida por Eros Grau e, de maneira similar, por Fernando Herren Aguillar, no sentido de que o Estado, de fato, não representa os interesses da Sociedade e por isso o chamado interesse público, interpretado e manifestado pelo Estado, na realidade, no *mundo do ser*, consiste em interesse estatal.⁸

⁵ SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*. Consultada, também, a 3. tiragem da 3. edição de 1998. p. 143.

⁶ FREITAS. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*.

⁷ Balizado por três subprincípios: a) interdição do atendimento de interesses particularísticos; b) obrigatoriedade de ponderação de todos os interesses públicos enredados no caso específico; c) imprescindibilidade de explicitação das razões de atendimento de um interesse público em detrimento dos demais MARQUES NETO. *A republicação do Estado e os interesses públicos*. Convertida no livro *Regulação estatal e interesses públicos*.

⁸ GRAU. Crítica e defesa da legalidade. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. Para este trabalho também consultamos a 3. edição, de 2000. p. 124. AGUILLAR. *Controle social de serviços públicos*, p. 45.

Outra, manifestada por Humberto Bergman Ávila,⁹ segundo a qual o chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”, rigorosamente, não é um princípio jurídico ou uma norma-princípio, tampouco pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo. Em outras palavras: o ordenamento jurídico brasileiro não contempla a teoria da supremacia do interesse público sobre o privado.

O dissenso recebe, ainda, o aporte de Marçal Justen Filho,¹⁰ prediciando, em síntese, que a rejeição ao critério da supremacia do interesse público deriva de ser ele incompatível com um Estado Democrático de Direito e que a atividade do Estado Democrático de Direito subordina-se à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

O regime jurídico dos direitos fundamentais e seus efeitos sobre todas as espécies de relações jurídicas, a constitucionalização do Direito e outros tópicos da hermenêutica constitucional contemporânea inspiraram trabalhos de Patrícia Baptista,¹¹ Paulo Ricardo Schier,¹² Alexandre Santos de Aragão,¹³ Daniel Sarmiento¹⁴ e Gustavo Binenbojm,¹⁵ cada um sob um distinto enfoque, nos quais a juridicidade do “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” é colocada em xeque.

O livro¹⁶ reunindo os textos dos quatro últimos autores mencionados, além do de Humberto Ávila, antes referido, lançado em 2005, constitui uma espécie de *manifesto* que simboliza a transição paradigmática, sob o

⁹ ÁVILA. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 24, p. 159-180. Republicado em: SARLET, Ingo (Org.). *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 99-127; Por fim, em SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Consultada aqui a segunda tiragem dessa obra, publicada em 2007. p. 171-215.

¹⁰ JUSTEN FILHO. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26. JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 35-47.

¹¹ BAPTISTA. *Transformações no direito administrativo*.

¹² SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, n. 2, p. 55-72. Publicado também em *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 138, 21 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4531>> e posteriormente em SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem.

¹³ ARAGÃO. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem, p. 1-22.

¹⁴ SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem, p. 23-116.

¹⁵ BINENBOJM. Da Supremacia do Interesse Público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem, p. 117-169.

¹⁶ SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. 2. tiragem.

título de “desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”.

A releitura das prerrogativas da Administração sob a ótica dos direitos fundamentais é operada, igualmente, por outros prestigiosos trabalhos de direito administrativo¹⁷ e constitucional¹⁸ contemporâneo, destacando-se a posição de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.¹⁹

A *mudança paradigmática* no campo da Administração, decorrente, também, do reconhecimento de direitos fundamentais positivos, é descrita por Romeu Felipe Bacellar Filho da seguinte forma: da Administração de agressão para a Administração de prestação; do Estado de Direito para o Estado Social; da Administração de autoridade para a Administração de cooperação.²⁰

A sedimentação do discurso emergente ocorre com as reedições de seus textos fundamentais, bem como com a sua incorporação a manuais de Direito Administrativo²¹ e difusão em textos²² e eventos acadêmicos.²³

O processo de crítica e erosão da *teoria da supremacia do interesse público sobre o privado* está a influenciar o discurso do Direito Administrativo atual em tamanha medida, que autoriza a se falar que a nova concepção, multifária e em construção, constitui um *paradigma emergente*.²⁴

¹⁷ Dentre os quais se salientam os de Diogo de Figueiredo Moreira Neto soerguendo a Sociedade como titular do interesse público e propondo a prevalência dos interesses das pessoas, e de Luciana Gaspar Melquíades Duarte, que faz uma análise materialista histórica do tema, segundo a qual o Estado estaria a serviço dos interesses das elites econômicas, e que, desta forma, aquilo que ele apresenta como interesse público para justificar sua atuação pode estar a serviço de interesse (econômico) particular. MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*, p. 124-126. DUARTE. *Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*.

¹⁸ Nesse sentido: SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed.; SAMPAIO (Coord.). *Crise e desafio da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*.

¹⁹ SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 389-390.

²⁰ BACELLAR FILHO. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 113.

²¹ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*. BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. MEDAUAR. *Direito administrativo moderno*. 12. ed.

²² PEDRON. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 8, n. 33, p. 193-217. SAMPAIO (Coord.). *Crise e desafio da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*.

²³ Por todas, menciona-se as palestras de: CLÈVE, Clèmerson Merlin. In: II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Curitiba, 2006; GORDILLO, Agustín. In: II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Curitiba, 2006. UYEDA. *Supremacia do Interesse Público em face dos direitos constitucionalmente assegurados*.

²⁴ Paradigma emergente no sentido empregado por: SANTOS. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed., v. 1.

O *dissenso* recebeu e está a receber diversas reflexões e impugnações em seu percurso.

O receio ou a suposição de que a alegada superação paradigmática esteja baseada no e/ou propositada ao individualismo de matriz neoliberal, resultando em prejuízo aos interesses da coletividade, permeia as reflexões mais significativas promovidas em face do discurso emergente.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório reafirma a superioridade do interesse público, reputando-a como consequência de normas constitucionais protetivas de bens e valores coletivos²⁵ e que a supremacia do interesse público seria uma norma constitucional voltada especificamente ao controle das atividades públicas, não acarretando “um privilégio da Administração Pública em detrimento dos interesses dos particulares (propriedade, liberdade)”.²⁶

Ainda na linha de defesa do paradigma dominante, destaca-se a voz de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual o *dissenso* ora em voga tem origem no contratualismo e representa o individualismo e os ideais do neoliberalismo. Aborda a luta pelo bem-comum no Estado Social de Direito e sustenta que o discurso emergente é incompatível com o ordenamento jurídico.²⁷

Por sua vez, também na linha da boa tradição publicística brasileira, genuinamente preocupada com a preservação do chamado *interesse público primário*, a eminente professora Alice Gonzalez Borges²⁸ reitera a fundamentação tradicional a respeito de interesse público e da superioridade dos interesses da coletividade em relação aos interesses individuais. Justifica as prerrogativas de potestade pública como forma de manter a estabilidade e a ordem necessárias para a vida em sociedade, sustenta que os direitos fundamentais constituem “o grau mais elevado de interesses públicos, que devem, em regra, prevalecer sobre todos os demais interesses, públicos e individuais”²⁹ e defende o método da ponderação e o uso do “princípio” da proporcionalidade.

²⁵ OSÓRIO. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107. Apud NEQUETE. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*, p. 211.

²⁶ OSÓRIO. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 89. Apud NEQUETE. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*, p. 211.

²⁷ DI PIETRO. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 48, p. 63-76.

²⁸ BORGES, A. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15.

²⁹ BORGES. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, p. 21.

Essa trilha é aprofundada por Iuri Mattos de Carvalho, que procura aprimorar a teoria da supremacia mediante a utilização de ferramentas do constitucionalismo contemporâneo, como tentativa de superar algumas das críticas caracterizadoras do paradigma emergente.³⁰

Como critérios para a análise das decisões administrativas sugere o seguinte: a) o ato discricionário deve buscar a realização ou proteção de um direito fundamental, seja interesse coletivo ou direito individual, sob pena de nulidade; b) se a decisão foi praticada para realizar direitos fundamentais, deve passar pelos testes impostos pelo princípio da proporcionalidade: adequação (idoneidade), necessidade e ponderação (proporcionalidade em sentido estrito). Conclui ressaltando que “o comprometimento da Administração Pública com a realização do interesse público é o compromisso com um procedimento, um método para se alcançar a decisão administrativa que melhor realize os direitos fundamentais, levando-se em consideração o caso concreto”.³¹

Na falta de expressão melhor, chame-se essa linha que absorve alguns dos aportes teóricos do paradigma emergente e sofisticada a formulação original do “princípio da supremacia” de *teoria eclética da supremacia do interesse público sobre o privado*.

3 Superação e obsolescência do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: considerações sobre a questão ideológica

É alvissareiro que a teoria do Direito Administrativo esteja a receber contribuições de discursos mais dialéticos, compreensivos e informados pela teoria dos direitos fundamentais.

Apesar das diferenças entre si, os discursos contemporâneos sobre o paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado contribuem para o aprimoramento, através do Direito, das relações entre Estado e Sociedade.

Com efeito, são pertinentes as preocupações e os questionamentos, explícitos ou implícitos, do discurso recente da *teoria da supremacia*, com a eventual conotação neoliberal (marcada pelo individualismo exacerbado e pela premissa de desregulação) do discurso emergente.

³⁰ CARVALHO. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 16.

³¹ CARVALHO. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução, *Revista Diálogo Jurídico*, n. 16, p. 15.

A História está a mostrar que o neoliberalismo está mais preocupado com o capital do que com a liberdade, relegando ao museu os grandes ideais do liberalismo clássico.³² Na esteira de Fábio Konder Comparato, é forçoso concluir que o neoliberalismo “levou a um enfraquecimento generalizado do poder de governação, com o desbridamento das forças do mercado e das velhas rivalidades étnicas e culturais. Os perdedores, como sempre, são fracos, os pobres, os humildes.”³³

Vive-se uma marcha de aceitação do poder econômico, com evidências do esmigalhamento da solidariedade cívica, de desilusão e esquecimento da política, de políticas internas de países periféricos orientadas (determinadas?) por instituições externas controladas pelos países centrais, em que os mercados, indenes a qualquer controle democrático, assumem funções de comando em setores da vida que até então eram mantidos coesos de forma política ou pelas formas de comunicação pré-política.³⁴

Nesse contexto, é preciso ter cuidado com discursos que, por um lado, prestam verdadeira adoração ao princípio da dignidade da pessoa humana,³⁵ mas, por outro, adulam (ou se omitem a respeito de) medidas jurídicas ou políticas públicas que conduzem à degradação do meio ambiente, à precarização do mercado de trabalho, à mercantilização da educação e da cultura, à desigualdade social, à erosão do serviço público e do espaço público, enfim, à ineficácia dos direitos fundamentais (sob perspectiva coletiva e individual).

A dissolução do paradigma da *supremacia do interesse público sobre o privado*, no entanto, independe da crítica de matriz neoliberal.

Nada obstante os melhores propósitos de seus próceres, a *teoria da supremacia* não está, efetivamente, a proteger e promover os valores da democracia, da república, da legalidade e/ou do Estado Social.

Abrindo um parêntese, note-se que a *teoria eclética*, embora se disponha a resolver anomalias e permita predições diferentes daquelas

³² ROUANET. *Mal-estar na modernidade*.

³³ COMPARATO. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed., p. 536.

³⁴ HABERMAS. Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas. *Folha de S. Paulo*.

³⁵ A partir da Constituição de 1988, a palavra *dignidade* passou a ser recorrente não apenas nos discursos estritamente jurídicos, mas também políticos, como bem ilustra o seguinte trecho que conclui a apresentação do Plano Diretor da Reforma do Estado em nov. 1995 pelo então Presidente da República:

“É nosso dever dar uma resposta urgente e eficaz à população, que, ao me eleger Presidente da República, acreditou na capacidade deste Governo de mudar o Brasil, criando um modelo de justiça social, em que o direito à uma vida com dignidade lhe seja garantido.” Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2002.

da teoria em crise,³⁶ não se dispõe a superar o paradigma dominante, procurando através da hermenêutica oferecer soluções teóricas ainda dentro — e para a manutenção — deste. Consiste, pois, em uma vertente subparadigmática.³⁷

Na linha do que predica Kuhn, embora a inclusão lógica seja uma concepção admissível na relação existente entre teorias científicas sucessivas,³⁸ verifica-se uma incompatibilidade entre a visão e a epistemologia da teoria dominante e as da teoria emergente.

Como será melhor demonstrado ao longo do texto, a teoria da supremacia, mesmo em sua versão *eclética*, filia-se ao pensamento holístico e concebe o Estado como entidade *ideal*, concepções estas que se mostram incompatíveis com a Constituição Federal em vigor.

É necessário avançar.

Avançar não significa aniquilar o regime jurídico administrativo, nem se questionar o *princípio da finalidade*,³⁹ decorrente do princípio republicano.

Não há de se contrariar a lição clássica de Ruy Cirne Lima, segundo a qual na “Administração o dever e a finalidade são predominantes”.⁴⁰

No campo do paradigma emergente ao qual o presente discurso se filia não se busca uma “fuga para o direito privado”,⁴¹ que na realidade importa em fuga do Direito.⁴² Há, no entanto, ainda na linha de Cirne Lima, necessidade de libertar a doutrina administrativista do preconceito segundo o qual, no limiar das relações onde o Estado esteja presente, cessariam, como por ablação, as categorias jurídicas, comuns a todas as partições e subdivisões do direito positivo.⁴³ A ordem jurídica é uma só e a incidência de um regime jurídico diferenciado se justifica por uma questão ética, mais do que por imperativos técnicos.

³⁶ Dois dos elementos que devem caracterizar a nova teoria, cf. KUHN. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed., p. 131.

³⁷ Cf. SANTOS. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, p. 16.

³⁸ KUHN. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 132.

³⁹ Cabe aqui fazer a observação de que Maria Sylvia Zanella Di Pietro concebe o “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” como sinônimo do *princípio da finalidade*, posição esta que nos parece equivocada.

⁴⁰ LIMA. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, p. 106.

⁴¹ ESTORNINHO. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. ed.

⁴² Cf. PÉREZ. *La ética en la Administración Pública*.

⁴³ LIMA. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. t. 1, p. 8. No original: [temos] “necessidade de libertar-nos do preconceito, segundo o qual, no limiar do Direito Público, cessam, como por ablação, as categorias jurídicas, comuns a todas as partições e subdivisões do direito positivo”.

Em um país como o Brasil, que ainda convive com práticas *patrimonialistas*, é necessária e urgente a publicização⁴⁴ ou desprivatização⁴⁵ do Estado.

É imperioso, também, que, por um lado, sejam asseguradas condições materiais e formais para que o Estado execute efetivamente seu papel de realização das normas constitucionais, e, por outro, que ocorra o controle social⁴⁶ das atividades estatais e a radicalização⁴⁷ da democracia (formal e material) e dos mecanismos republicanos.

Nessa perspectiva político-ideológica, a proteção e promoção dos direitos fundamentais⁴⁸ e a construção de uma sociedade mais justa e igualitária são fins a serem alcançados pelo Estado.

Tais premissas ideológicas, no entanto, não impedem a percepção de que o *paradigma da supremacia* sofre simultaneamente processos de *superação* e de *obsolescência*, mais deste do que daquele, pois cumpriu diminuta parcela de suas promessas.⁴⁹

O presente trabalho recebe o venerável legado da *teoria da supremacia do interesse público* como raiz indispensável para explicar o presente⁵⁰ e construir o futuro, mas o considera esvaziado de sentido e função; por isso, se dispõe a acrescentar mais alguns tijolos, reconhecidamente brutos e secundários, na escada paradigmática que se está a construir.

4 Está a teoria da supremacia ainda assentada sobre uma premissa indiscutível?

Inicialmente, observe-se que os discursos do paradigma dominante não superaram os fundamentos de que a *supremacia do interesse público sobre o privado* (a) não é um *princípio jurídico* ou uma *norma-princípio*, pois (a1) *conceitualmente*, não é uma norma-princípio, (a2) *normativamente*, não é uma

⁴⁴ Marques Neto fala em republicização, que tem a vantagem de remeter ao termo República, mas opta-se aqui pela expressão publicização por se considerar que o Estado brasileiro jamais foi plenamente público. *Regulação estatal e interesses públicos*, p. 178.

⁴⁵ GRAU. Modo de produção capitalista e regulação. In: *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 102.

⁴⁶ A acepção de controle social aqui diz respeito "ao exercício do direito de fiscalização, por intermédio da participação popular, da atividade pública quanto à eficiência e à observância dos limites estabelecidos pela Constituição", conforme conceito de FREITAS. O controle social do orçamento público. *Revista Interesse Público*, v. 11.

⁴⁷ No sentido de se aprofundar, levar à raiz.

⁴⁸ Fala-se aqui de todas as gerações ou dimensões de direitos fundamentais e levam-se em conta quatro principais funções dos direitos fundamentais: de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação. Cf. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed.

⁴⁹ Raciocínio análogo ao de Boaventura de Sousa Santos em relação ao paradigma sócio-cultural da modernidade, em *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência, p. 49.

⁵⁰ Figura de linguagem tomada de empréstimo de FACHIN. *Teoria crítica do direito civil*, p. 5.

norma-princípio, (a3) não pode *conceitualmente* e *normativamente* descrever uma relação de supremacia, assim como (2) não se configura como um *postulado* explicativo do Direito Administrativo.

A juridicidade da supremacia do interesse público sobre o privado, ao que parece, continua assentada sobre o argumento de se tratar de um axioma,⁵¹ este entendido como uma premissa considerada evidente e admitida como verdadeira independentemente de demonstração.

5 A “supremacia do interesse público sobre o privado” submetida a um exame de lógica e conceituação jurídica

No plano lógico, há uma contradição intrínseca na proposição do “princípio” em questão: se o interesse público contempla os interesses privados, o enunciado, sob o ponto de vista *lógico*, não poderia prever uma supremacia *a priori* dos interesses públicos em face dos interesses privados.

De duas, uma: ou se concebe que o interesse público é o interesse estatal (e aí não haverá objeção lógica entre a premissa maior e a conclusão); ou o interesse público contempla os interesses privados e sobre estes não exerce relação de supremacia.

Tal óbice não foi superado pela teoria eclética do princípio da supremacia.

Em outras palavras, se o “princípio da supremacia” já pressupõe uma oposição entre o interesse público e o interesse privado e a prevalência *a priori* daquele sobre este, o enunciado da supremacia não admite que em uma determinada situação concreta o interesse público consista em proteger o interesse privado.

Se a supremacia em vista é a do interesse público primário, a teoria ora questionada se mostra estéril, pois não serve como critério para a solução do conflito entre diversos interesses legítimos (típica característica de uma formulação informada, também, pelo positivismo, como se verá adiante).

Ou bem se reconhece a dissolução do “princípio da supremacia do interesse público sobre privado” e se sustenta a aplicação do *postulado normativo da proporcionalidade* e do método de *ponderação*, integrando a proteção aos interesses particulares no conceito de interesse público, ou se

⁵¹ Cf. MELLO. *Curso de direito administrativo*. 25. ed, p. 69-70: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, afirmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.”

lhe reconhece tal como é, ou seja, opondo interesse público ao interesse privado, e, conseqüentemente, se admite sua inutilidade para as hipóteses de conflitos entre princípios ou entre diversos interesses igualmente públicos.

Como bem observa Gustavo Binbenbojm, se um princípio se presta a afirmar que ao final de um processo ponderativo o que há de prevalecer (o interesse público) sempre prevalecerá, não se trata de um princípio, mas de uma tautologia.⁵²

Do exame dessa incongruência lógica decorre desde logo a conclusão de que *conceitualmente* a supremacia do interesse público sobre o privado não é uma norma-princípio, pois os princípios não estabelecem uma relação abstrata de prevalência absoluta, mas descrevem uma relação concreta de prevalência relativa, cujo conteúdo depende das circunstâncias do caso e cujos efeitos apenas são desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido.⁵³

Em meio à multiplicidade de argumentos e contra-argumentos que caracterizam o debate e tendo em vista a importância do tema para o Direito, um mergulho em busca de alguns dos pressupostos epistemológicos do paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado pode contribuir para a análise crítica do confronto paradigmático.

6 Fundamentos epistemológicos da teoria da supremacia e sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988

6.1 Introdução

Os fundamentos epistemológicos da teoria da supremacia do interesse público sobre o privado são contraditórios, insuficientes e incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

O paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado *idealiza* o Estado e o coloca como epicentro axiológico do sistema normativo.

Por seus fundamentos, nota-se que o paradigma dominante sofreu influência do idealismo kantiano (fonte do formalismo e do positivismo) e do idealismo organicista hegeliano.

⁵² BINENBOJM. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 167.

⁵³ ÁVILA. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 186.

6.2 A pessoa como epicentro axiológico do ordenamento jurídico e a interpretação do Supremo Tribunal Federal em uma hipótese de conflito entre interesse público e direito individual

“Em Hegel”, comenta Calixto Salomão Filho, “a realidade parece auto-explicativa e suficiente. Hegel procura fazer dessa realidade algo ideal ou idealizado, que se conforme à sua dialética universal. Essa regra dialética universal tem como princípio a oposição das partes ao todo. E Hegel identifica esse todo, que tende a prevalecer, com o Estado, que concentra o poder. Ainda que não se referindo ao poder privado, Hegel faz uma verdadeira apologia do poder (estatal) como força organizadora da sociedade.”⁵⁴

Leia-se:

258 - O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever.⁵⁵

A filosofia hegeliana rompe com a idéia de fundar a legitimidade do Direito e do Estado em um suposto Contrato Social, aprovado pelos indivíduos. A legitimidade associada às instituições governamentais do Estado é baseada em princípios de moralidade política imanentes aos costumes, às normas e práticas pré-jurídicas que configuram aquilo que chama de sociedade civil. O eminente filósofo de Stuttgart prega, no entanto, um Estado que é um todo único e orgânico, que pretende comportar-se racionalmente e ordenar todas as coisas racionalmente, mas que não pode permitir a expressão da iniciativa ou da dissensão individual, atitudes que se oporiam ao planejamento racional.⁵⁶

Em Hegel, a Família é a tese; a Sociedade Civil a antítese e o Estado a síntese.⁵⁷

No holismo hegeliano,⁵⁸ modelo em que a teoria da supremacia do

⁵⁴ SALOMÃO FILHO; COMPARATO. *O poder de controle na sociedade anônima*, p. 4.

⁵⁵ HEGEL. *Princípios da filosofia do direito*, p. 173-174.

⁵⁶ Posição atribuída a liberais por Wayne Morrison, com a qual concordamos plenamente. MORISSON. *Filosofia do direito*, p. 210, nota 36.

⁵⁷ SANTOS. *Pela mão de Alice*, p. 120.

⁵⁸ Sobre a dicotomia organicismo/individualismo, consulte-se: SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 52-58.

interesse público sobre o privado se insere, há uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual.

“Trata-se, em suma,” conforme Daniel Sarmento, “de filosofia autoritária e liberticida, que não reflete a relação mantida no mundo moderno pelos indivíduos com as sociedades políticas em que se inserem”.⁵⁹

É possível, também, se vislumbrar a *teoria da supremacia* a partir de uma perspectiva que não seja propriamente holista, mas *utilitarista*.⁶⁰ Nessa hipótese, os direitos fundamentais somente serão respeitados se isso convier à promoção do bem-estar geral — identificando-se este com os interesses individuais prevaletentes na sociedade brasileira.⁶¹

A História está repleta de exemplos de que a mitigação dos interesses individuais em prol de uma “causa maior”, coletiva, como “interesse nacional”, “interesse geral”, é um instrumento ágil para a implantação de um regime totalitário ou autoritário.⁶²

O cerne da questão, no entanto, não está em enquadrar a *teoria da supremacia* como holista ou utilitarista, mas na constatação de que no referido paradigma a primazia axiológica é do interesse estatal ou do interesse coletivo, em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade da entidade superior encarnada pelo ente estatal, é mais importante do que a realização dos interesses de cada um.

Inequivocamente, esse aspecto do paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado — centralidade axiológica do interesse estatal ou do interesse coletivo — é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

A Constituição da República afirma a “primazia da pessoa humana sobre o Estado e qualquer entidade intermediária, e reconhece no indivíduo a capacidade moral de escolher seus planos e projetos de vida”,⁶³

⁵⁹ SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 57.

⁶⁰ Utilitarismo no sentido concebido por MILL. *Utilitarianism*. BENTHAM. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

⁶¹ SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 62.

⁶² Cf. ARENDT. *The Origins of Totalitarianism*, p. 267-302. Obra na qual associa-se a redução e supressão dos direitos humanos, o declínio do Estado-Nação à implantação dos regimes totalitários na Europa na primeira metade do século XX.

⁶³ SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 78.

consagrando o que a doutrina jurídica,⁶⁴ tanto a especializada em Direito Administrativo,⁶⁵ como a dedicada ao Direito Civil,⁶⁶ está a designar de *personalismo* ou *personalização* do Direito.

A valorização da pessoa humana é o principal móvel do ordenamento jurídico.

Não se trata de defender a supremacia do indivíduo perante a coletividade, mas de reconhecer os direitos fundamentais como epicentro axiológico do sistema normativo.

Os direitos fundamentais e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana não informam apenas o Direito Administrativo, mas o Direito, e, conseqüentemente, a atuação do Estado.

A concepção da supremacia do interesse público sobre o privado é inconciliável com o Estado Democrático de Direito (art. 1º), que contempla a autonomia pública e privada dos indivíduos e tem, reiteradamente, como epicentro axiológico o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e igualmente incompatível com os princípios da livre iniciativa e da subsidiariedade (art. 1º, IV, e 170).

Cuida-se, pois, de uma tese que não se harmoniza com o regime dos direitos fundamentais, eleitos, ademais, como cláusulas pétreas pelo sistema constitucional pátrio (art. 60, §4º, IV).

A análise do sistema constitucional brasileiro à luz do regime jurídico das restrições de direitos fundamentais e da idéia de unidade da Constituição resulta em conclusões que contrariam frontalmente a *teoria da supremacia*, conforme acentua Paulo Schier:

I - Interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro;

II - Eventuais colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito);

⁶⁴ O repúdio à opção entre organicismo e individualismo também ocorre, há décadas, nas discussões de outras ciências sociais. Nesse sentido, é ilustrativa a argumentação feita por Mario Bunge, comparando o organicismo (holismo) a uma prisão, o individualismo a uma casa de leilões e propondo um modelo sistêmico para os regimes políticos. BUNGE. *Social Science Under Debate: a Philosophical Perspective*, p. 274, 447.

⁶⁵ JUSTEN FILHO. *Curso de direito administrativo*, p. 46. SARMENTO. Interesses públicos vs interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 57.

⁶⁶ FACHIN. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*.

III - Outras colisões são remetidas ao campo das restrições dos direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (observado o princípio da reserva de lei) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (ou princípio) da proporcionalidade e respeito (manutenção) do núcleo essencial daqueles (por decorrência da proibição do excesso);

IV - Um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predefinido, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.⁶⁷

Outrossim, a centralidade dos direitos fundamentais outorga aos direitos individuais uma precedência *prima facie* em relação aos interesses coletivos.⁶⁸ Isso significa que há um ônus de argumentação maior para que os interesses públicos possam eventualmente sobrepujar os direitos individuais.

O Supremo Tribunal Federal parece ter se alinhado a esse entendimento.

Nesse sentido, destaca-se o julgamento do Habeas Corpus nº 91.952,⁶⁹ no qual se discutiu o uso de algemas no acusado durante os atos processuais, assim como a nulidade do julgamento no tribunal do júri decorrente da utilização daquelas.

Deixando de lado a parte que tratou de matéria processual penal (nulidade do julgamento em primeiro grau), a decisão em comento é deveras ilustrativa do raciocínio que se está aqui a desenvolver, pois deixou claro que no confronto entre os direitos individuais do acusado (dignidade da pessoa humana e proteção contra tratamento degradante) e o interesse público referente à ordem e segurança no local de julgamento, assiste a este o ônus argumentativo para suplantar aquele.

Naquela oportunidade, o ministro Marco Aurélio pontuou que se tratava do julgamento de uma pessoa acusada de crime doloso contra a

⁶⁷ SCHIER. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, p. 235-236.

⁶⁸ Cf. ALEXY. *Derechos Individuales y Bienes Colectivos*. In: *El concepto y la validez del Derecho*, p. 207.

⁶⁹ HC nº 91952, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07.08.2008, DJe-241 divulg. 18.12.2008, public. 19.12.2008, ement. vol-02346-04, p-00850.

vida, “mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito”. Prossegue: “Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais — artigo 32 —, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. A ele é assegurado o respeito à integridade física e moral — inciso XLIX.”

Destaca-se, ainda, a passagem do voto do ministro Gilmar Mendes, segundo o qual “aplica-se também o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão em que o homem não pode ser transformado em objeto dos processos estatais”.

A excelsa corte entendeu que para suplantar os direitos fundamentais do acusado e, portanto, autorizar ou determinar o uso de algemas, a autoridade deve demonstrar cabalmente sua necessidade, justificada em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física, própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

Para fixar e difundir essa referencial interpretação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 11:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Tal interpretação reforça o paradigma emergente: não se busca o desprestígio do interesse público em face dos direitos fundamentais, mas no confronto entre um direito individual fundamental e o interesse público ou coletivo, deve haver uma ponderação dos valores em jogo e para que o interesse público ou coletivo prevaleça deve haver por parte da autoridade fundamentação expressa, baseada em dados concretos, suficientes para suplantar, nesse caso, o interesse particular.

A idéia de Direito compactua com a de equilíbrio, prudência, não com a de supremacia.

6.3 Interesses do Estado = interesses da Sociedade?

A identificação entre os interesses manifestados pelo Estado e os interesses da Sociedade é questionada por uma relevante corrente doutrinária.

Analisando a teoria da supremacia do interesse público sobre o privado e fazendo alusão a sua inspiração na tese idealista hegeliana, Fernando Herren Aguillar não vislumbra que os interesses do Estado coincidam com os interesses da Sociedade⁷⁰ e afirma que ao rejeitarem a idéia de bem comum decorrente de um contrato social, “os defensores da idéia da supremacia do interesse público sobre o interesse privado inauguraram, contraditoriamente, um novo contrato social, porém a serviço de outros interesses”.⁷¹

Partindo de outras reflexões, Eros Grau também objurga que o interesse veiculado pelo Estado (o interesse público) seja o interesse da Sociedade (o interesse social).⁷²

Tais considerações servem de introdução para abordar outra objeção epistemológica à teoria da supremacia: sua natureza meramente *idealista*.

6.4 Por uma epistemologia que não seja meramente idealista

Na teoria do direito a doutrina da supremacia do interesse público sobre o privado insere-se em vertente epistemológica marcada pelo denominado *idealismo jurídico*.⁷³

Kant refere-se ao *ideal* como característica daquilo que está apenas no espírito, ou pelo menos que só pode ser conhecido enquanto fenômeno do espírito.⁷⁴ Nesse sentido, ideal é aquilo que satisfaz a todas as exigências do pensamento, mas a que falta a realidade, a existência; toda realidade, toda existência.⁷⁵

Salomão Filho aborda com propriedade esse tema:

A tensão entre ideal e realidade é talvez o traço mais marcante da filosofia moderna. Essa tensão é particularmente rica para a análise dos fenômenos de poder.

É o que se nota nos dois grandes pólos da moderna filosofia unitária: Kant e Hegel. O mundo ideal, do conhecimento a priori de Kant abre as portas para o positivismo científico e para o cientificismo do mundo moderno.

Particularmente útil na filosofia Kantiana para essa visão tecno-científica em relação aos fenômenos sociais e de poder são os conceitos sintéticos a priori,

⁷⁰ AGUILLAR. *Controle social de serviços públicos*, p. 45.

⁷¹ AGUILLAR. *Controle social de serviços públicos*, p. 47.

⁷² GRAU. Crítica e defesa da legalidade. In: *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 124.

⁷³ Sobre a influência do *idealismo* na concepção de justiça, confira-se a obra de VILLEY. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, p. 52.

⁷⁴ Em *Crítica da razão pura*, apud LALANDE. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p. 486.

⁷⁵ LALANDE. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*, p. 486.

i.e., aqueles conceitos que, apesar de não puramente analíticos (dedutíveis a partir da lógica) e que, portanto, requerem uma análise e comprovação na prática, podem ser definidos *a priori*, ou seja, antes mesmo da realidade que lhes cabe interpretar.⁷⁶

Embora não tenha fundamento no ordenamento jurídico, a epistemologia da teoria da supremacia do interesse público sobre o privado, paradoxalmente, contém traços nitidamente formalistas e positivistas.

Ao estabelecer a prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado e ao mesmo tempo ressaltar que o interesse público não se confunde com o interesse estatal, a teoria da supremacia revela nítida feição *formalista*,⁷⁷ pois quando invocada para resolver um caso concreto se revela insuficiente. Por si só, ela não comporta elementos que lhe facultem acompanhar a diversidade das ocorrências e, daí, de soluções distintas.

A teoria em questão ostenta, também, traço característico do *positivismo*: é inoperacional em situações de contradições de princípios.

Essas dificuldades ganham relevo quando se tem em mente que, como “princípio” estruturante do direito público, o “princípio da supremacia do interesse público” informaria não apenas a produção de atos administrativos, mas também legislativos e judiciários.

O administrador, o legislador e o juiz enfrentam inúmeras situações em que há uma multiplicidade de interesses em jogo e correspondentes princípios que os albergam. Como referido no capítulo “5” acima, um quadro de tal complexidade demonstra que o chamado “princípio da supremacia do interesse público” não serve como critério para a solução do conflito entre diversos interesses legítimos.

Prosseguindo, na teoria do direito e na teoria do Estado o idealismo implica procurar a *verdade* apenas de acordo com o *dever-ser*, não com o *ser*, assim como no isolamento das proposições jurídicas na sua própria estrutura, com desinteresse pelas suas conseqüências.⁷⁸

⁷⁶ SALOMÃO FILHO; COMPARATO. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed., 2. tiragem, p. 4.

⁷⁷ Cf. CORDEIRO. Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In: CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed., p. XX.

⁷⁸ Da maneira como é professada a doutrina da supremacia do interesse público sobre o privado, “é possível filiá-la ao *idealismo romântico*, proposto por Schopenhauer (“O mundo é a minha representação”), Renouvier, Cohen, Natorp, Windelband, Rickert, Lotze, Hamelin, Martinetti e outros, pois tem em comum com ele (o idealismo romântico) o pressuposto gnosiológico fundamental: a redução do objeto de conhecimento a representação ou idéia. Cf. ABBAGNANO. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. Tradução da 1. edição por Alfredo Bosi, revisão e atualização por Ivone Castilho Benedetti, p. 523-524. Ver também: ABRÃO. *História da filosofia*, p. 400-402.

Na esteira de Romeu Bacellar Filho, cumpre questionar até que ponto “o interesse público não se confunde, na prática, com o interesse do administrador que, fugazmente, encontra-se no exercício do poder”: “Até onde a assertiva — interesse público primário enquanto interesse da coletividade — encontra-se no “mundo do ser” e não do “mundo do dever ser?”⁷⁹

Eros Grau, de há muito, critica a contradição latente no direito administrativo — concebido como provedor da defesa do indivíduo contra o Estado, mas que apresenta como princípio fundamental o da supremacia do interesse público — e a ausência de tratamento crítico da questão pela doutrina administrativista tradicional, bem como aponta uma das características do paradigma da supremacia do interesse público: “O Estado é descrito como *deve-ser*, e jamais como *é*.”⁸⁰

Tendo em vista a imbricação entre a noção de interesse geral no direito administrativo francês e a teoria de supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro, vale a pena mencionar a interpretação crítica realizada por Michel Mialle⁸¹ a respeito desse instituto.

Explica o referido autor que para se justificar a existência e o funcionamento do Estado é importante que cada um dos cidadãos esteja convencido da existência de um bem comum, distinto e superior aos interesses particulares. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções como interesse geral, razões de estado, vontade da administração, dentre outras. Tais noções são interiorizadas e transformadas em imagens pelo corpo social (eis a ideologia: a relação imaginária com o real). Ao invés de analisar as relações entre o real e o imaginário (a respeito de interesse geral, razões de estado, etc) e, a partir desse trabalho, explicar simultaneamente o funcionamento da imagem e o da vida social real, a ciência jurídica idealista “vai tomar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e tomá-la pela realidade”.⁸² Se essa imagem é a referente ao *interesse geral*, o direito idealista irá responder com uma teoria inteiramente fundada na noção de interesse geral.

A conseqüência disso é que “o Estado já não aparece como um fenômeno social, ligado a uma história particular, respondendo a certas

⁷⁹ BACELLAR FILHO. *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 48.

⁸⁰ GRAU. Crítica e defesa da legalidade. In: *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 125.

⁸¹ MIALLE. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed.

⁸² MIALLE. *Introdução crítica ao direito*, p. 51.

necessidades: é reduzido ao estatuto de noção que se explica por outra noção, o interesse geral”.⁸³

Não é difícil perceber que a teoria da supremacia do interesse público se funda sobre esses mesmos pressupostos exclusivamente ideológicos, não científicos, o que dificulta, se não inviabiliza, seu reconhecimento pela contemporânea concepção do Direito como instrumento apto a oferecer critérios de resolução dos problemas da vida concreta.

No mundo do ser, o *interesse público* e o chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” são interpretados, executados e controlados quase que exclusivamente⁸⁴ por agentes do Estado (integrantes do Poder Executivo — aí considerado, também, o Ministério Público, do Poder Legislativo — incluindo-se os tribunais de contas — e do Poder Judiciário), amparados por uma estrutura que facilita e legitima (ou tenta legitimar) seu poder de dominação sobre a sociedade: uma *estrutura de ordem de cima para baixo*.

De fato, a análise tradicional acerca do *interesse público* ignora ou subestima (1) os interesses que envolvem a decisão estatal — interesses dos agentes públicos e/ou políticos interessados, envolvidos ou competentes para a decisão, e os dos particulares interessados — em sua materialidade bruta e suja⁸⁵ e (2) os fatores subjetivos inerentes a qualquer decisão humana.

Não parece despropositado lembrar aqui o conhecido adágio de Heráclito: “A razão é comum a todos, mas as pessoas agem como se tivessem uma razão particular.”⁸⁶

Paradoxalmente, a *teoria da supremacia do interesse público sobre o privado* parece não ter levado em consideração os efeitos do fato de que os princípios modernos da separação entre (interesses) público(s) e (interesses) privado(s) na Administração e da dominação burocrática jamais se consolidaram na experiência nacional.

A interpretação dessa questão está vinculada precipuamente à análise da relação de poder entre Estado e Sociedade brasileiros.

⁸³ MIAILLE. *Introdução crítica ao direito*, p. 51.

⁸⁴ Residualmente, a interpretação efetiva sobre o interesse público e sobre o denominado “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” é realizada por entidades da esfera pública não estatal, o chamado Terceiro Setor.

⁸⁵ Expressão tomada de empréstimo de NOGUEIRA. Sociedade civil, entre o político-estatal e o universo gerencial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 52, p. 185-202.

⁸⁶ Dentre outros fatos históricos, a defesa da “razão de Estado” por insígnias representantes do humanismo italiano parece dar razão ao eminente filósofo grego. Cf. SKINNER. *As fundações do pensamento político moderno*. 2. reimpr., p. 267-273.

O estudo dessa relação pela Ciência Política nacional segue duas vertentes principais.

Uma, inaugurada por Nestor Duarte, em *A ordem privada e a organização política nacional*, e sua versão do sistema político brasileiro até a Independência, em 1822, segundo a qual, em termos extremamente simplificados, por aqui predominaria a ordem privada, através de uma aristocracia que seria a força econômica e o poder material do Estado.⁸⁷

Outra, considerada factualmente mais correta,⁸⁸ representada por Raymundo Faoro, segundo a qual a realidade histórica brasileira demonstraria a persistência secular da estrutura *patrimonial* e da dominação *estamental*, resistindo e assimilando a experiência capitalista.⁸⁹

De uma maneira ou de outra e ainda que esses cortes teóricos possam sofrer a crítica de possuírem viés um tanto quanto determinista e que as condições da realidade institucional brasileira, seja pelas exigências de racionalidade e eficiência econômica do capitalismo, seja pela força normativa da Constituição de 1988, tenham se alterado, não se pode deixar de concluir que o Estado brasileiro mantém significativos traços de dominação pré-burocrática.⁹⁰

Mais ainda: as iniciativas de defesa e afirmação do Estado Democrático de Direito e mais especificamente dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição da República — algumas delas, reconheça-se, geradas, no seio do próprio Estado e de organizações que representam servidores públicos⁹¹ — via de regra são represadas ou atacadas pelos grupos

⁸⁷ DUARTE. *A ordem privada e a organização política nacional*, v. 172, p. 169.

⁸⁸ SCHWARTZMAN. Representação e cooptação política no Brasil. *Revista Dados*, 7, p. 9-41.

⁸⁹ FAORO. *Os donos do poder*. 13. ed., p. 736.

⁹⁰ Cf. BRESSER PEREIRA; MOTTA. *Introdução à organização burocrática*. 2. ed. COMPARATO. Faoro historiador. *Revista de Estudos Avançados*, ano 17, n. 48, p. 330-337. SANTOS. *Reforma administrativa no contexto da democracia*.

⁹¹ Dentre inúmeros fatos peculiares que poderiam ilustrar esta afirmação, destaca-se o episódio reportado pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e publicado em 8 de maio 2006: "A Associação dos Magistrados Brasileiros registrou nesta segunda-feira (8/5) ocorrência policial contra o arrombamento de sua sede histórica, localizada desde a sua fundação, em 1949, no prédio do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Atualmente, a sede administrativa fica em Brasília (DF). O Tribunal de Justiça nega o arrombamento e diz que informou previamente a entidade sobre a transferência da sede. Segundo a AMB, no sábado (6/5) os servidores do tribunal acompanhados de policiais arrombaram a porta da sala, sem a presença de qualquer funcionário da entidade. Móveis e objetos foram retirados da sala que, agora, passa a ser sede da Associação Nacional dos Desembargadores. A entidade tachou a ação de truculenta e que reflete a contrariedade da atual gestão do TJ-RJ contra o posicionamento da AMB em episódios recentes. 'A associação teve papel fundamental na adoção do voto aberto para a promoção de juízes; no fim do nepotismo no Judiciário e na fixação de um teto salarial para a magistratura', argumenta a AMB. A AMB passará a dividir seu novo espaço com a Amaerj — Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro, que também fica no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Desde setembro de 2005, quando o Conselho Nacional de Justiça decidiu proibir o nepotismo que começaram as desavenças entre a associação e a direção do Tribunal de Justiça do Rio. A

instalados na Administração Pública cujos interesses particularísticos são atingidos.

Tais considerações não são uma crítica ao Estado, mas ao Estado patrimonialista, corporativista, autoritário, e, especialmente, à epistemologia do paradigma da supremacia do interesse público, que *idealiza* o Estado e, conseqüentemente, os intérpretes estatais do *interesse público*, tomados como uma entidade abstrata e neutra que, do alto de um pedestal, revela a verdade aos comuns.

A concepção ora objurgada resulta em efeitos deletérios para a regulação da relação entre Estado e Sociedade.

Primeiro, porque informa simbolicamente a Administração e a Sociedade como *mito* autoritário, que coloca o Estado (sociedade política) como ente axiologicamente superior à Sociedade Civil.

Note-se que a forma mítica está já na raiz do paradigma em tela, uma vez que autolegitimado como um axioma.⁹²

Um mito que é menos o resultado de uma atividade inconsciente, do que, como outros mitos da modernidade, “decorrência de um sistema de valores impostos à sociedade, mas de forma que a imposição pareça absolutamente natural; um mero resultado da evolução civilizacional”.⁹³

Mito que favorece (i) a cultura senhorial de mando e obediência, em detrimento da cidadania ativa e participativa, (ii) os privilégios antirrepublicanos, em detrimento das garantias institucionais, (iii) a pseudolegitimidade abstrata do coletivo, em detrimento da emancipação concreta do indivíduo.

Segundo, como decorrência de sua natureza de mito autoritário, mas não apenas disso, informa o sistema normativo infraconstitucional como um vetor axiológico autoritário, assim favorecendo a edição de normas infraconstitucionais inconstitucionais.

AMB se manifestou favorável à medida entrando, inclusive, com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade para confirmar a proposta do CNJ.”

Sem entrar no mérito da ocorrência ou não de arrombamento da sede da Associação dos Magistrados Brasileiros, sob o ponto de vista do direito constitucional e do direito administrativo dois aspectos chamam a atenção: 1º) o fato de que três associações privadas de classe — curiosamente, todas representando magistrados — estejam sediadas em um prédio público, mais especificamente no edifício do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; 2º) a reação de integrantes da cúpula do Judiciário fluminense, manifestada publicamente, inclusive, contra o apoio da AMB à decisão do Conselho Nacional de Justiça que explicitou a vedação constitucional de nepotismo.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mai-08/briga_amb_tj_rio_parar_policia>. Acesso em: 09 maio 2006.

⁹² Note-se que um dos sentidos de mito é o de um conjunto de regras coerente e complexo, contra o qual nenhuma outra legitimidade é admitida, bastando sua simples afirmação, assim como nenhuma outra lógica, em virtude de sua completude ou incontestabilidade. Cf. GIRARDET. *Mitos e mitologias políticas*, p. 13.

⁹³ Cf. GABARDO. A respeito da construção mítica na Modernidade. GABARDO. *O mito da eficiência e o Estado moderno*, p. 30.

Terceiro, torna inerte a outra parte na relação com o Estado, não apenas em virtude de normas jurídicas formais, mas também frente a normas e procedimentos que regem a prática que não estão estabelecidos em nenhuma norma, ou que inclusive contrariam expressas normas em vigor; fenômeno este que se pode, inspirando-se em Agustín Gordillo,⁹⁴ chamar de inermidade do administrado frente à administração.

Essa questão se torna candente quando se pensa em relações como a do acusado ou indiciado em inquérito policial ou administrativo, do réu em processo penal ou requerido em processo administrativo, da pequena empresa contratada pela Administração, e, mais ainda, quando se trata das chamadas *relações especiais de sujeição*,⁹⁵ como as do funcionário público e do militar em suas relações de hierarquia, do estudante, do condenado preso ou em liberdade condicional.

Os imperativos éticos que levam o Direito a procurar equilibrar as situações de desequilíbrio intrínseco e estrutural — em que uma das partes detém uma posição de maior poder ou *preponderante (Machtposition)*⁹⁶ — nas relações privadas, hoje consagrados positivamente e quase à unanimidade aplaudidos pela doutrina jurídica — incidem também nas relações em que o Estado seja parte, mas encontram na teoria da supremacia do interesse público um resistente adversário.

Quarto, contribui para a formação do que Agustín Gordillo designa de Administração Paralela ou parasistema jurídico-administrativo. Um sistema econômico, administrativo e jurídico que se desenvolve paralelamente ao sistema oficial. Pautas de conduta, princípios de organização, normas de organização, que formam um efetivo pseudossistema normativo, paralelo ao sistema normativo vigente. Um modo de ação baseado mais no “jeitinho”, na acomodação de interesses, do que nos princípios e regras positivos.

Quinto, dificulta o controle dos atos administrativos, favorecendo uma interpretação ampla de discricionariedade, com conseqüências danosas para os princípios da democracia, da república e da legalidade.

⁹⁴ GORDILLO. *La administración paralela*, v. 2, p. 21. Esse autor usa a expressão *indefensión* para designar o fenômeno ora referido.

⁹⁵ A esse respeito, consulte-se: PÉREZ. *La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo*. Curitiba. In: II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2002. WIMMER. *As relações de sujeição especial na Administração Pública*.

⁹⁶ MARQUES. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 183-184.

Esses fundamentos, dentre outros, formulados e a formular, apontam claramente a obsolescência do paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado.

A obsolescência do paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado deriva, também, da visão dualista de Estado e Sociedade em que está lastreado, tema este cuja exploração ultrapassa o limite de páginas para esta edição.

Sem embargo, desde logo é possível manifestar algumas impressões, idéias e conclusões.

7 Algumas impressões, idéias e conclusões

O paradigma emergente ainda está em construção. Não existe, felizmente, um discurso monolítico. Há, por certo, alguns pontos de convergência inequívoca, como a centralidade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico e a incompatibilidade da *teoria da supremacia* com a Constituição Federal em vigor.

Um resumo das impressões, idéias e conclusões do presente trabalho é o seguinte:

1. Houve a quebra do monismo epistemológico do paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e hoje se assiste à emergência de um novo paradigma, multifário e em construção.
2. O processo de superação do *paradigma da supremacia* independe da crítica de matriz neoliberal e é plenamente compatível com uma ideologia progressista, republicana e democrática.
3. O processo de obsolescência do *paradigma da supremacia* se deve, principalmente, à insuficiência de seus fundamentos epistemológicos para dar conta de suas promessas.
4. A juridicidade da *teoria da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* parece continuar assentada no fundamento de se tratar de um axioma reconhecível no moderno direito público.
5. No plano lógico, há contradições intrínsecas na proposição do “princípio” em questão: se o interesse público contempla os interesses privados, o enunciado, sob o ponto de vista lógico, não poderia prever uma supremacia *a priori* dos interesses públicos em face dos interesses privados.
6. No *paradigma dominante* a primazia axiológica é do interesse estatal ou do interesse coletivo, em detrimento dos direitos fundamentais

e da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, incompatível com a Constituição Federal, notadamente em virtude das normas previstas em seus artigos 1º, *caput* e incisos III e IV; 5º; 60, §4º, IV; e 170.

7. A centralidade dos direitos fundamentais outorga aos direitos individuais uma precedência *prima facie* em relação aos interesses coletivos. Dessarte, ao representante dos interesses coletivos ou públicos incumbe um ônus de argumentação maior para que estes possam eventualmente sobrepujar os direitos individuais.
8. A epistemologia do paradigma dominante é marcadamente *idealista*: procura a *verdade* apenas de acordo com o *dever-ser*, não com o *ser*, bem como isola sua proposição jurídica em sua própria estrutura, com desinteresse pelas suas conseqüências.
9. A epistemologia do paradigma da supremacia do interesse público *idealiza* o Estado e, conseqüentemente, os intérpretes estatais do *interesse público*, tomados como uma entidade abstrata e neutra.
10. O paradigma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado resulta, pelo menos, nos seguintes efeitos para a regulação da relação entre Estado e Sociedade: 10.1) informa simbolicamente a Administração e a Sociedade como *mito* autoritário, que coloca o Estado (sociedade política) como ente axiologicamente superior à Sociedade Civil; 10.2) como decorrência de sua natureza de mito autoritário, mas não apenas disso, informa o sistema normativo infraconstitucional como um vetor axiológico autoritário, assim favorecendo a edição de normas infraconstitucionais inconstitucionais; 10.3) torna inerte a outra parte na relação com o Estado, em um fenômeno que se pode chamar de inermidade do administrado frente à administração; 10.4) propicia a formação de uma Administração Paralela ou parasistema jurídico-administrativo; 10.5) dificulta o controle dos atos administrativos, favorecendo uma interpretação ampla de discricionariedade, com conseqüências danosas para os princípios da democracia, da república e da legalidade.

Brazilian Theory of “Supremacy of the Public Interest on the Private Interest”: its Crisis, Contradictions and Beddings Incompatibility with Brazilian Constitution’s Provisions

Abstract: From years 1990 to present time it occurred the breaking of epistemological monism of the Brazilian public law paradigm called “supremacy of the public interest on the private interest” and nowadays it is attended the emergency of a new paradigm, which is manifold and in construction. The overcoming of the paradigm of the supremacy does not hinge on the neoconservative theory and is fully compatible with a progressive, republican and democratic ideology. In the logical plan, it has insuperable and intrinsic contradictions in the traditional theory. Moreover, the epistemological beddings of the paradigm of the supremacy (axiological centrality of the state interests or of the collective interests, idealistic conception of State and of Law) are incompatible with the Brazilian Constitution and with the contemporary legal theory, as well as they cause deleterious effects on regulation of the relation between State and Society.

Key words: Brazilian Administrative Law. Public Interest. Private Interests. Fundamental rights. Legal idealism.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. edição por Alfredo Bosi, revisão e atualização por Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ABRÃO, Bernardette Siqueira. *História da filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ALEXY, Robert. Derechos Individuales y Bienes Colectivos. In: *El concepto y la validez del Derecho*. Tradução de Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.
- 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*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego: Harcourt, s. d.
- ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.
- ÁVILA, Humberto Bergman. 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*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações no direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Boston: Adamant, 2005.

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*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; MOTTA, Fernando. *Introdução à organização burocrática*. 2. ed. São Paulo: Thompson/Pioneira, 2003.

BUNGE, Mario. *Social Science Under Debate: a philosophical perspective*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 jan. 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Instituições de direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Faoro historiador. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, ano 17, n. 48, p. 330-337, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução à edição portuguesa de pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 48, p. 63-76, 2004.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades. *Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/docs/template_para_artigo_modelo.doc>. Acesso em: 20 ago. 2008.

DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1939. (Coleção Brasileira, v. 172).

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 13. ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 11, jul./set. 2001.
- GABARDO, Emerson. *O mito da eficiência e o Estado moderno*. Curitiba, 2001. 308 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- GIRARDET, Raoul. *Mitos e mitologias políticas*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- GORDILLO, Agustín. *La administración paralela*. Madrid: Civitas, 1982. v. 2.
- GRAU, Eros. Crítica e defesa da legalidade. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GRAU, Eros. Modo de produção capitalista e regulação. In: *O Direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. Os secularizados não devem negar potencial de verdade a visões de mundo religiosas. Tradução de Erika Werner. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Caderno Mais!, 25 abr. 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm F. *Princípios da filosofia do direito*. Disponível em: <http://portal.filosofia.pro.br/fotos/File/principios_da_filosofia_do_direito_hegel1.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, 1999.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. Tradução de Fátima Sá Correia et al. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.
- LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Santa Maria, 1953. t. I.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *A republicação do Estado e os interesses públicos*. São Paulo, 1999. Tese (Doutorado em Direito) - USP. Mimeografado.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Ed. Estampa, 1994.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Whitefish: Kessinger Publishing, 2004.
- MOREIRA NETO, Diogo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MORISSON, Wayne. *Filosofia do direito*. Tradução de Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEQUETE, Eunice. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*. Porto Alegre, 2005. 238 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/5426>>. Acesso em: 25 jan. 2009.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. Sociedade civil, entre o político-estatal e o universo gerencial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 52. p. 185-202. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n52/18072.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2008.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, 2000.
- PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 33, p. 193-217, jul./set. 2008.
- PÉREZ, Jesús Gonzales. *La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo*. Curitiba, In: II CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2002.
- PÉREZ, Jesús Gonzalez. *La ética en la Administración Pública*. Madrid: Civitas, 2000.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. [s.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores; Serviço de documentação, 1958. Republicado. (Publicação original: 1857).
- ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SALOMÃO FILHO, Calixto; COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crise e desafio da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência: para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, Luiz Alberto. *Reforma administrativa no contexto da democracia*. Brasília: DIAP/ ARKO Advice Ed., 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- 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*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, Curitiba, n. 2, p. 55-72, 2003.
- 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*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SCHWARTZMAN, Simon. Representação e cooptação política no Brasil. *Revista Dados*, 7, p. 9-41, 1970. Também disponível em: <<http://www.schwartzman.org.br/simon/dados7.htm>>.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura T. Motta. 2. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed., 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- UYEDA, Massami. *Supremacia do Interesse Público em face dos direitos constitucionalmente assegurados*. In: I SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO, TCM, São Paulo, maio/jul. 2005. Disponível em: <<http://www.tcm.sp.gov.br/tcminforme/2005/junhojulho05.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2009.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução do original em francês de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WIMMER, Miriam. *As relações de sujeição especial na Administração Pública*. Disponível em: <<http://ojs.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/319/353>>. Acesso em: 1º fev. 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMA, Gabriel de Araújo. *Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal*. *A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 123-153, abr./jun. 2009.

Recebido em: 20.04.09

Aprovado em: 10.05.09