



SECCIÓN ENSAYOS

PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE: SOB ANÁLISE DISCURSIVA DE DI PIETRO E BINENBOJM

Ana Clara Prado Rocha
Ana Elisa Prado Rocha
Luiz Antônio de Alcântara Santos*

Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS)

Recibido / received: 28/4/2023
Aceptado / accepted: 15/5/2023

Resumo

Este artigo possui como objetivo principal traçar uma análise sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público em contraponto com o dever de proporcionalidade embebidos nos pontos de vista da conjuntura brasileira. Recorre ao estudo promovido por Robert Alexy para a compreensão primordial de regras e princípios, a fim de obter arcabouço para perquirir sobre o tema. Dispõe, como âmago fundamental, a conceituação proposta sobre diferentes pontos de vista da doutrina brasileira acerca dos referidos princípios e dever que fundamentam o Direito Administrativo. Percebe promovendo uma contraposição de teses relevantes sobre o tema, partindo da visão clássica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro para a análise de Binenbojm. Finda tomando compreensão de que a Administração Pública se funda na base de que o Princípio da Supremacia do Interesse Público deve ser regido pelo quociente da proporcionalidade, que desmistifica a idealização supra rogada do Direito Administrativo como ferramenta que legitima os donos do poder sobre a máquina estatal.

Palavras-chave

Supremacia do interesse público. Proporcionalidade. Administração Pública. Regras. Princípios.

³² Ana Clara Prado Rocha: Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Ana Elisa Prado Rocha: Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Luiz Antônio De Alcântara Santos: Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe (PRODIR/UFS). Especialista em Direito Público (UNIRUY). Especialista em Direito Digital (UNIFACS). Professor da área de Direito do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia (IFBA).



Abstract

This article has as its main objective to trace an analysis on the Principle of Supremacy of Public Interest in contrast with the duty of proportionality within the conjuncture of Brazilian Administrative Law. It resorts to the study promoted by Robert Alexy for the primordial comprehension of the rules' and principles' concept, in order to obtain a framework to inquire about the theme. It has as its fundamental core the proposed conceptualization on different points of view of the Brazilian doctrine on these principles and duties that underlie Administrative Law. Performs by promoting a counterposition of relevant theses on the subject, starting from the classical view from Maria Sylvia Zanella Di Pietro to the analysis of Binenbojm. It ends with the understanding that the Public Administration is founded on the basis that the Principle of Supremacy of the Public Interest should be governed by the proportionality quotient, which demystifies the above-mentioned idealization of Administrative Law as a tool that legitimizes the owners of power over the state machine.

Keywords

Supremacy of public interest. Proportionality. Public administration. Rules. Principles.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma perquirição discursiva que tem como base as doutrinas vinculadas aos ideais debatidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) e Gustavo Binenbojm (2008), a respeito da fundamentação da Administração Pública brasileira hodierna no Princípio da Supremacia do Interesse Público, em contraponto com o dever da proporcionalidade. Trata-se de uma análise comparada que entrava o entendimento de ambos os autores desde a conceituação do princípio e dever supracitados até às motivações para a formação da Administração Pública, como um todo, que são fundamentais para elaborar um estudo sobre a temática.

Ademais, para que seja possível promover este artigo embebido nas análises doutrinárias, se fez primordial também a discussão da diferença entre regras e princípios decorrente do doutrinador alemão Robert Alexy (2008). Foi promovida uma interlocução sobre os princípios e deveres positivados, desde a Carta Magna até dispositivos infraconstitucionais que vinculam direta e indiretamente o Direito Administrativo, promovendo, um estudo sobre a Administração Pública com base na hermenêutica.



Na sessão sobre os paradigmas do Direito Administrativo, destaca-se a articulação teórica sobre os fatos e conjecturas globais que fundamentaram a criação da Administração Pública, tendo como norte a compreensão do objetivo que fundamenta a sua existência com base nas duas doutrinas analisadas e o ponto de vista de outros juristas, que se interconectam com elas.

Na fase de investigação foi utilizado o método hipotético dedutivo, valendo-se da pesquisa bibliográfica, a fim de tornar este artigo um convite para um olhar doutrinário a partir das contribuições da complexidade da Administração Pública nas obras doutrinárias clássicas, trazidas por Di Pietro (2015), em contraposição com Binenbojm (2008), tendo como base primordial o quadro de referências teóricas sobre o entendimento hermenêutico acerca das regras e princípios.

2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

A fim de iniciar a perquirição neste artigo, é necessário compreender a pertinência de traçar uma distinção entre os tipos normativos, a fim de, posteriormente, adentrar na área do Direito Administrativo. Dessa forma, tendo em vista o surgimento do inovador caráter tomado pelos Direitos Fundamentais, nos meados do século passado, como decorrência da positivação nas constituições como direitos — que passaram a ser de vigência imediata — Robert Alexy (1999) dedicou os seus estudos a sugerir uma interpretação necessária aos referidos Direitos.

Para tanto, foi fulcral a utilização de ferramentas particulares para interpretar e aplicar os direitos fundamentais, diante da ambiguidade das formulações desses novos direitos na esfera jurídica. Não obstante a tal fato, o método subsuntivo e as teorias clássicas, anteriormente difundidas, já não se demonstravam suficientes na dissolução de hard cases que envolviam tais direitos. Diante de tal entrave, Alexy (1999) conseguiu perceber que a tradicional teoria, fundada no positivismo relativista de renomados juristas como Herbert Hart (1994) e Hans Kelsen (2006), não logrou êxito na construção de uma resposta que se mostrasse íntegra dentro de uma interface racional, inerente às peculiaridades do sistema normativo. Assim, para solucionar os hard cases restaria recorrer às resoluções apontadas pela discricionariedade do árbitro togado.

De forma a não concretizar tais consequências estimuladas pela observação das normas como um conceito indistinguível de per si, Alexy (2008) promoveu a referida distinção normativa. Para tanto, cabe perceber que tanto as regras, quanto os princípios, podem ser entendidos como normas, pois esses regulam



um dever-ser e suas motivações para juízos concretos do agir social. Tendo em vista o ponto-chave que os interliga funcionalmente, cabe promover um entendimento sobre as distinções inerentes a cada uma delas. Entre os mais diversos critérios de diferenciação, é possível citar o que se mostra primordial, ou seja, o critério da graduação de generalidade, que é mais elevado sobre os princípios, enquanto é visto como baixo, de modo relativo, nas regras.

Além disso, também é possível citar a determinabilidade dos casos de aplicação, outro critério que se sobressai no auxílio da diferenciação entre as tipologias normativas. Tal critério se relaciona com a maneira de surgimento de cada uma, distinguindo as normas criadas e as desenvolvidas. Há também a forma de distinção que se baseia no fato de sua criação ser razão para a existência futura de regras ou elas mesmas serem regras para aplicação prática, assim, distinguidas até mesmo pelo fato de serem normas de comportamento ou de argumentação.

Sob a ótica de tais critérios diferenciadores, agora cabe promover a conceituação de cada espécie normativa. Em primeiro lugar, cabe promover um estudo sobre as regras e as suas características. As regras são tipos de normas que não se vinculam à uma escala no nível de satisfação, pois ou são satisfeitas em sua completude, ou sua efetivação é frustrada inteiramente. Estas se fundamentam em determinações na esfera fática e jurídica, pois exigem que seja cumprido integralmente o que se prescreve para alcançar sua satisfação.

Em segundo lugar, mas fundamental de igual forma, cabe se aprofundar na conceituação dos princípios. Esses, por sua vez, tratam-se de normas que funcionam no sentido de exigir que algo seja promovido na medida mais ampla possível dentro das realidades não só fáticas, mas também jurídicas existentes. Uma importante característica sobre os princípios a ser citada é seu caráter prima facie que se dá em decorrência da possibilidade existente de serem satisfeitos em graus variados, sem a necessidade de sua efetivação completa, assim como as supracitadas regras. Não obstante, essa espécie normativa também é denominada pelo autor como mandamentos de otimização, pois não assumem um mandamento. Ou seja, estes possuem um caráter mais abstrato, servindo de base para as regras. Assim, não há uma aplicação direta ao caso concreto, não podendo ser entendidos como definitivos.

O referido caráter também está vinculado ao fato de que sua medida de satisfação depende das possibilidades tanto fáticas, quanto às determinadas pelo sistema jurídico. Nesse viés, um ponto que não pode deixar de ser sobressaltado é que a esfera de possibilidades jurídicas é determinada pelos próprios princípios e regras. Portanto, é possível obter o entendimento de que os dois tipos de



normas preteridas se distinguem por suas qualidades, não pelo seu grau normativo.

A diferenciação entre princípios e regras formula a essência do esclarecimento jusfundamental, tratando-se de um âmago basilar para a dissolução de entraves inerentes à dogmática dos direitos fundamentais. Tal distinção, que torna as regras e princípios análogas às espécies dentro do gênero normas, indaga a reparação da axiologia prática ao direito. Isso promove que a teoria dos princípios, a qual se trata de uma axiologia livre de postulações insubsistente, alastrase pela completude fundamental da ciência jurídica, proporcionando uma “viragem metodológica”.

3. A TEORIA DE ALEXY NOS ENTRAVES DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE

Superando a diferenciação e a conceituação necessária para obter o entendimento pleno sobre o objetivo perquirido neste artigo, cabe alinhar a teoria supracitada com a Administração Pública. A obra de Alexy tem sido muito útil para tratar da colisão entre princípios, trazendo as balizas segundo as quais: “se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido — um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, p. 93). Porém, se faz primordial ressaltar que tal afirmação não deve ter seu significado confundido com a forma de resolução dos conflitos entre regras, na qual resta ao operador do direito proclamar como inválida uma das determinações conflitantes ou abrir uma cláusula de exceção, tendo em vista a necessidade de completude na satisfação de sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 94).

De forma distinta do caminho tracejado até a resolução de conflitos entre regras, que foi supracitado, o processo que atinge o dissolução da colisão entre princípios se faz na formulação de precedência, dependente das condições concretas analisadas, que promovem uma prioridade de aplicação e efetivação do seu dever-ser sobre o do outro. Tal forma de resolução está atrelada à característica dos princípios, os quais são gerais, em certa medida, de modo que no tempo de sua formulação, ainda não possui relação concreta com as diferentes possibilidades encontradas nas esferas jurídica e fática.

O sopesamento para a aplicação dos princípios depende diretamente do contexto sobre o qual o entrave se encontra, sendo de forma que, sob uma circunstância fática diversa, o precedente de aplicação seja formulado de maneira distinta. Tal modificação factual iria restringir as possibilidades jurídicas de realização do princípio anteriormente escolhido para a aplicação. Nesse sentido,



entende-se que a sobreposta “Lei de colisão” destaca de forma acentuada a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, dando uma lógica circular à teoria alexiana.

Se aprofundando na esfera do regime jurídico administrativo brasileiro, cabe promover uma breve análise sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o dever de Proporcionalidade, a fim de, mais adiante, propor sua perquirição de forma aprofundada. O referido princípio trata das prerrogativas administrativas basilares, a qual se volta ao fundamento de existência da Administração. Sua presença reverbera desde a formulação normativa até o momento da efetivação em concreto, de acordo com o entendimento da doutrinadora Di Pietro (2015, p. 234). Entre as ocasiões de aplicação de tal princípio implícito, é possível citar como exemplos o exercício de poder de polícia administrativa, ou, de forma, material, as diferentes formas de intervenção do estado na propriedade, que vão desde a servidão até o tombamento.

A Administração Pública também é composta pelo dever de proporcionalidade, o qual possui como base o contraponto com o princípio supracitado. Sendo assim, se faz primordial um estudo sobre tal dever. A proporcionalidade intenta no sentido da existência de encontrar um equilíbrio entre os caminhos que a Administração utiliza para atingir os fins desejados. Tal padrão de análise deve se basear na análise do caso concreto de acordo com as diretrizes comuns que a sociedade alberga. Assim, aqueles que detêm as competências administrativas, atuando no controle da máquina estatal, só podem ser exercidas na extensão de que se mostrem necessárias concretamente.

Mantendo sob a ótica o que foi supracitado, entende-se que dever de proporcionalidade objetiva o controle de excesso de poder que pode ser observado na aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, pois estes decorrem do clássico debate entre o princípio da liberdade, que neste caso, é observado sobre a liberdade individual do cidadão, e o bem coletivo, que deve ser buscado pela Administração Pública.

Portanto, de acordo com a base jurídica exposta nas obras de Alexy (2008, p. 77) e sua conexão com a realidade jurídica encontrada no Direito Administrativo brasileiro, torna-se mais claro que a solução para a colisão entre o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o dever de Proporcionalidade, sob uma primeira ótica, decorre da sua esfera fática-contextual. Porém, cabe utilizar a teoria proposta pelo jurista supracitado apenas como uma base primária para realizar uma perquirição mais aprofundada diante do objetivo central deste artigo, tendo em vista o complexo embate entre a doutrina clássica e alternativa no Direito Administrativo brasileiro, a fim de alcançar a integralidade do tema.



4. FORMAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Mantendo em foco o certame deste artigo, cabe adentrar nos estudos propostos sobre o surgimento de tal ramo do Direito. Tal debate se apresenta como primordial neste estudo, pois as diferentes compreensões sobre a formação do Direito Administrativo são a coluna dorsal da qual decorrem as vértebras que estruturam todo o entrave sobre os diferentes pontos de vista acerca dos princípios em perquirição. Dessa forma, é preciso obter um aprofundamento prévio nesta etapa nascente da dissonância.

É preciso iniciar o estudo sob a óptica tradicional, a fim de avançar, posteriormente, traçando um dissenter. Assim, a doutrina clássica é inaugural no estudo sobre o tema dentro território brasileiro, a qual é guiada fundamentalmente por Di Pietro, entre outros autores. Segundo tal perspectiva histórica, as normas administrativas tiveram sua fase embrionária enquadrada no jus civil, porém, essa somente alcança destaque como ramo autônomo em meados do século XVIII, sendo consequência da Revolução Francesa e, por conseguinte, da conceituação do que seria reconhecida como o Estado de Direito, o qual recebeu tal definição na doutrina alemã. O Estado de Direito se alicerça no princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, assim, o agir dos representantes do Estado se limita nas convenções legais por eles decretadas, mitigando a arbitrariedade.

Diante de tal perspectiva inicial, os autores, que seguem tal linha de compreensão, destacam uma forte característica do ramo administrativo, isto é, a sua capacidade de adaptação. Para fundamentar a existência de tal característica inerente ao tal campo do direito, Di Pietro aponta para a linha histórica de desenvolvimento das funções administrativas no chamado Estado de Polícia. Em tal tipo de organização estatal, o poder relativo ao governo possui a finalidade somente de assegurar a ordem pública. Por outro lado, o Estado do Bem-Estar Social funciona como um garantidor de todas as necessidades básicas do indivíduo, e, por conseguinte, há uma maior interferência na vida privada. Sua teoria apresenta o conteúdo do Direito Administrativo não somente passível de alteração ao longo do tempo, como também uma consequência do contexto sócio-político em que está imbebido, demonstrando sua inerente adaptabilidade.

Em consonância com pensamento supracitado, é válido ressaltar a contribuição do doutrinador italiano, Massimo Severo Giannini, ao apresentar a existência de Estados relativos ao Direito Administrativo, sendo o resultado de uma síntese de pensamentos contrastantes e de experiências político-jurídicos oriundos de todas as partes da Europa (GIANNINI, 1970, 45). Com efeito de tal



fenômeno, a doutrina administrativa brasileira sofreu grande influência do direito importado, com destaque para a França, Itália e Alemanha, fundamentados no sistema de base romanística (civil law). Porém, hodiernamente, é possível observar a adoção de variações na aplicação jurídica a partir do direito comunitário europeu, no qual há um encontro com o common law, mais comum em países de descendência anglo-saxônica.

Igualmente importante quanto ao tema, é a instauração do Estado de Direito que visa à proteção das liberdades individuais. No século XIX, grande parte dos estados na Europa O Direito Administrativo acompanhou tais modificações e adentrou na fase da *justice déléguée* (justiça delegada) quando o Poder Judiciário. Tais adequações promoveram como consequência o atendimento direto das demandas da população, sem grandes interferências movidas por parte do Poder Executivo, o que contribuiu para a atribuição da função jurisdicional propriamente dita.

A Administração Pública brasileira se aproximou da esfera privada, a fim de conectar seus ramos para reger as adaptações necessárias na nova forma político-ideológica que ganhava força no período. Consoante à tal inquirição produzida acerca de tal período, cabe observar a explanação do autor Ruy Cirne Lima (2022, p. 23) sobre esse ponto:

(...) Reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo no seu próprio fundamento de existência, sobre que se fez assentar o direito público brasileiro. Foram as instituições existentes nos Estados Unidos da América e os princípios decorrentes da common law, que abrangem os princípios que regem a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação do Direito privado, tomados para fundamento do regime jurídico incipiente no Brasil (...)

Tendo em vista tal compreensão sobre o desenvolvimento histórico, é possível obter a percepção que na concepção da doutrina clássica, a elaboração do Direito Administrativo encontra sua consistência na base de alguns fundamentos constitucionais também incipientes. Para autores como Maria Sylvia Di Pietro e José Afonso da Silva, a fulcralidade dos princípios da separação de poderes e o da legalidade é ressaltada na construção do ramo do direito em debate.

Cabe instaurar uma perquirição sobre o mesmo tema, mas, diante de outra perspectiva. Nas obras celebradas por autores como Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila e Daniel Sarmento, é assomado um questionamento acerca da própria origem do Direito Administrativo. Porém, por sua vez, essa parte da doutrina invoca raízes autoritárias que se declinaram para a necessidade da construção do referido campo jurídico, e, como consequência, para o próprio



princípio da supremacia do interesse público. Assim, é primordial ter contato com tais perspectivas.

De acordo com Binenbojm, o nascimento do Direito Administrativo, com suas características mais particulares, serviu como forma de reprodução do modelo do Antigo Regime. Dessa forma, houve um forte embasamento na doutrina administrativa advinda de Portugal. Não obstante, tanto os princípios, quanto as regras formulados pelo Conselho de Estado surgiram a partir de uma postura ativista, e não submissa face ao Parlamento. Defende-se que foi criado um direito especial vinculado à Administração Pública não por obra do Legislativo, mas pela decisão auto-vinculativa do Executivo. Assim, contrariando o próprio princípio da separação dos poderes.

A separação dos poderes foi invocada como pretexto para possibilitar uma ampliação da liberdade da Administração perante os possíveis controles judiciais. Nesse período também pôde ser verificada, sob vestes de contencioso administrativo, a criação, não de prerrogativas, mas de privilégios para os agentes da Administração. Tal fato promoveu a quebra de isonomia investida sob o manto da supremacia do interesse público. De acordo com tal ponto de vista, a revolução recente tem importado alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes no território brasileiro, cuja vivência democrática é vista de maneira extremamente limitada.

Formula-se o fundamento de que a tese do autoritarismo do Direito Administrativo é oriunda da teoria, originária da França, *Puissance publique*, a qual foi elaborada em meados do século XIX. Maurice Hauriou, um dos doutrinadores pioneiros sobre o estudo do Direito Administrativo na França, aponta para a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do sujeito particular. Assim, há o desenvolvimento de uma posição de verticalidade ou desigualdade entre Administração Pública e cidadão. Embebido em tais perquirições, Binenbojm aponta como pressuposto do surgimento de tal área do Direito, a existência de privilégios entre os particulares em prol da máquina estatal. Exorbitando os direitos e faculdades reconhecidas somente às relações entre sujeitos privados.

O referido autor anota a resistência dos países ligados ao sistema de common law à adoção da jurisdição administrativa, tendo em vista que nessas nações a Administração e os cidadãos são submetidos às mesmas regras e juízes. De certa forma, a síntese de tal compreensão é celebrada nas palavras de Marçal Justen Filho (2018, p.13):

Ocorre que o instrumento teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade e discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do



direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIQUET, ocorridas nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações de direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Portanto, após alcançar a compreensão tanto na visão da doutrina clássica, quanto fundamentada no seu contraponto, é possível perceber que os fatores que se apresentam como fontes do Direito Administrativo revelam-se completamente diferentes para os dois autores em objeto de aprofundamento. Tais distinções são realçadas como elementares para embasar o desenvolvimento do Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Dever de Proporcionalidade para cada autor, tema que ganha mais destaque adiante no presente artigo.

5. A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

O princípio da Supremacia do interesse público, como já dito anteriormente, encontra-se de maneira primordial na elaboração da lei, ao inspirar o legislador e vincular a autoridade administrativa em toda a sua atuação. O ramo do Direito Público possui função basilar de suprir as necessidades do interesse público. Em consequência, as normas do Direito Administrativo devem, antes de mais nada, buscar proteger o bem-estar coletivo.

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

Outra crítica ao princípio da supremacia do interesse público refere-se ao seu caráter indeterminado, o que, segundo Di Pietro, não faz nenhum sentido. Na visão da doutrinadora, os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam ao intérprete a sua definição, e, em complemento, um maior controle judicial sobre os atos administrativos. Cabe trazer à baila que nem sempre o interesse público será completamente indeterminado, segundo demonstra a autora, já que há diferentes graus de indeterminação.

A noção moderna reclama a consideração dos direitos e interesses da coletividade como fim último do Estado, para além do interesse público. Isto quer



dizer que o elemento finalidade passou a ser realçado na atividade da Administração pública. Na mesma linha de pensamento, a garantia de direitos fundamentais não inviabiliza o princípio da supremacia do interesse público, apenas requer que sua aplicação se adapte às novas realidades sociais.

In casu, pode-se dizer que o Direito Público começa a se desenvolver depois de superada a ideia do homem como fim único do direito pelo princípio que vincula a Administração do Estado: as necessidades públicas têm primazia sobre as individuais. À luz da abalizada perspectiva, é possível conferir que este princípio está expresso na observação como um dos critérios, presente na Lei n. 9.784/99, Parágrafo Único, inciso II: "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei". Fica muito claro que a disponibilidade sobre os interesses públicos está permanentemente retida nas mãos do Estado em sua manifestação legislativa.

Partindo deste entendimento, é defendido que os Tribunais poderiam deter postura mais garantista do que a própria Administração julgando a si própria. O magistrado comum mostra-se menos corajoso diante do contencioso administrativo do que o próprio juiz administrativo na censura dos atos da Administração e, em complemento, tratou-se como um forte apelo popular a criação da jurisdição administrativa.

Outro forte argumento para a visão supremacista do interesse público está fundamentado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como peças-chave. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e seus fins almejados. O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (2019, p. 81) afirma textualmente que as desequiparações que desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade caracterizam privilégios inconstitucionais. Cabe trazer à baila que essas medidas devem ser formuladas com base nos padrões comuns na sociedade em que vive, diante do caso concreto. De outro modo, se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir tal ilegalidade.

6. A DOUTRINA DIVERGENTE AO PRINCÍPIO

Com base nas prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública, Binenbojm (2008, p. 104) aponta para as bases teóricas do organicismo e do utilitarismo como elementos incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. É cognoscível que a ideia de satisfação essencialmente pública ligada ao descaso com a autonomia da pessoa humana abriram espaço para o caminho



liberticida das ditaduras, tanto de em posicionamentos de direita quanto de esquerda, as quais elevaram o Estado à uma posição de superioridade e finalidade última quanto aos seus cidadãos (BINENBOJM, 2008, p. 105).

Em complemento, a base teórica organicista funda-se na ideia de que o bem individual só se concretiza através do bem comum, uma vez que o indivíduo faz parte do todo social (DURKHEIM, 1897, p. 257). Por outro lado, o utilitarismo apresenta o interesse público como uma fórmula capaz de maximizar o bem-estar do maior número de pessoas (MILL, 2020, p. 59). Tendo em vista esses conceitos, surge a tese de um interesse público superior e inconfundível com os interesses dos integrantes da coletividade política. Tal evidência é explanada pelo autor Marçal Justen Filho (2018, p. 71):

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

Raciocínio semelhante desenvolveu-se a partir de que a máxima preservação dos direitos individuais constitui projeção do próprio interesse público. Podem ser vistas como objetivos gerais para viabilizar o funcionamento da Administração Pública, através da instituição de prerrogativas materiais e processuais, como a promoção dos direitos particulares. O autor advoga que as cláusulas exorbitantes sempre foram embasadas na perspectiva de verticalidade das relações travadas entre Estado e particular, em oposição à horizontalidade das relações estabelecidas entre partes privadas, uma vez que são elevadas à condição de elementos identificadores dos contratos administrativos.

O princípio de per si é visto como prejudicial para o processo de ponderação, em outras palavras, não é possível conciliar no ordenamento jurídico a supremacia do interesse público como um conceito basilar para a atuação estatal, que ignora as nuances do caso concreto e pré-estabelece como a melhor solução um fenômeno geral, deferindo mais poder à força do Estado. Tal empreitada negligênciava as especificidades de cada caso, na medida em que termina por distanciar-se da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos.

Binenbojm (2008, p. 100) destaca em suas obras a isonomia como finalidade do interesse coletivo atrelado ao Poder Público, que também é prevista como norma constitucional. Ou seja, é dizer que qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade. O autor estabelece alguns preceitos que devem ser seguidos a fim de estabelecer um privilégio instituído em favor da



Administração Pública que seja constitucionalmente legítimo (BINENBOJM, 2008, p. 102).

Na compreensão do referido doutrinador, o princípio da isonomia deve funcionar como um instrumento que oportunize o cumprimento do que está garantido pelo Estado na Carta Magna. Não obstante, o grau do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do que foi estabelecido como estritamente necessário dos deveres estatais.

É fato notório que o ofício administrativo não se reduz à mera aplicação mecanicista da lei. Diante de tal percepção, a noção de que a Administração Pública não age por vontade própria, se limitando apenas a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador, foi proposta desde a criação do Conselho de Estado Francês em 1799. Portanto, a mesma ideia se complementa com o assinalado por Almiro do Couto e Silva (ANO, p. XX):

A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público

Assiste-se, sobretudo, a defesa de que é fulcral a superação do dogma da onipotência da lei administrativa, sendo substituída por referências diretas aos princípios consagrados no ordenamento constitucional. Somente assim seria possível criar um ambiente propício para a amenização dos próprios riscos da normatização burocrática e desenvolvimento do ambiente decisório do administrador.

Tendo em vista o disposto, Binenbojm (2008, p. 147) afirma a inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração não podem ser justificadas por meio de uma regra apriorística dos interesses da coletividade sobre os indivíduos, uma vez que cria uma lacuna na desequiparação entre o Poder Público e os particulares (BINENBOJM, 2008, p. 151).

Diante disso, conclui-se que são inegáveis as suas críticas traçadas ao longos dos anos sobre o princípio da supremacia do interesse público por alguns autores. Esses utilizaram-se de fundamentos para a argumentação que, de fato, se concretizam na realidade brasileira, como o ponto sobre a desconsideração



sobre os direitos fundamentais, e, no ponto de vista hermenêutico, a dificuldade de definir, na concretude fática, o que seria o interesse público. Em contrapartida, outros doutrinadores, por sua vez, alegam que tais argumentos trazidos não são coerentes com o contexto real, discriminando os fundamentos das condições apresentadas no ordenamento jurídico. Dessa forma, torna-se uma perquirição infundável da doutrina brasileira.

Portanto, através dos pontos de vista explicitados ao longo deste trabalho, tornou-se possível obstar a compreensão que o entendimento, mesmo que não uníssono do STF, segue o caminho da corrente clássica, a qual propõe o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um alicerce fundamental da Administração Pública. Assim, tal entendimento obsta uma maior celeridade aos objetivos apontados no texto da Constituição Federal, o filtro de todo o ordenamento jurídico do Brasil, e, a qual o Supremo Tribunal se faz guardião.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender que há duas décadas atrás seria tida como inútil a presente discussão, tendo em vista que o princípio da supremacia do interesse público se encontrava diametralmente estabelecido como amplitude basilar para a excelência no Direito Administrativo. Porém, diversos doutrinadores têm apontado para uma nova estrutura da Administração Pública, estabelecida na relação horizontal entre os interesses individuais e, sobretudo, com o fortalecimento de fenômenos como a constitucionalização do Direito.

Pode-se dizer que a perspectiva clássica vê o nascimento do Direito Administrativo na transição do século XVIII para o século XIX, período fortemente marcado pela influência da Revolução Francesa. Como pensadora principal, Di Pietro apresenta a ideia de que o interesse público é a medida para o controle de legalidade dos atos da Administração, em outras palavras, o controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público.

Por outro lado, entende-se como um pecado autoritário na construção de conceitos e princípios pelo Conselho de Estado francês, um órgão que seria “juiz de si mesmo”. De acordo com Binenbojm, adverte-se que não se nega a existência de um conceito de interesse público. Todavia, afirma uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e individuais, não sendo possível estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.



O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pilar do próprio Estado de Direito, foi duramente criticado, e com argumentos que não se pode ignorar: desrespeito aos direitos fundamentais, incompatibilidade com a ordem jurídica, indeterminabilidade do conceito de interesse público, inoperância com o postulado da ponderação de interesses, dentre outros. Porém, diversos autores têm proposto a crítica da crítica, refutando esses argumentos, um a um, e propondo a reflexão da comunidade jurídica sobre as teses lançadas. Em vista disso, o debate se apresenta como complexo e de difícil solução.

Alfim, verificou-se que, em sua maioria, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanecem com seu tradicionalismo, observando o princípio da supremacia do interesse público como um pilar para o Direito Administrativo, trazendo eficiência para os objetivos propostos no texto constitucional. E, em complemento, mostra-se acessível aos critérios de ponderação no conflito entre interesses públicos e privados de igual proteção constitucional.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

-Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

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

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2 ed rev. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

Cirne Lima, R. O Conceito fundamental do Direito Administrativo. Revista Do Serviço Público, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/7499> Acessado em: 21, de jan. de 2023.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

-O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. Scielo, 2017. Disponível em:



<https://www.scielo.br/j/rinc/a/FXGmphCrQNsMzNJLLTFvrK/?lang=pt> Acesso em: 21 de jan. de 2023.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano, A. Giuffrè, 1970.

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1933.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 jan. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 41.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 179/180, p. 53.

VARELLA, Lucas. Crítica à Supremacia que Integra o Conceito de Interesse Público e a sua Contracritica. Instituto de Direito Real, 2021. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/critica-a-supremacia-que-integra-o-conceito-de-interesse-publico-e-a-sua-contracritica> Acesso em: 21 de jan. de 2023.

AMORIM, Letícia. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf Acesso em: 21 de jan. de 2023.

LIMA, Jair Antonio Silva de. Teoria dos princípios: a colisão entre direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3099, 26 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20721>. Acesso em: 4 fev. 2023.

BARROS, Marcos Ribeiro. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence. 1 ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública IBAP, 15 de dez. de 2019.

DURKHEIM, Émile. O suicídio. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 4 de abril de 2019.

MILL, John Stuart. O utilitarismo. 2 ed. São Paulo: Iluminuras, 26 de março de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

8.1 FONTES DE INFORMAÇÃO

<https://www.scielo.br/j/rinc/a/FXGmphCrQNsMzNJLLTFvrK/?lang=pt>



<https://direitoreal.com.br/artigos/critica-a-supremacia-que-integra-o-conceito-de-interesse-publico-e-a-sua-contracritica>

http://uece.br/eventos/spcp/anais/trabalhos_completos/247-38223-30032016-010007.pdf

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf

https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1295_1339.pdf