

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR NA ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### *THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW AND THE REINTERPRETATION OF THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST OVER THE PARTICULAR IN THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

Guilherme Silva Bastos Malheiro<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Doutorando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público pela UFBA. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Católica do Salvador. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduado em Ciências Contábeis pela UFBA. Pesquisador nas áreas de Direito Tributário, Direito Administrativo e Direito Financeiro. Advogado, consultor jurídico e Contador. [guilhermemalheiro@hotmail.com](mailto:guilhermemalheiro@hotmail.com)

Recebido/Received: 14.11.2022/ November 14th, 2022.  
Aprovado/Approved: 10.08.2023/ August 10th, 2023.

#### RESUMO

Quando são analisados os principais institutos do direito administrativo e o seu fundamento legitimador ( supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade ), sob o fundamento da preservação do interesse público, busca-se , antes de tudo, à preservação do ethos conservador autoritário do antigo regime vigente na França, nos primórdios do surgimento do Direito Administrativo. O Estado Constitucional de direito e o movimento do neoconstitucionalismo , entretanto, contrasta esta visão tradicional, através da releitura do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular valendo-se do instrumental teórico da teoria dos princípios. A análise dos dados valeu-se do método dedutivo, partindo da tese ampla do princípio da supremacia do interesse público como fundamento do direito administrativo clássico, derivando desta a análise do conceito de interesse público no contexto do neoconstitucionalismo e conformação deste com a norma-princípio, concluindo pela incompatibilidade do conceito clássico de interesse público com o postulado da dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional de Direito, tendo sido utilizada a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** supremacia do interesse público sobre o privado – Direitos Fundamentais – Dignidade da pessoa humana – Constitucionalização do direito.

#### ABSTRACT

When analyzing the main institutes of administrative law and its legitimating foundation ( supremacy of the public interest, prerogatives of the administration, discretion ), under the foundation of the preservation of the public interest, it is sought, above all, to preserve the authoritarian conservative ethos of the old regime in force in France, at the beginning of the emergence of Administrative Law. The Constitutional State of Law and the neoconstitutionalism movement, however, contrast this traditional view, through the reinterpretation of the principle of supremacy of the public interest over

the private, using the theoretical instruments of the theory of principles. The data analysis used the deductive method, starting from the broad thesis of the principle of supremacy of the public interest as the foundation of classical administrative law, deriving from this the analysis of the concept of public interest in the context of neoconstitutionalism and its conformation with the principle-norm, concluding for the incompatibility of the classic concept of public interest with the postulate of the dignity of the human person in the Constitutional State of Law, having been used the bibliographical research.

**Keywords:** supremacy of the public interest over the private – Fundamental Rights – Human dignity – Constitutionalization of law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO; 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO; 3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA; 4. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 4.1. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS; 4.2. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DE DETERMINADOS INTERESSES PRIVADOS; 4.3. O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DA SOCIEDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Autores nacionais já alertaram sobre um vício de origem do Direito administrativo, que contradiz o ethos do fundamento de seu surgimento. Para a doutrina dominante, o Direito Administrativo surge *pari passu* com o Estado de Direito para limitar o poder do rei (“the king can not wrong”), através da lei, regulando as relações entre Estado e indivíduo de molde a preservar-lhes a autonomia.

Ocorre que uma leitura atenta dos principais institutos, considerada ainda a gênese em meados do século XVIII sugere algo diverso e pouco estudado, a saber, que em realidade os principais instrumentos do direito administrativo (desapropriação, supremacia do interesse público sobre o privado, autoexecutoriedade, poder de polícia), surgem para preservar, sob novos moldes, antigos privilégios estatais do *ancien regime*. (Binenbojm,2007).

Passaremos a abordar então a influência que a normatividade dos direitos fundamentais advinda com o movimento jurídico-político do neoconstitucionalismo vem projetando sobre o que se entende por regime jurídico administrativo. Para tal, será imprescindível que estudemos o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o próprio conceito de interesse público, seus fundamentos, e a inter-relação que existe entre este e o referido regime como elemento legitimador e fundante.

Com efeito, a sociedade contemporânea vem passando por incríveis transformações em todas as áreas do conhecimento humano; é preciso que a ciência do direito também acompanhe tais fenômenos, sob pena de a mesma se constituir em mero objeto de relíquia, representação de um passado que, por óbvio, não se presta mais a debelar as grandes questões que afligem o gênero humano na atualidade.

É perfeitamente natural, então, que o regime jurídico administrativo tenha que ter os seus fundamentos revistos, levando em conta os novos ares que permeiam o nosso ordenamento jurídico. Em sendo a constituição o epicentro de todo o sistema, ocupando o cume da escala normativa, e em sendo os direitos fundamentais, e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana o seu fundamento axiológico maior, a irradiar efeitos sobre todos os demais ramos do direito, não poderia tal regime permanecer estático, imutável e inalterável, imóvel como uma escultura de mármore.

Não se quer desmerecer a importância que teve tal regime para a sistematização do direito administrativo. Realmente, a criação do regime jurídico administrativo teve grande valor metodológico, mas que serviu ao seu tempo, justificou e legitimou juridicamente a atuação estatal da época. Agora, devem ser reformuladas as premissas em que o mesmo se assenta, levando em conta os novos valores que emergiram e já são prevalentes em nossa ordem jurídica.

Antes que houvesse a afirmação histórica do Constitucionalismo, a atividade do Estado era pouco infensa a qualquer tipo de controle pelo Direito, em especial pelo controle jurisdicional. Vigorava ainda a máxima de que o rei era absoluto em suas decisões, detentor de um juízo infalível, e que o mesmo não poderia errar, sendo conjugadas a vontade do príncipe com o conteúdo do próprio direito.

Tal situação foi aos poucos sofrendo modificações à medida que foi se consolidando o Estado de Direito e na proporção em que a Constituição foi sendo valorizada enquanto documento político-jurídico de maior envergadura nacional dotada de poderes jurídicos.

Ainda estava arraigada a concepção de que não poderia haver controle da atuação administrativa, e em especial no que diz respeito ao poder discricionário da administração. Os limites à irresponsabilização do poder público foram sendo impostos pouco a pouco, à medida em que eram fortalecidos os valores do estado democrático de direito e a crença de que todos, inclusive os governantes, deveriam estar submetidos às leis.

Hoje, sob os influxos dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, não há mais essa discricionariedade, vista outrora como um largo campo de atuação ilimitada do administrador público. Tais direitos passam a vincular objetivamente o mesmo, de modo que o objetivo do Estado passa a ser o de dar cumprimento e concretude a eles.

O movimento jurídico-político do neoconstitucionalismo, conforme aponta Luis Roberto Barroso, é tributário da formação do Estado Constitucional de Direito, tem

como marco histórico o pós-guerra e a redemocratização, como marco filosófico a construção do pós positivismo e como marco jurídico o reconhecimento da força normativa da Constituição, e do papel central que passa a exercer no sistema jurídico constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana. (BARROSO,2020).

Os controles impostos à administração pública são cada vez mais intensos em decorrência do fenômeno da constitucionalização do direito. Aponta Virgílio Afonso Da Silva (2005,p.39) que, quando se fala em constitucionalização do direito, a idéia mestra é a de irradiação dos efeitos das normas e valores constitucionais aos demais ramos do direito, provocando verdadeira mudança de paradigma no bojo destes sub-ramos.

Os principais institutos do direito administrativo, assim, passam por uma releitura necessária, para que sejam adequados aos novos valores constitucionais. Passemos a analisar o que se entende por regime jurídico administrativo na doutrina brasileira, na visão dos mais destacados doutrinadores nacionais.

## 1. ANÁLISE DOUTRINÁRIA DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Para Celso Antonio<sup>1</sup>, o regime jurídico administrativo é a própria essência do Direito administrativo. Não há que se falar neste enquanto disciplina jurídica autônoma, sem que lhe fosse conferido um conjunto sistemático de princípios e regras que lhe formam a identidade e que o diferencia dos demais ramos do direito.

Assim se expressa o renomado publicista quanto a esta questão:

“Só se pode, portanto, falar em Direito Administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardem entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.” (MELLO,2005,p.42)

O regime jurídico administrativo, deste modo, seria como que o ponto de convergência de todo o direito administrativo, constituindo-se num conjunto de regras que servirão para a compreensão posterior dos seus principais institutos jurídicos.

A própria unidade e coerência interna deste sub-ramo, e as suas características essenciais, estariam profundamente inter-relacionadas com o dito regime. Celso Antonio pontifica que o progresso mesmo do direito administrativo enquanto ciência, o seu desenvolvimento metodológico e a sua coesão interna, bem como o descortinamento de suas tendências é determinado pelo mesmo. Em suas palavras:

Acredita-se que o progresso do Direito Administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem, em sua grande parte, da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade, assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que descansam, originariamente, nas noções categoriais que presidem sua organicidade. (MELLO,2005,p.44)

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. Curso de Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Apenas com base nessas premissas se poderia pensar no direito administrativo como um todo coerente e lógico. Deve-se estudar os elementos componentes do todo, com base nos critérios de classificação, de molde a sistematizar e melhor ordenar o conhecimento.

Tal modo de proceder não é peculiar ao direito administrativo, mas é próprio mesmo de qualquer ramo do conhecimento humano. O sistema bem pode ser caracterizado por essa composição de elementos, sob a perspectiva unitária. A esse sistema, no que concerne aos aspectos atinentes à relação jurídica estabelecida entre o estado e seus cidadãos, no âmbito do exercício da função administrativo, que constitui o chamado regime jurídico-administrativo.

O regime jurídico administrativo, deste modo, representaria a essência que caracteriza o regime de Direito Público, concebendo normativamente determinados interesses que dizem respeito ao atendimento das necessidades da sociedade. Celso Antônio delinea dois princípios que se constituiriam nas premissas fundamentais deste, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado, e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.

Os dois princípios se integram, são as verdadeira bases de todo o sistema. São como que a sua fonte axiológica, a sua razão de existir. Sobre o primeiro deles, que será objeto de nossa atenção mais adiante, Celso Antonio Bandeira De Mello possui definição que se tornou clássica da doutrina nacional, nestes termos:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados." (MELLO,2005,p.60)<sup>2</sup>

Todavia, o mesmo autor ressalta que tais valores, consubstanciados nos dois princípios, não são perenes, imutáveis, o que fortalece a tese à qual aderimos que apregoa serem os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana as novas vigas mestras do regime.

Assim que, feita tal observação, para Celso Antônio todo o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração.

Todo o direito administrativo vai girar em torno do binômio prerrogativas da Administração e direitos dos administrados. Tal binômio, no entanto, sempre oscila ao sabor das contingências históricas do momento e dos governos, ora a favor das prerrogativas públicas nos regimes autoritários, ora fortalecendo os direitos dos administrados nos sistemas democráticos.

2 *Id. Ibid*, p.60.

Maria Sylvia<sup>3</sup> nos traz um aspecto curioso a respeito deste binômio, e que condiz com os antecedentes históricos do surgimento do direito administrativo. O próprio fenômeno histórico-político da revolução francesa gerou como frutos simultaneamente dois fundamentos distintos entre si, quais sejam, a ordem jurídica individualista e o regime administrativo, o que corresponde à proteção aos direitos individuais dos cidadãos, de um lado, e a concessão de prerrogativas e privilégios para a própria administração tendo em vista a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, e que servem justamente para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo, de que é exemplo o poder de polícia. (DI PIETRO,2006). Enquanto a matiz individualista da revolução desembocou na concepção do novo direito civil, cristalizado no código civil napoleônico, o regime administrativo formou a base do direito público administrativo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão regime jurídico administrativo quer significar

“o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a administração pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico administrativa. O regime administrativo se resumiria a duas palavras apenas, a saber, prerrogativas e sujeições.” (DI PIETRO,2006,p.75)

O direito administrativo, assim, no pensar da ilustre autora, estaria cingido a bipolaridade acima mencionada, representada pela liberdade do indivíduo e pela autoridade da Administração, restrições e prerrogativas. Assim que para assegurar-se a liberdade, se sujeita a administração pública à observância da lei, consubstanciando-se assim o princípio da legalidade. Para que seja salvaguardada a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Consoante o posicionamento de Maria Sylvia, também a base do regime jurídico administrativo estaria no princípio da supremacia do interesse público. Em função dele, adviriam as prerrogativas e privilégios, tais quais a auto-executoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir a servidão, o de aplicar as sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia, a imunidade tributária, os prazos dilatados em juízo, o juízo privativo, o processo especial de execução, a presunção de veracidade de seus atos, dentre outros (DI PIETRO,2006,p.75).

Todavia, obtempera a administrativista que ao lado das prerrogativas existem as restrições às quais está sujeita a administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e responsabilização da autoridade que o editou. Dentre as restrições, cite-se a observância da finalidade pública, os princípios da moralidade administrativa e da legalidade e a obrigatoriedade de publicidade dos atos administrativos.

3 ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Hoje, além de todas estas restrições, desempenha papel relevante na limitação do poder público no seu agir a normatividade dos direitos fundamentais e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. A concretização destes e a busca pela sua efetividade constituem-se no objetivo maior do moderno Estado Constitucional, que tem na carta maior a sua genuína fonte normativa.

Tais direitos hoje vinculam não só o gestor na sua atividade de escolha dos meios ideais para realizar a finalidade pública, essa mesma cristalizada pela observância deles pelo Estado, mas norteiam também a atuação do próprio poder Judiciário, em seu mister de solucionar o conflito aplicando a lei ao caso concreto, ponderando sempre acerca da aplicação dos princípios constitucionais ao mesmo, e servem de diretriz para o legislador, que atuará tendo em vista dois deveres em relação aos direitos fundamentais, quais sejam, o positivo, em que as leis devem corresponder à sua máxima efetividade, e o negativo, que apregoa que o legislador não pode produzir leis que venham a confrontá-los.

Opera-se uma mudança substancial no conceito de finalidade pública, que vem a ser justamente a efetividade dos direitos fundamentais, e no conceito jurídico doutrinário de interesse público, que deverá estar embasado nos novos valores advindos com o estado Constitucional, tema que será adiante abordado.

Pode-se observar que a concepção de regime jurídico em que se fundamentaram os renomados autores supracitados não levava em consideração que os direitos fundamentais viriam a ocupar papel de destaque, a justificar mesmo todo o sistema jurídico contemporâneo. Após a segunda guerra mundial e diante da constatação das gravíssimas violações aos direitos humanos, perpetradas sob os olhos de uma comunidade internacional consternada e impassível diante da escalada do autoritarismo Nazi-fascista, surge em todo o mundo a crença de que tais direitos mereceriam um tratamento especial, de molde a vincular os governos das diversas nações a manterem o compromisso de velar para que não se repitam abusos como os cometidos naquele sombrio período.

Vários pactos e tratados foram celebrados, os organismos internacionais multilaterais se esmeraram em velar pela observância de tais direitos ao redor de todo o globo, e onde quer que houvesse uma falta grave, aí estaria a pressão internacional no sentido de conter o avanço das violações. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio mor, o fundamento axiológico de toda a ordem jurídica mundial, influência essa que se fez sentir forte no Brasil na cristalização dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, promulgada democraticamente após duas longas décadas de ditadura e de desrespeito aos mesmos.

É imperioso, deste modo, reconhecer que o regime jurídico administrativo deve ser repensado, tendo em vista este estado de coisas. Os direitos fundamentais passam a vincular todos os poderes da república, passando a se constituírem na

razão mesma de ser do Estado. Lógico que a premissa de que o interesse público sempre deveria sobrepujar o interesse individual passa a ser revisto, eis que no mais das vezes, este interesse do indivíduo se confunde com um direito fundamental, e o próprio conceito de interesse público passa a ser o de dar efetividade a tais direitos.

Este conceito de interesse público, adiante melhor abordado, parte da premissa fundamental de que o Estado é um meio, e não o fim em si mesmo, concepção esta que não é nova, nos vem desde Rousseau e Locke, pais da teoria contratualista.

Com o advento do neoconstitucionalismo, o fim a ser perseguido pelo estado passa a ser justamente a concretização dos direitos fundamentais, e o valor fundante da nova ordem é o da dignidade da pessoa humana. O interesse público, assim, já não pode ser mais utilizado para justificar toda e qualquer atuação estatal, como capa de proteção para o desmando do Estado no trato com os direitos individuais.

Daí porque o regime jurídico administrativo também deve ser alterado para que seja valorizada cada vez mais a posição do indivíduo enquanto titular de direitos fundamentais, levando-se em conta a nova ordem de valores instaurada com o advento da Constituição e com a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre todos os ramos do direito.

## 2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

É inconteste que a mudança radical de paradigmas operada pela supremacia da Constituição e pelo reconhecimento de sua força normativa em nosso sistema jurídico representa fator decisivo para a releitura de todo o regime jurídico administrativo atual. Com efeito, toda a atuação do administrador público, todos os atos administrativo emanados dos gestores deverão levar em consideração não somente a lei, mas sobretudo a concordância daqueles com as regras e princípios constitucionais.

Nessa releitura, o papel exercido pelos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, assume função de destaque. Ainda que não haja um rompimento absoluto com a idéia de que é a lei que serve de baluarte para todo o agir administrativo, a Constituição e suas normas vêm as poucos substituindo o papel outrora desempenhado pelo princípio da legalidade. O agir administrativo passa a se legitimar na medida em que se coadune com a Constituição.

A constituição federal de 1988 aborda de forma minuciosa os principais aspectos atinentes à administração pública, chegando muitas vezes a destoar de seu caráter de norma superior, regedora dos temas mais relevantes, para disciplinar em seu corpo institutos que poderiam ser através de legislação infraconstitucional.

Inobstante isso, houve visíveis avanços, na medida em que os aspectos estruturais e funcionais mais caros à administração, em sendo agora dotados de feição constitucional, se tornam menos suscetíveis de sofrerem alterações casuísticas,

ditadas pelos interesses e conveniências políticas dos gestores de plantão, muitos dos quais completamente alheios aos ditames da moral e da ética. Nota-se, assim, um caráter garantista nessa disciplina minuciosa operada pela constituição.

Como dito acima, a constitucionalização do direito administrativo acaba por substituir a lei como parâmetro do administrador pela constituição, e a legalidade passa a se consubstanciar tão somente num dos princípios que deve o mesmo observar em sua atuação. Diante do caso concreto, o gestor passa a se valer dos princípios como balizas de atuação, e sempre que se defrontar com uma situação em que esteja compelido a optar ou pela observância da lei, ou pela observância da constituição, deve proceder a um juízo de ponderação, podendo até mesmo validar condutas que confrontem a lei (contra legem).

Se acaso houver um vácuo legislativo que o impeça de exercer plenamente as suas competências constitucionalmente atribuídas, não poderá se quedar inerte e imóvel, a esperar eternamente pela ação do legislador. Deverá se valer dos princípios, e sempre ter em mente o objetivo maior do Estado constitucional, que consiste justamente em dar máxima efetividade aos direitos fundamentais insculpidos em nossa carta magna.

Gustavo Binenbojm<sup>4</sup> chega, inclusive, a citar os princípios da moralidade, da proteção, da confiança legítima e da vedação ao enriquecimento sem causa para legitimar o modus operandi do administrador nos casos em que não haja lei disciplinando o caso concreto, conforme nos assevera:

Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido de relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos de efeitos pretéritos. (BINENBOJM, 2007, p.71)

A discricionariedade administrativa também deixa de se constituir num espaço totalmente infenso ao controle judicial, em que o administrador possui liberdade para agir de acordo com critérios subjetivos, pautados pela conveniência e oportunidade. Com a constitucionalização expressa dos princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, com a relevância que adquire no sistema constitucional o princípio da dignidade da pessoa humana, e com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é cada vez menor ao administrador essa margem de liberdade.

Com efeito, dentre dois modos de atuação possíveis no caso concreto, deve o administrador optar por aquele que dê a máxima efetividade aos direitos fundamentais, ao que melhor privilegie a dignidade da pessoa humana, em

4 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. Rio de Janeiro:Renovar.2007

detrimento daquele meio que leve em consideração tão somente os aspectos técnicos do problema.

Não se quer com isso dizer que a administração tenha que deixar de se valer da técnica e descurar de seu dever de eficiência, agora elevado a princípio constitucional pelo art.37 da CF/88; a eficiência e a técnica não são incompatíveis com a observância dos direitos fundamentais; o que aqui se prega é tão somente uma relativização dos critérios meramente técnicos de atuação do administrador, tendo em vista que o gestor público, como agente estatal que é, também está vinculado ao objetivo precípuo do estado constitucional contemporâneo, que é dotar os direitos fundamentais da máxima efetividade possível, reconhecendo a eles força normativa própria. O Estado existe para servir ao homem, constituindo o fim último daquele dotar o mesmo das condições mínimas de dignidade, não descutando do dever de efetivar os direitos fundamentais. A esse respeito pontua Gustavo binenbojm:

(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando. (BINENBOJM, 2007, p.72)

Daí que o objetivo maior do Estado, na vigente quadra de século, vem a ser a plena observância dos direitos fundamentais e do princípio maior da dignidade da pessoa humana, caracterizada como o alfa e o ômega do sistema jurídico contemporâneo.

### **3. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA**

O princípio da legalidade constitui-se num dos pilares do regime jurídico administrativo. É quase que uma decorrência do surgimento do Estado de direito, em que passou a valer a máxima de que se deve viver sobre o governo das leis, e não dos homens. O princípio da legalidade surge como fator de limitação ao poder do monarca, que aos poucos foi vendo a sua margem de atuação reduzida, em contraponto ao crescimento da classe burguesa e do fortalecimento do parlamento. Nesta concepção, a lei nada mais seria do que a síntese da vontade geral do povo, que teria os seus anseios atendidos quando da promulgação dos documentos legislativos pelos seus representantes.

Seria a prevalência da vontade da maioria, consubstanciada através do sistema representativo, que daria legitimidade às leis, donde decorre que a atuação do administrador somente poderia se legitimar, de igual forma, se atender aos ditames legais, que nada mais são do que a cristalização do interesse público. Com base nessa premissa que deverá o administrador atuar de acordo com a lei, que em tese representaria o interesse público. A vontade da administração, assim, seria a vontade

da lei. Conforme nos diz Hely Lopes Meirelles, “ Na administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração particular só é permitido fazer o que a lei autoriza.” (MEIRELLES,2007,p.3).

Inobstante isso, de há muito já se questiona esse papel da lei e a sua suposta representatividade nos sistemas democráticos atuais. Não mais se concebe a romântica idéia Rousseouniana de que esta seria o resultado da vontade geral. O que Rousseau chamava à época de vontade geral nada mais significa hoje do que uma mera composição de interesses, no bojo de uma sociedade marcada pela sua pluralidade, diversidade, antagonismos e desigualdades. Essa realidade polifacética, a complexa estrutura de poder que existe em nossa sociedade, por certo acaba se refletindo na composição de nosso parlamento, que nada mais é do que a caixa de ressonância da mesma.

A lei, assim, passa a ser a combinação mecanicamente possível de uma arranjo de interesses ditados pelas circunstâncias políticas e pelo equilíbrio entre as forças existentes. Muitas são as leis que são editadas não para satisfazer um interesse público genérico, associado à idéia de bem geral, mas para atender aos interesses dos grupos mais eficientemente organizados, representados pelos lobbies, que passam a atuar sem qualquer pudor para fazer prevalecer as suas idéias e os seus objetivos. Tal lei, deste modo formulada, deverá ser observada por todos, valerá para todos, ainda que parcela da sociedade não tenha sido contemplada, mesmo que tais interesses nela consubstanciados contrariem os interesses da maioria.

Esta crise pela qual vem passando a lei em seu sentido formal não passou despercebida a Gustavo Binenbojm, que a esse respeito discorre com autoridade:

Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e pelo descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do poder executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente entre previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal (BINENBOJM, 2007, p.35).

O administrador, nestes termos, invariavelmente passará a se vincular não mais ao interesse da coletividade, mas deverá cingir o seu proceder de acordo com uma lei elaborada nestes moldes, ou seja, deverá limitar a sua atuação de acordo com uma lei feita sem que seja atendido o interesse da maioria, o que levanta questionamentos inclusive acerca da sua legitimidade. Como poderá o administrador,

eleito democraticamente pelo povo, de acordo com o processo constitucional previamente estabelecido na constituição, ser restringido por leis oriundas de um congresso que legisla ao sabor das conveniências e interesses dos grupos organizados, que representam estes, por sua vez, a minoria da população? Seria hoje ainda possível aplicar-se o famoso adágio do grande mestre Seabra Fagundes, que dizia que administrar seria o mesmo que aplicar a lei de ofício, tendo em conta estas patentes contradições no processo legislativo?

Outro fator que vem alterando bastante este quadro é o que diz respeito às agências reguladoras e a sua ainda não completamente delineada competência normativa. O fato de tais agências, dirigidas por agentes nomeados pelo poder executivo, legislarem no seu âmbito geral de competência, acaba por gerar, ainda que indiretamente, um certo desprestígio à lei, eis que aos poucos as mesmas vêm assumindo autêntica função legislativa. Tal quadro acaba por levantar questionamentos acerca da própria legitimidade constitucional destes órgãos e de sua competência normativa no âmbito de nosso Estado democrático de direito. Na feliz expressão de Gustavo Binbenbojm, “corremos o risco de vivermos uma neofeudalização do espaço público por tais órgãos tecno burocráticos” (BINENBOJM, 2007, p.36).

Em vista disto, não mais se pode conceber em um modelo excessivamente estrito a vinculação do administrador à lei tão somente. Com a superveniência da Constituição, com o reconhecimento de sua força normativa, com prestígio que os princípios jurídicos assumem em nossa ordem jurídica, e com a influência que vem exercendo a moderna teoria dos direitos fundamentais, o administrador deve ter outros parâmetros de atuação, deve nortear as suas atividades em consonância com outros valores. O valor máximo deste novo sistema passa a ser o princípio da dignidade da pessoa humana, que espraia a sua influência para todos os demais princípios e normas constitucionais.

O administrador, deste modo, deve basear toda a sua atividade na constituição e nos princípios nela delineados. Esta passa a ser o seu norte, o seu baluarte. Na dúvida entre seguir a lei ou à constituição, o administrador não pode hesitar. Estaria, assim, legitimando a sua intervenção. Até no que concerne à legitimidade, não resta dúvidas de que, se tivermos que estabelecer um grau para a mesma, poderíamos afirmar que a Constituição tem uma maior legitimidade em nosso sistema, não só por causa de sua força normativa inerente, não somente em decorrência de sua posição na escala normativa, mas porque é oriunda do poder constituinte originário, enquanto que a lei seria um produto, ainda que indireto, do poder constituinte derivado.

Deste modo, a constituição e o seu conjunto de princípios e direitos fundamentais deverão constituir-se no centro de todo o manancial normativo que compõe o regime jurídico-administrativo. Eis aí o fenômeno da juridicidade. O quebra do paradigma da legalidade para o administrador somente poderá ocorrer se houver conjuntamente o reconhecimento da constituição como o novo cerne da vinculação administrativa.

Não mais se pode conceber a lei como o limite do agir administrativo; hoje, é a constituição que deve ocupar este espaço.

Não por outro motivo que a doutrina vem apontando para o fenômeno recente da constitucionalização do direito administrativo. A constituição vincula a administração, independentemente da lei, o que representa a mudança de paradigmas encabeçada pela mesma e pela teoria dos direitos fundamentais. Esta deixaria de ser um amontoado de normas programáticas, carentes de efetividade e normatividades, e passariam a reger a própria administração, legitimando a sua atuação.

Assim que a administração deverá ser norteada pelos princípios constitucionais, e tal principiologia deverá ocupar lugar de destaque na construção de um novo direito administrativo, construído sem as amarras autoritárias de então, mas solidificado nos valores da democracia e da dignidade da pessoa humana. Um direito administrativo construído sobre estas bases, certamente deverá deixar para trás qualquer viés absolutista, e deve se preocupar em dar concretude aos valores essenciais da pessoa humana, que representam o fim último do Estado. Todo o conjunto de prerrogativas atribuído à administração, a distribuição orgânica do estado, todo o procedimento administrativo, a distribuição de competências, deve se voltar para o cumprimento do fim último do Estado Constitucional, que vem a ser a efetividade da constituição e a concretização dos direitos fundamentais.

A doutrina vem utilizando o termo juridicidade administrativa para justificar essa mudança em relação ao paradigma da legalidade. Gustavo Binbenojm entende que a legalidade administrativa passa a se constituir num dos princípios insculpidos do sistema maior de vinculação da administração, que vem a ser cristalizado na Constituição. Mas isso não impede que o administrador continue a se guiar pela lei. O autor nos propõe o seguinte quadro:

A atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), mas pode encontrar fundamento direto na constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINENBOJM, 2007, p.35).

Desta feita, resta claro que o paradigma da legalidade deverá ceder frente às mudanças que se fazem cada vez mais intensas em nosso sistema jurídico oriundas da constituição e dos direitos fundamentais. Todo o direito administrativo deve passar pelo filtro constitucional, o que se reflete na releitura de vários de seus principais institutos e postulados, todos eles devendo se adequar a essa nova realidade, em que avulta a importância dos princípios jurídicos e cresce a relevância de uma axiologia que tenha como cerne a dignidade da pessoa humana.

#### 4. CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de interesse público sempre desempenhou papel de relevo para a fundamentação do agir administrativo e para a caracterização do regime jurídico atinente à administração pública. A justificativa da atuação de todo e qualquer agente público, bem como a distribuição de competências, a fixação dos objetivos do estado, a própria motivação do ato administrativo, estão umbilicalmente relacionados com o que se entende por Interesse público.

É com base neste conceito jurídico doutrinário que se constrói todo o edifício do regime jurídico administrativo assentado sob as premissas principiológicas da supremacia do interesse público sobre o privado e sobre a indisponibilidade do interesse público, na concepção defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello e seguida pela grande maioria da doutrina nacional.

A própria finalidade pública, um dos elementos do ato administrativo, consiste justamente no atendimento ao Interesse público pelo administrador, devendo este optar pelo meio de ação que privilegie a satisfação deste. Tendo em vista isso, para melhor fundamentar as premissas do regime jurídico administrativo, Celso Antônio passa a desenvolver o conceito doutrinário de interesse público. Acentua o jurista que não se pode pensar em interesse público apenas como uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, nem basta, para que se chegue a um conceito satisfatório, resumi-lo como sendo a somatória dos interesses individuais.

Embora seja evidente que possa haver um interesse público contaposto a um dado interesse individual, no entanto, é indubitável que não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. O próprio Celso Antônio acaba por afirmar que existe uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. O mesmo autor, com a maestria que lhe é peculiar, relata:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.(Mello, 2015,p.50).

Assim que o interesse público só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integram no futuro. Após extensa abordagem teórica, chega Celso Antônio à conclusão de que o interesse público deve ser conceituado como “ o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.” (MELLO, 2015).

Explicando os elementos que compõem o seu conceito, quais sejam, a afirmação de que o interesse público é uma faceta dos interesses individuais e é, simultaneamente, um interesse dos vários membros do corpo social, o autor busca ressaltar a importância de dois aspectos, a saber, o de desconstruir a tese de que os interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de qualquer tipo de controle, e desmistificar a idéia de que todo e qualquer interesse do Estado seria um interesse público.

Outro dado de suma importância que merece destaque para o estudo jurídico doutrinário do que se entende por interesse público diz com a classificação proposta por Renato Alessi entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, trazida para a doutrina pátria por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tal classificação tem sua razão de ser na constatação de que, uma vez reconhecidos que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, fica evidenciada de maneira cristalina que não existe uma coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.

Com efeito, o Estado, tal como ocorre com os particulares, também é uma pessoa jurídica, que existe no mundo jurídico e se relaciona com os demais sujeitos de direito. Deste modo, ainda que seja o Estado o encarregado de satisfazer os interesses públicos, ele pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares. Ora, estes últimos não podem ser considerados como interesses públicos, mas meros interesses individuais do Estado, similares aos interesses dos outros sujeitos. Assim que os interesses primários seriam os interesses públicos propriamente ditos, enquanto que os interesses secundários seriam os que o Estado defende enquanto sujeito próprio de Direitos. Daniel Sarmento<sup>5</sup> nos esclarece melhor essa diferenciação:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte numa dada relação jurídica – quer se trate de União, de Estado-membro, do município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de minimizar as despesas. Essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação na Constituição Federal de 1988. (SARMENTO, 2005,p.5)

Não se quer dizer com isso, todavia, que o interesse público secundário seja desimportante. Ele o é, na medida em que visa ao bom funcionamento do Estado,

5 SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

quando busca recursos para a consecução dos interesses primários, afinal de contas, só se pode concretizá-los mediante uma atuação eficiente do mesmo. Nesse sentido prossegue Sarmento:

O interesse público secundário não é, contudo, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem condições de realizar investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhum momento será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. (SARMENTO,2005,p.5)

É de uma clareza meridiana que tais interesses que o Estado possui segundo os termos em que os teria qualquer pessoa, em que pese a sua relevância, não são interesses públicos genuínos, eis que não se consubstanciam na razão essencial de existir própria da administração e não têm como finalidade maior a satisfação do bem estar da coletividade. Deve-se observar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado leva em conta, de acordo com a classificação ora delineada, apenas os interesses públicos primários, que se confundem com os interesses da coletividade. Assim se manifesta Dirley da Cunha Júnior<sup>6</sup>:

as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado somente podem ser manejados legitimamente para o alcance de interesses públicos primários, e não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal (interesses secundários, e muito menos dos agentes governantes. (JUNIOR, 2004,p.38)

Vale acentuar, de igual modo, que o princípio do interesse público está previsto expressamente no direito positivo brasileiro, consubstanciado no art.2º , caput, da lei 9784/99, especificando no parágrafo único, a exigência de “ atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”, donde se conclui que o interesse público é irrenunciável pelo agente público.

Assim, diante da exposição do posicionamento dos autores acima citados acerca do tema, é fácil constatar que qualquer construção doutrinária que privilegie o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político.

Em que pese o esforço doutrinário para que se chegue a um conceito ideal de interesse público, não se pode fugir da constatação de que se trata de um conceito jurídico indeterminado, o que deu azo à abusos de toda a ordem por parte dos governantes de plantão. Invocando sempre como motivo para os seus atos a satisfação do interesse público, diversos regimes de matiz autoritária impuseram a sua vontade e cercearam as liberdades e garantias fundamentais, dada a facilidade de manipulação do mencionado conceito.

6 CUNHA JR, Dirley da. Direito Administrativo, 3ª Ed., Salvador, JusPodivm,2004

Mesmo com a visível dificuldade existente na delimitação exata do conceito de interesse público, urge que seja tentada uma formulação que leve em consideração os valores atuais da nova ordem constitucional, para que sejam coibidos tais abusos. Para evitar o uso indiscriminado, é imperioso que se reconheça a eficácia, a efetividade dos direitos fundamentais, e a força normativa da Constituição; é necessária, mais do que nunca, a constitucionalização do direito, para que todo e qualquer agir estatal tenha como limite não só a lei, que às vezes pode até ser utilizada como pretexto para a prática dos atos mais espúrios, mas que tenha como norte a Constituição e os direitos nela garantidos.

Sobre esta temática, dissertando acerca do que não pode ser considerado interesse público, aduz Marçal Justen Filho<sup>7</sup>:

O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque as suas características exigem a sua promoção de modo imperioso. Afirma-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o alicerce fundamental do direito público, o que seria suficiente para legitimar as decisões tomadas pelos administradores. Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no todo ou em sua parte). Mas os governantes refugiam-se nesse princípio para evitar os controles de seus atos pela sociedade. Fundamentar as decisões no interesse público produz a adesão de todos, elimina a possibilidade de crítica. Mais ainda, a invocação do interesse público imuniza as decisões estatais ao controle e permite que o governante faça o que ele acha deve ser feito, sem a comprovação de ser aquilo, efetivamente, o mais compatível com a democracia e com a conveniência coletiva. (FILHO, 2006)

A idéia mais comum associada ao interesse público é o de que ele nada mais é do que um somatório de interesses individuais que giram em torno de um bem da vida e que lhes significa um valor, um proveito de ordem moral ou material, que cada pessoa julga adquirir, conservar ou manter em sua esfera de valores. Tal interesse, assim, passaria a ser público quando dele participa e compartilha um determinado número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo.

Conforme visto acima, é um erro qualificar de interesse público os interesses que possui o Estado enquanto pessoa jurídica. A doutrina jurídica mais tradicional costumava incidir neste equívoco, ao qualificar de interesse público todos os que o fossem do Estado. Tal concepção não se coaduna com os valores do Estado democrático, mas sim com a idéia de que o Estado é mais importante que o indivíduo, em toda e qualquer situação. O interesse público, assim, acabaria tão somente sendo confundido com a supremacia estatal, o que se coaduna com a visão predominante de uma época em que vigorava a irresponsabilidade total do governante.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2006. 2ª Ed.

Tal visão, além do mais, parte da premissa de que o Estado seria um fim em si mesmo, e não um meio para a realização do interesse público. Ora, não pode ser considerado interesse público o que o Estado faz só pelo fato de o fazer, mas sim pelo objetivo e pela finalidade que visa alcançar, que é a satisfação das necessidades gerais da população. Partia-se de uma visão puramente subjetivista, em que seria interesse público qualquer tipo de atividade que o Estado realizasse, sendo de somenos importância a avaliação do conteúdo da atividade estatal e a busca pela sua finalidade precípua.

Donde se conclui, de modo irretorquível, que o interesse público, conforme visto acima, não se confunde com o interesse do aparato estatal, em consonância com a classificação proposta com Renato Alessi, acrescida do posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que deixa claro não constituírem os interesses públicos secundários em autênticos interesses públicos. Marçal Justem Filho vai mais além, afirmando que tais interesses públicos secundários não chegam nem ao menos a se constituírem interesses, se levarmos em consideração a clássica visão de interesse jurídico. Conforme pontifica :

Ousamos afirmar que nem ao menos são interesses, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito. O Estado não possui interesses qualitativamente similares aos interesses dos particulares. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do Direito, apenas para os sujeitos privados. Não é admissível para o Estado, que somente está autorizado a agir para realizar o bem comum e a satisfação geral. (FILHO, 2006, p.26).

Em passagem bastante ilustrativa, Celso Antônio exemplifica alguns casos em que se nota com bastante clareza a concepção de que os interesses do estado enquanto pessoa jurídica, ou seja, os ditos interesses públicos secundários, em definitivo não são os interesses da coletividade. Assim acentua:

O Estado poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas de valores exagerados. Estaria, de tal modo, defendendo interesses apenas seus, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade; o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum o interesse de todos. (MELLO, 2015,p.30)

Outra questão de suma importância para que possamos bem delinear os contornos do conceito de interesse público é separá-lo do interesse da pessoa física que está investida da função pública. Com efeito, a função pública não pode se confundir com os interesses egoísticos e privados de seu agente, sob pena de incorrer-se em desvio de finalidade. Um exemplo bastante elucidativo é o caso do chefe do poder executivo estadual que deseja evitar a divulgação de notícia atinente

a conduta irregular praticada no exercício da função que se configuraria como ato de improbidade administrativa, ensejando responsabilização e podendo custar-lhe a perda do mandato. Aí está bem caracterizado o seu interesse particular de se manter no cargo e eventualmente continuar a usufruir das benesses do poder de modo ilícito, em detrimento do interesse público na divulgação da notícia que pode vir a ocasionar processo judicial que ateste o cometimento de condutas contrárias à moralidade administrativa.

#### **4.1. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS**

Tal teoria se relaciona à generalização indutiva dos interesses privados. O interesse público configurar-se-ia pela simples somatória dos interesses privados. Seria produzida uma espécie de avaliação aritmética, em que o interesse público corresponderia ao interesse comum homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo. Não haveria diferença qualitativa entre interesse público e interesse privado. Essa seria de natureza quantitativa apenas.

#### **4.2. O INTERESSE PÚBLICO COMO SOMATÓRIO DE DETERMINADOS INTERESSES PRIVADOS**

De acordo com esta teoria pugna-se que nem todo o interesse privado poderia se constituir em interesse público. Existiriam assim duas categorias de interesses privados. Haveria aqueles que não poderiam em nenhuma hipótese se publicizar, e, portanto, se tornarem públicos, em razão da preponderância de fatores egoísticos, cuja conjugação não teria o condão de se transmutar num interesse da coletividade. Haveria, por outro lado, interesses privados transcendentais à individualidade e que poderiam dar origem a um interesse público, sempre que houvesse a possibilidade de ocorrer uma homogeneização coletiva.

#### **4.3. O INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DA SOCIEDADE**

Conforme este posicionamento, o interesse público seria o interesse da sociedade vista como um todo orgânico, em sua concepção sociológica. Considera que o todo representa muito mais que o conjunto de indivíduos. A sociedade seria um sujeito distinto, inconfundível com os indivíduos que a integram. O interesse público seria o interesse da instituição social. Haveria, assim, uma autonomia da sociedade, que transcenderia, no tempo e no espaço, os indivíduos que a integram. Os interesses individuais, por esta concepção, não são o resultado da atuação autônoma do ser humano, desvinculada do meio que o circunda. Eles seriam a conjugação da individualidade com o ambiente social circundante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e sua incompatibilidade enquanto fundamento legitimador do Direito Administrativo no Estado Constitucional de Direito.

Foi abordado o conceito de interesse público, e apontada a necessidade de sua releitura tendo em vista o imperativo categórico do Estado Constitucional de Direito, consistente na concretização do postulado da dignidade da pessoa humana.

A existência de um princípio que, a priori, afirme a superioridade sobre todos os demais não se coaduna com a dogmática dos princípios na técnica de sopesamento quando haja conflito entre normas no caso concreto.

A concretização dos direitos fundamentais passa a ser a finalidade maior do Estado Democrático de Direito, advindo com a Constituição de 1988. Os direitos fundamentais constituem núcleo intangível e o seu rol integra o vértice axiológico do Estado, que já não mais constitui um fim em si mesmo.

Conforme José Afonso Da Silva, no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza. (SILVA, 2001). Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana. Como são normas positivas constitucionais, tais direitos irradiam eficácia plena e objetiva sobre todos os demais poderes, e vincula os agentes estatais, possuindo ainda alto grau de influência sobre as próprias relações privadas.

O núcleo do sistema constitucional passa a ser o postulado da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Constitucional de Direito, e objetivo maior do Estado. Logo, o conceito interesse público não passa incólume a estes influxos doutrinários, que vêm remodelando o Direito Público causando verdadeira revolução copernicana sobre os demais ramos do direito, com intensidade maior no Direito Administrativo.

O postulado, na doutrina de Humberto Ávila, seria uma condição de possibilidade de conhecimento, e varia conforme o objeto cuja compreensão condiciona, daí a distinção que a doutrina faz entre postulados ético-políticos e postulados normativos (Ávila, 2006). Estes são compreendidos como sendo condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Não fornecem eles instrumentos para a efetiva solução de um problema jurídico, mas tão somente explicam como poderemos obter o conhecimento jurídico. São os métodos através dos quais se busca o conhecimento jurídico através da hermenêutica. Estão os postulados situados no âmbito das metanormas, eis que são responsáveis pela estrutura de aplicação de outras normas, tais quais os princípios e as regras. Como exemplo maior de postulado normativo, temos a dignidade da pessoa humana.

Donde resta clara a necessidade de releitura do conceito de interesse público para fins de fundamentar o regime jurídico administrativo, alterar o sentido do

princípio da supremacia do interesse público sob os influxos do Estado Constitucional de Direito. Não pode ser definido tão somente como a somatória dos interesses individuais, nem mesmo com os interesses do estado enquanto pessoa jurídica.

A existência de um princípio que em seu bojo propugna a superioridade do interesse público, contradiz a própria conformação dogmática dos princípios, que pressupõe a técnica da ponderação para a resolução de eventuais colisões entre princípios que disputam aplicação em um caso concreto.

Melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito um conceito que considere o interesse público como aquele que busca concretizar no plano dos fatos o postulado da dignidade da pessoa humana, sem a consideração apriorística de uma superioridade do interesse público, que representa ainda resquícios do viés autoritário que está na gênese do direito administrativo, quando analisados os seus institutos ainda vigentes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Impetus, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios- da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, in Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio da supremacia do interesse público**, Daniel Sarmiento (coord.), 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

BORGES, Alice Gonzalez, **Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?** Revista Diálogo Jurídico. Vol. No 15, acesso ao site em 05 de Abril de 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª Ed. São Paulo: Lumen Juris, 2007.

DICIONÁRIO da língua portuguesa on-line. Lisboa: Priberam Informática, 2007. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo>>.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. **Miniaurélio Século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 4 ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 9ª Ed. Saraiva.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 2006. 2ª Ed.

\_\_\_\_\_. **Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo**, disponível em [www.justenfilho.com.br](http://www.justenfilho.com.br).

CUNHA JR, Dirley da. **Direito Administrativo**, 3ª Ed., Salvador, JusPodivm, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquemático**, 8ª Ed. São Paulo: Método, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros Editores. 2005.

VADE MECUM SARAIVA. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 2. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2006.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

artigos  
científicos