

# A dogmática do interesse público: parâmetros mínimos para a adequação do princípio da supremacia do interesse público à atualidade<sup>1</sup>

*The Doctrine of Public Interest: Minimum Parameters for the Adjustment from the Principle of Supremacy of the Public Interest to the Present*

**Fernanda Leoni**

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, mestra e doutoranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC. E-mail: fernandaleoni.fl@gmail.com

**Resumo:** Sabe-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, comumente utilizado pela Administração Pública para justificar as mais variadas modalidades de atuação administrativa, enfrenta uma série de problemas de aplicação, principalmente no que se refere à identificação do que de fato seja o interesse público relacionado a cada caso. Dessa forma, a partir da revisão das literaturas nacional e internacional sobre o tema, objetiva-se contribuir para a temática a partir da análise do atual estado da compreensão, no meio jurídico brasileiro, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Nesse contexto, pretende-se avaliar, também, as críticas dirigidas ao aludido princípio e como a doutrina as vem enfrentando. Por fim, pontuam-se algumas considerações acerca da possível atualização e adequação desse princípio à atualidade. Identifica-se que o princípio da supremacia do interesse público ainda possui relevância no Direito Administrativo e no Direito Público como um todo, de modo que o emprego de parâmetros mais objetivos de aplicação pode contribuir com o exercício da função administrativa em compatibilidade com a garantia de direitos privados.

**Palavras-chave:** Supremacia. Interesse público. Interesse privado. Parâmetros de aplicação.

<sup>1</sup> Recebido: 30 set. 2022 – Aprovado: 10 out. 2022.

**Abstract:** It is known that the principle of supremacy of the public interest over the private interest, commonly used by the Public Administration to justify the most varied modalities of administrative action, faces several problems in its establishment, especially when it comes to identifying what in fact is the public interest related to each case. Thus, based on a review of national and international literature on the subject, our objective is to contribute to this discussion by analyzing the current state of understanding, in the Brazilian legal environment, of the principle of supremacy of the public interest over the private interest. In this context, we also intend to evaluate the criticism directed to the mentioned principle and how Law scholars have been facing it. Finally, some considerations about the possible updating and adequacy of this principle to the present time will be made. We have found that the principle of supremacy of the public interest still has relevance in Administrative Law and Public Law as a whole, so that the use of more objective parameters of application can contribute to the exercise of administrative function in compatibility with the guarantee of private rights.

**Keywords:** Supremacy. Public interest. Private interest. Use of parameters.

## 1 Introdução

O surgimento de uma noção do que seria o interesse público, tal como o entendemos hoje, se confunde com a própria criação do Direito Administrativo, tendo em vista que o regime de Direito Público “resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade” (MELLO, 2010a, p. 55), motivo pelo qual o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em conjunto com o princípio da indisponibilidade, pela Administração, do interesse público passaram a ser as matrizes desse regime jurídico.

No entanto, mesmo diante da contínua discussão doutrinária acerca do conceito em tela, até hoje se busca uma definição de interesse público capaz de suprir a necessidade de se controlar a atividade administrativa, já que não parece mais adequada uma análise superficial dos casos concretos para definir se determinada atuação atendeu ou não ao interesse público a ela subjacente, principalmente na atual dinâmica de ponderação de interesses jurídicos.

A doutrina brasileira majoritária, embasada pelos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, inspirado, principalmente, pela doutrina do italiano Renato Alessi, entende ser o interesse público “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, 2010a, p. 61).

Embora tal definição seja relevante para o estudo da matéria, sabe-se que o termo

“interesse público” ainda encontra uma série de entraves em sua conceituação, quer por sua imprecisão semântica, quer por sua identificação fática, quer, ainda, pela superação da anterior visão dicotômica entre direitos e interesses meramente públicos ou privados.

Sobre a imprecisão semântica, as dificuldades de se conceituar o que seja o interesse público decorrem de sua inserção no campo dos conceitos jurídicos indeterminados, como bem salienta Alice Gonzalez Borges ao afirmar que “interesse público é um conceito indeterminado, plurissignificativo – talvez o mais indeterminado deles – e por isso mesmo de difícil (mas não impossível) definição” (BORGES, 2011, p. 5).

Por isso, parte da doutrina busca tais definições por meio da valoração, ao analisar a natureza jurídica da supremacia a partir de seu enquadramento ou não como um princípio jurídico. Assim, enquanto para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010a) a supremacia do interesse público é classificada como verdadeiro axioma do regime jurídico-administrativo, para Humberto Ávila (2011), este apenas pode ser considerado um princípio à primeira vista, pois, em verdade, se caracteriza como “regra de preferência”, já que não abarcaria a possibilidade de ponderação em eventual colisão com outros princípios.

Sem adentrar no mérito do debate do que seja público ou privado, importa identificar o surgimento de um conceito inicial de interesse público, que seria aquele contraposto ao interesse privado, mesmo que sequer se soubesse definir, por sua vez, o que era interesse privado de outra forma que não o interesse exclusivo de um único indivíduo ou de um pequeno grupo.

Note-se que, mesmo que relevante, o conceito de interesse público não foi imprescindível para que o Direito Administrativo consagrasse sua supremacia ante os interesses privados, partindo da razão lógica de que o grupo, a coletividade, a sociedade ou qualquer denominação que fosse dada a uma determinada reunião de indivíduos não poderia se ver prejudicada pela vontade individual.

Isso porque, mais relevante do que tentar encontrar um conceito próprio, único e abstrato de interesse público é ser capaz de analisar se, em dada situação, o interesse público, independentemente do conceito que lhe seja concedido, foi atendido, o que justificaria ou não a possibilidade de sobrepô-lo aos interesses individuais.

Essa capacidade, todavia, apenas seria possível diante da aplicação de uma regra que auxiliasse a identificação imediata do termo em cada caso, visto que a dificuldade em se conceituar o termo “interesse público” decorre de seu entendimento como um lugar-comum, no qual a necessidade de definição fica, em si mesma, esvaziada, uma vez que quanto mais próximo se chega de uma definição abstrata, mais longe se está de sua compreensão, pois é a própria sensibilidade humana diante de dada situação que leva à conclusão quanto à existência ou não de um alegado interesse público.

A noção de interesse público e de sua supremacia vem oscilando ao longo do tempo,

ganhando maior ou menor relevo de acordo com o período vivido pela sociedade. Atualmente, apesar de criticado, ainda é consagrado em nosso ordenamento jurídico como um dos pilares do regime jurídico-administrativo e da própria ideia de Estado Democrático de Direito.

Diante desses pontos, a partir da revisão das literaturas nacional e internacional sobre o tema, objetiva-se contribuir com a temática a partir da análise do atual estado da compreensão, no meio jurídico brasileiro, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, avaliando-se tanto as críticas dirigidas ao aludido princípio como a possibilidade de sua adequação à atualidade.

Para tanto, o presente artigo está dividido em seis partes, além da introdução e da conclusão, nas quais se busca avaliar as noções iniciais do princípio, sua definição a partir de conceitos negativos, sua concepção enquanto um conceito jurídico indeterminado, a avaliação da literatura estrangeira sobre o tema, as tentativas de desconstrução da ideia de supremacia do interesse público e a criação de parâmetros objetivos para sua aplicação. Com isso, espera-se contribuir com a reformulação do princípio enquanto relevante instrumento ao exercício da função administrativa em compatibilidade à garantia de direitos privados.

## **2 A noção de supremacia do interesse público sobre o privado na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello**

Como ponto de partida, releva ao debate trazer à tona os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do tema, já que o autor foi o responsável pela noção da supremacia do interesse público sobre o privado como um dos princípios basilares do Direito Administrativo brasileiro.

Em busca de uma sistematização que pudesse reforçar a relevância do Direito Administrativo como um ramo autônomo e sua conseqüente nacionalização, visto que nosso sistema ainda se valia de institutos gerais do Direito Público importados de outros ordenamentos jurídicos, o autor nos trouxe contribuição de valia ao estudo de institutos próprios, hoje consagrados como as bases do regime jurídico-administrativo.

Assim, o autor entendia a necessidade de identificação de princípios e normas que conferissem identidade própria ao Direito Administrativo pátrio, tendo sido eleitos como pedras angulares, isto é, como princípios basilares desse ramo do Direito, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade, pela Administração, do interesse público.

Ainda que nesse momento inicial se buscasse, tão somente, uma sistematização do Direito Administrativo, a fim de que a esse ramo fossem atribuídos contornos próprios, acabou-se por construir toda uma teoria que identificaria e delimitaria os poderes do Estado e o modo de exercê-los, com base nos princípios acima referidos.

Especificamente no que tange ao conceito de supremacia do interesse público sobre o

privado, em uma análise do artigo inaugural de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto, definia o autor tratar-se de verdadeiro axioma, que “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” (MELLO, 2010a, p. 12).

Assim, a primeira classificação do autor não se voltou à caracterização da supremacia do interesse público como um princípio, mas como axioma, isto é, uma verdade por todos conhecida, pela simples lógica ou pela naturalidade do indivíduo em percebê-la, do qual decorre a posição privilegiada da Administração Pública, que pode valer-se de prerrogativas de superioridade na defesa do interesse público, sem as quais seria menos viável o exercício de determinadas atividades estatais (MELLO, 2010a, p. 12).

No entanto, antes de adentrar as especificidades do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é importante trazer à tona uma noção mínima do que seja interesse público, o que leva à utilização, uma vez mais, da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello para caracterizá-lo como o “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, 2010a, p. 60).

Busca-se, assim, elevar os interesses da coletividade ao patamar máximo de proteção do Estado, impossibilitando que a Administração Pública fosse mero instrumento de concretização de interesses privados, o que justificaria sua sobreposição aos interesses individuais, visto que o indivíduo, na condição de integrante da sociedade, tem a capacidade de aceitar com certa naturalidade que determinados limites sejam impostos a interesses dele próprio, em prol do grupo com o qual convive. Fica clara aqui a aproximação com a lógica contratualista, existente desde o século XVIII.

Partindo de uma breve evolução histórica do conceito, verifica-se que, já na Antiguidade, Platão o definia como “bem supremo”, e Aristóteles, seguindo as lições daquele, o entendia como “sumo bem comum”, sendo ambos os termos usados na política como meio de se alcançar a felicidade daqueles considerados cidadãos (NEQUETE, 2005).

Santo Agostinho também tratava do “bem comum” correlacionando-o ao dever político, pois o exercício correto das atividades incumbidas ao Estado seria fundamental à felicidade dos cidadãos, ideia que permanece na doutrina cristã até os tempos atuais. Exemplos clássicos dessa doutrina podem ser visualizados na *Suma teológica*, de Tomás de Aquino, e na *Encíclica mater et magistra*, de João XXIII (NEQUETE, 2005).

Durante o Estado absolutista, o interesse público estava diretamente atrelado ao interesse do monarca, que concentrava em suas mãos poderes absolutos para realizar aquilo que entendesse como pertinente a seu povo. Nesse período, as ideias de Hobbes demonstravam que o interesse público e o interesse pessoal do monarca se confundiam, tendo expressado no grande clássico *Leviatã* que, “quanto mais intimamente unidos estiverem o

interesse público e o interesse pessoal, mais se beneficiará o interesse público, ora, na Monarquia o interesse pessoal é o mesmo que interesse público” (HOBBS, 2003, p. 160).

Com o nascimento dos ideais iluministas e o fortalecimento da teoria contratualista de Rousseau, buscou-se maximizar a noção de interesse público que, de simples interesse do Monarca, passou a ser conceituado como “vontade geral”, sem que, contudo, o Estado deixasse de participar diretamente da vida dos indivíduos; ou seja, embora diminuída, a figura do soberano não desapareça totalmente (HACHEM, 2011, p. 85).

Foi após a Revolução Francesa que nasceu, a partir da própria criação do Direito Administrativo, um conceito de interesse público mais assemelhado ao que se conhece atualmente, consubstanciado na ideia de que o Estado deveria promover o bem comum, sendo, para tanto, dotado de poderes ante os administrados – “*puissance publique*” (HACHEM, 2011, p. 85).

Passou-se, dessa forma, a entender que toda a estrutura da Administração Pública se voltava à realização de serviços públicos, sendo o Direito Administrativo resumido em um conjunto de regras relativas a esses serviços, os quais, em última medida, consistiam tanto em sua finalidade como na forma de concretizar os interesses coletivos, tendo tais entendimentos ganhado relevância ao culminarem na denominada escola do serviço público (HACHEM, 2011, p. 55).

No entanto, embora tal corrente fosse amplamente aceita, existiam inconsistências nessa formulação, principalmente quanto à impossibilidade de se admitir que toda a atuação administrativa se esgotasse nos serviços públicos, o que somente foi superado com as lições de Jean Waline, que adotava a figura ampla da “utilidade pública” como fundamento do Estado. O aprofundamento dessa teoria, entretanto, ocorreu anos depois, quando André de Laubadère delineou parte da noção de interesse público como fundamento do Direito Administrativo (HACHEM, 2011, p. 55).

A partir daí, passou-se a entender que, embora os serviços públicos ainda tivessem, como têm até hoje, grande relevância para o Direito Administrativo, o núcleo desse ramo do Direito deveria basear-se na ideia de utilidade pública – interesse geral, interesse da coletividade ou, como hoje se denomina, “interesse público”.

No Brasil, sob a influência da doutrina francesa, o Direito Administrativo passa a ser desenvolvido já no Império, período em que o princípio da legalidade servia de norte à construção e evolução desse ramo jurídico, tendo o interesse público ganhado proteção do Estado, embora ainda não se considerasse expressamente a possibilidade de que os interesses privados fossem mitigados em face dele (HACHEM, 2011, pp. 45-56).

Como consequência da proteção concedida pelo Estado ao interesse público, tal conceito passa a se confundir com sua finalidade, ou seja: o interesse público, dentre as diversas noções a que pode corresponder, não deixa de ser a finalidade do Estado. Isso,

posteriormente, ocasionaria uma série de críticas doutrinárias acerca de uma carência de conteúdo jurídico próprio.

Nota-se que a partir daí, ainda que de forma não sistematizada, se passa a delinear os primeiros contornos do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Partindo-se da suposição de que se o interesse público é, no mais das vezes, a própria finalidade do Estado, existirão certas ocasiões de inviabilidade material para que a Administração Pública concretize os interesses gerais sem que, com isso, não fira alguns interesses individuais.

Percebe-se, então, que para que o interesse público fosse alcançado seria necessária a mitigação de alguns interesses individuais, momento em que surge a noção de que, nas ocasiões em que o interesse público se contrapusesse ao interesse privado, o primeiro prevaleceria. Até mesmo por ser uma noção ainda inicial para o Direito Administrativo nacional, a doutrina acaba não abordando todas as consequências de se reconhecer essa supremacia de forma absoluta, o que posteriormente será objeto de debates mais concretos do cotidiano dos tribunais.

Embora não se referindo à supremacia do interesse público como um princípio, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao tratar da revogação dos atos administrativos, afirmou que “o direito dos particulares está sempre condicionado ao interesse coletivo e deve ser sacrificado em face do direito da supremacia do Estado ou de quem faça as suas vezes, desde que amparado economicamente o interesse patrimonial que ele representa” (MELLO, 1979, p. 637).

Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2011), após contrapor as ideias de público e privado, identificando as áreas de atuação da Administração Pública, concluiu que o interesse público acabava por confundir-se com a finalidade pública, já que o objetivo do Estado, isto é, sua finalidade, sempre será, em última instância, a concretização do interesse público. Mais recentemente, a autora excluiu a aproximação do interesse público à finalidade, apenas mencionando sua relevância para a elaboração da lei e sua posterior execução (DI PIETRO, 2020).

Também são encontradas referências ao princípio na obra de Lucia Valle Figueiredo, que afirma que, “se é o interesse público que está em jogo – portanto, de toda a coletividade –, lógico deva ele prevalecer sobre o privado, que, a breve trecho, veremos seus contornos e gizamentos” (FIGUEIREDO, 2008, p. 68).

Mais recentemente, alguns autores abordam a temática do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pela perspectiva das críticas que ele vem recebendo, como o faz Emerson Gabardo ao afirmar que o princípio “possui forte caráter constestatório de uma atuação do Estado de natureza acessória ou desprestigiada – trata-se de uma manifestação clara da alocação ao Estado do dever primordial de promoção dos objetivos

republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988” (GABARDO, 2009, p. 292).

Como visto, a doutrina nacional acolheu a existência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, consubstanciado na prevalência de determinados interesses da sociedade sobre os interesses individuais, como forma de garantir a proteção dos indivíduos considerados em um grupo, ante os interesses egoísticos de categorias mais fortes, constantes no histórico da criação do Direito.

### **3 O conceito negativo de interesse público e de sua supremacia**

Como mencionado, uma parcela da doutrina administrativista nacional defende tratar-se o interesse público de um conceito indeterminado, o que traz certas dificuldades ao se trabalhar com essa noção, sobretudo no que se refere à construção de uma conceituação que seja suficiente para sua identificação em todo e qualquer caso, isto é, um conceito abstrato que traga um sentido sempre que expresso.

Dada a indeterminação do conceito de interesse público, muitos autores buscam sua definição por meio de uma conceituação negativa, entendendo, inicialmente, o que não pode ser considerado interesse público em hipótese alguma e, portanto, gozar de supremacia ante os interesses individuais para que, de forma residual, se entenda o que seria o interesse público.

Assim, em primeiro lugar, aponta-se que o interesse público não coincide necessariamente com o interesse do Estado e que nem todo o interesse do Estado será enquadrado no conceito de interesse público ora estudado – tais afirmações, como se percebe, apenas nos levariam a um raciocínio circular –, haja vista que por vezes se identificam interesses públicos não estatais, assim como se vislumbram hipóteses em que o Estado está autorizado a atuar para a concretização de interesses que lhes são próprios e que, por sua vez, não perdem o caráter de interesse público (JUSTEN FILHO, 1999).

Especificamente no que se refere ao interesse público como interesse diverso daquele detido pelo Estado, é importante a utilização da recorrente diferenciação entre os interesses primários e os secundários, consagrada por Renato Alessi e utilizada no Brasil, principalmente, por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Na divisão trazida pelo autor italiano, o interesse público seria classificado como interesse público primário sempre que refletisse a dimensão pública dos interesses individuais; e como interesse público secundário quando detido pela própria pessoa do Estado, podendo por ele ser defendido apenas nas hipóteses em que não houvesse qualquer conflito com os interesses primários, já que a função precípua do Estado seria a concretização dos interesses da sociedade (ALESSI, 1970).

A separação utilizada pelo autor auxilia na afirmação de que o interesse público não é o interesse do Estado, visto que quaisquer outros interesses detidos pela Administração

enquanto aparato administrativo seriam considerados interesses secundários, não gozando, portanto, das prerrogativas das quais se beneficiam os interesses primários, além de sobreviverem apenas nas hipóteses de não serem conflitantes com eles.

Também não se confunde o interesse público com o interesse do agente público, a quem não é concedida qualquer preferência pessoal que não esteja exclusivamente ligada ao exercício de sua função. Os agentes públicos são investidos nos poderes de impor a vontade do Estado aos particulares, a fim de garantir o exercício da atividade estatal, o que não lhes confere benefícios sem que com isso sejam infringidos outros princípios, tais como a moralidade administrativa, a razoabilidade e a própria segurança jurídica (JUSTEN FILHO, 1999).

O interesse público também não pode ser definido como somatório dos interesses privados, o que lhe outorgaria uma definição meramente quantitativa, isto é, considerar-se-ia interesse público o interesse da maioria. Entender o interesse público como um somatório de interesses, além de torná-lo ainda mais vago, apenas contribuiria para a produção de um conceito individualista (JUSTEN FILHO, 1999).

Por fim, também é possível dizer que o interesse público não coincide com o interesse da sociedade. Como esclarecido por Moreira Neto (1998), o interesse público “cujo atendimento se atribui ao Estado, é qualitativamente diferente do interesse individual e, mesmo, do interesse coletivo dos grupos sociais secundários; não se trata de uma questão de grau de importância, mas de sua própria natureza” (MOREIRA NETO, 1998, p. 2).

#### **4 O interesse público como conceito jurídico indeterminado**

Trabalha-se com um conceito indeterminado ou fluído sempre que dada noção não consiga, por si só, mas somente diante do caso concreto ou com o auxílio de outros conceitos, trazer um significado suficiente para o termo. Cabe, aqui, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem não basta que a palavra seja imprecisa, pois nesse caso o problema seria resolvido pela simples substituição dessa palavra; é necessário, antes, que o conceito seja suficientemente vago para ser considerado um conceito jurídico indeterminado (MELLO, 2010a, p. 21).

Dessa forma, os conceitos jurídicos indeterminados possuem, basicamente, a seguinte estrutura: (i) quanto a seu significado, possuem uma zona de certeza que traduziria a definição do termo; (ii) essa zona de certeza seria dividida em uma “zona de certeza positiva”, em que se abarcaria as situações em que não haja dúvida quanto à aplicação do conceito e em uma “zona de certeza negativa”, em que se enquadrariam as situações em que não haja dúvida quanto à impossibilidade de aplicação do conceito; (iii) entre as zonas de certeza positiva e negativa existiria o denominado “halo conceitual” ou “zona de incerteza”, em que se alocariam as dúvidas sobre a aplicação do conceito, sendo que nas hipóteses em que essa

zona de incerteza fosse demasiadamente ampla estaríamos diante de um conceito jurídico indeterminado.

Assim, por mais indeterminado que seja o conceito, verifica-se nele mesmo a possibilidade de identificar-se um conteúdo capaz de apresentar uma definição mínima ou, como afirma Fábio Medina Osório, “o interesse público não é um conceito ‘indeterminável’, em que pese sua inegável amplitude semântica” (OSÓRIO, 2000, p. 73).

No entanto, o fato de o termo ser considerado um conceito jurídico indeterminado nem sempre denota uma questão de falha legislativa ou impossibilidade de conceituação, mas, em alguns casos, de pertinência quanto à utilização de termos que possam abranger um número maior de situações, cabendo ao intérprete o bom uso desses conceitos. Isto é, em muitos casos, a criação de conceitos jurídicos indeterminados deve ser entendida como uma técnica legislativa que visa à possibilidade de, por meio de termos mais amplos e genéricos, abarcar um número maior de situações jurídicas a serem abrangidas por aquela norma.

Ademais, especificamente no que se refere ao ramo do Direito Administrativo, a existência de conceitos indeterminados pode dar margem ao uso da discricionariedade administrativa, em que, diante de conceitos assim qualificados, a Administração poderia atuar com certa margem de liberdade, desde que sua escolha se enquadrasse nos ditames legais e estivesse devidamente motivada.

Assim, considerando a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados acima narrada, verifica-se que o halo conceitual ou zona de incerteza do termo “interesse público” é suficientemente vaga, abarcando um sem-número de situações, possuindo uma zona de certeza negativa visível, conforme narrado na seção anterior, quanto às hipóteses em que não há qualquer possibilidade de enquadrá-lo, e uma zona de certeza positiva, em que identificado quando o Estado atua em prol do interesse público, o que autoriza a caracterização do termo como um conceito jurídico indeterminado.

## **5 A contribuição da doutrina estrangeira ao tema**

Como visto, a noção de supremacia do interesse público de Celso Antônio Bandeira de Mello vem bastante influenciada pelos ensinamentos de Renato Alessi, que, com base em autores como Carnelutti e Piccardi, desenvolveu a divisão entre interesses públicos primários e secundários.

Para o autor, a noção de interesse público, entre outros aspectos, se traduz na possibilidade de a Administração valer-se de algumas prerrogativas para sua devida proteção. No entanto, com a finalidade de evitar situações de desvio de poder/finalidade ou mesmo de autoritarismo, há a necessidade de identificação das situações em que esta atua com a finalidade de concretização do interesse público das hipóteses em que busca, tão somente, a

concretização de interesses que lhe são pertinentes (ALESSI, 1970).

Assim, conforme a lição do autor, o interesse primário estaria presente nas situações em que a Administração atuasse para a satisfação dos interesses coletivos (ALESSI, 1970, pp. 184-5). Em outros termos, o interesse protegido pela Administração Pública no exercício de sua função e que, conseqüentemente, lhe concede uma posição jurídica peculiar é, tão somente, aquele que pertence à coletividade e, exatamente por demandar maior proteção pelo Estado, lhe outorga características de sobreposição ante o particular.

Por outro lado, o interesse público secundário seria aquele afeto à própria Administração Pública, enquanto ente personalizado. Embora a compreensão da existência de um interesse próprio da Administração não fosse pacífica, se construía a ideia de que qualquer interesse por ela detido obrigatoriamente atendia ao interesse público primário, devendo o Estado, no exercício de sua função, ainda que na proteção de eventuais interesses próprios, atuar em estrita consonância com o interesse público primário (ALESSI, 1970, pp. 184-5).

Além das lições do autor italiano, também se destaca a obra de Hector Jorge Escola intitulada *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, em que se insere a noção de interesse público como um dos fundamentos do Direito Administrativo, correlacionando-a às matérias abordadas por esse ramo da ciência jurídica (ESCOLA, 1989).

Para o autor, a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, embora necessária à prevenção de eventuais abusos no exercício da função pública, não era mais suficiente para garantir as liberdades e os direitos dos indivíduos, conforme era possível notar pelas crescentes teorias que demonstravam que, ainda que cumprida a lei, nem sempre se alcançava a finalidade nela prevista, sendo necessário um critério apto a evitar tais conseqüências (ESCOLA, 1989).

Assim, a noção de interesse público, mais do que finalidade do Estado, poderia ser utilizada como forma de identificação do cumprimento do princípio da legalidade não somente concebido como o estrito cumprimento da norma legal, mas também como o alcance da finalidade prevista em lei.

O interesse público, como fundamento do Direito Administrativo, era aquele entendido como “a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, o qual a maioria dos indivíduos reconhece também como um interesse próprio e direito” (ESCOLA, 1989, p. 31), ou seja, correspondia ao interesse público primário, cuja proteção e concretização é dever e fundamento do Estado.

A relevância da obra está em ser uma das primeiras acerca do tema, reunindo as principais características e peculiaridades da noção de interesse público existentes à época e destacando a influência desse conceito em quase todas as matérias do Direito Administrativo, facilitando a compreensão do regime jurídico diferenciado desse ramo do Direito.

## 6 A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

Ao longo dos anos, também se manteve presente com maior ou menor incidência as doutrinas de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, baseadas em críticas de diferentes naturezas a tal princípio.

Uma primeira manifestação nesse sentido parte de Carlos Ari Sundfeld (2000) ao sustentar que não haveria qualquer supremacia em relação ao interesse público, mas, sim, sua priorização quando contraposto aos interesses privados. Assim, indicava o autor que haveria uma relação de “autoridade” do interesse público quando contraposto ao interesse privado, visto que a ideia de supremacia parecia remetê-lo a algo superior a tudo e a todos, o que poderia pôr em risco os direitos individuais (SUNDFELD, 2000, p. 154).

Na mesma linha de argumentação vieram, posteriormente, as críticas de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, que propunha a revisão da noção supremacia do interesse público para uma prevalência do interesse público (MARQUES NETO, 2002, p. 165).

Talvez a posição mais representativa do dissenso quanto à formulação da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado tenha partido do artigo de Humberto Ávila (1999), publicado em *O direito público em tempos de crise*, em que o autor trazia severas críticas ao aludido princípio, como consta da síntese (ÁVILA, 1999, p. 126):

Em face de todo o exposto – e assim passamos à conclusão –, entendemos que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio:

- conceitualmente ele não é uma norma princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas;

- normativamente ele não é uma norma-princípio: ele não pode ser descrito como um princípio jurídico-constitucional imanente;

- ele não pode conceitualmente e normativamente descrever uma relação de supremacia: se a discussão é sobre a função administrativa, não pode “o” interesse público (ou os interesses públicos), sob o ângulo da atividade administrativa, ser descrito separadamente dos interesses privados.

As ponderações feitas tornam também claro que este “princípio” não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;

- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um “princípio abstrato de supremacia” teríamos “regras condicionais concretas de prevalência” (variáveis segundo o contexto).

Pode-se afirmar que dessas críticas surge uma corrente doutrinária que buscava desconstruir o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (HACHEM, 2011,

pp. 219-368), a partir da mais variada gama de argumentos, dentre os quais: (i) a impossibilidade de caracterização da supremacia do interesse público como um princípio, principalmente por sua incompatibilidade com os critérios de ponderação e pela inexistência de expressa previsão legal que a consagre; (ii) a inutilidade do princípio pela indeterminação do conceito de interesse público; e, (iii) sua possível utilização para a prática de desvios e abuso de poder por parte da Administração Pública.

Quanto à impossibilidade de se caracterizar a supremacia do interesse público como um princípio, a doutrina levanta dois argumentos principais. O primeiro deles, com base na teoria dos princípios de Humberto Ávila, indicaria a incompatibilidade com a noção de princípio trazida pelo autor, principalmente pela inexistência de previsão normativa que o consagrasse. Já o segundo se detém à impossibilidade de utilização da técnica de ponderação, com base na doutrina de Robert Alexy, visto que tal princípio sempre se sobreporia aos demais (ÁVILA, 1999).

Ao detalhar os possíveis significados de princípio, Humberto Ávila aponta que faltariam à supremacia do interesse público fundamentos jurídico-positivos de validade, o que impossibilitaria que fosse descrito como “um princípio jurídico-constitucional imanente, mesmo no caso de ser explicado como um princípio abstrato e relativo, pois ele não resulta, ex constitutione, da análise sistemática do direito” (ÁVILA, 1999, p. 109). Por outro lado, as posições que rebatem a crítica se valem do texto constitucional, que, conquanto não faça menção expressa ao termo “interesse público”, o preveria indiretamente no artigo 3º, inciso IV, em que se expressa como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (HACHEM, 2011, pp. 221-30).

Outra crítica diz respeito à incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a técnica de ponderação desenvolvida por Robert Alexy, já que a ele seria concedida uma prevalência *a priori*, antagônica à noção de princípio. De acordo com Alexy (1993), o ordenamento jurídico seria composto por duas espécies normativas, as regras e os princípios, sendo o principal fator de distinção entre elas a possibilidade, no primeiro caso, de aplicação imediata, com a exclusão de qualquer outra norma; enquanto no segundo caso, antes de aplicada a norma a qualquer hipótese fática, deveria ela ser ponderada com as demais normas passíveis de aplicação naquele caso, a fim de se encontrar aquela que melhor se adequasse à resolução do conflito. Desse modo, no caso dos princípios, seria obrigatória ao aplicador do direito a observância de todas as normas aplicáveis à colisão em análise, realizando um balizamento entre elas, a fim de concluir pela que tivesse maior peso em relação às outras, o que excluiria qualquer possibilidade de aplicação *a priori* de um princípio.

Em sentido oposto, defende-se que a ideia de princípio utilizada pela doutrina em questão não é a única existente. Enquanto tal doutrina, com base nas lições de Robert

Alexy e Ronald Dworkin, traz essa separação rígida entre regras e princípios, a posição adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello define os princípios segundo sua essencialidade para o regime jurídico-administrativo, ao tratá-los como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas” (MELLO, 2010, p. 53). O conceito de princípio adotado pelo autor é muito assemelhado ao conceito de postulado dado por Humberto Ávila que, apesar de situado em um campo diverso daquele em que se situam as regras e princípios, indica um dos motivos de divergência entre essas posições (ÁVILA, 2011, p. 88).

Outra crítica recebida refere-se à classificação do interesse público como um conceito jurídico indeterminado, o que permitiria que a Administração o manuseasse para quaisquer objetivos, inclusive os ilegais. Nesse ponto, Alice Gonzalez Borges sustenta a impossibilidade de se “confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas”, sendo certo que, nesses casos, “o problema, pois, não é do princípio; é, antes, da sua aplicação prática” (BORGES, 2011, p. 3).

Por fim, uma última crítica se dirige à incompatibilidade entre o princípio da supremacia do interesse público e a proteção garantida ao princípio da dignidade da pessoa humana, também pela ótica dos possíveis excessos praticados pela Administração Pública. Na linha exposta no parágrafo anterior, parcela da doutrina pondera não haver imediata incompatibilidade, visto que em um Estado democrático de direito, a proteção ao interesse público decorre diretamente do fundamento constitucional de que toda a pessoa deve ser dotada da qualidade intrínseca a ela de ser humana e, portanto, merecedora de respeito tanto dos demais indivíduos da sociedade quanto do próprio Estado, cabendo a este, por sua vez, a proteção dos direitos decorrentes dessa posição (HACHEM, 2011, pp. 325-49).

## 7 Parâmetros mínimos para a aplicação do princípio

Parte das críticas dirigidas ao princípio se refere a possíveis irregularidades em sua aplicação, o que, em nossa visão, não afastaria sua relevância ou determinaria sua exclusão do sistema jurídico, mas implicaria a criação de padrões de adequação e controle, autorizando sua compatibilização com outras garantias normativas.

É nesse sentido que Daniel Wunder Hachem propõe a observância dos seguintes requisitos mínimos para a garantia de que a supremacia não se daria de forma ilegal: “(a) existência de previsão normativa específica, instituindo uma competência jurídica; (b) dever de motivação; (c) respeito às demais sujeições especiais do regime jurídico-administrativo; (d) garantia de uma compensação jurídica, quando a aplicação do

princípio provocar um dano anormal e especial” (HACHEM, 2011, p. 206).

Dessa forma, seria adequado que, diante do caso concreto, fosse verificado se os seguintes parâmetros mínimos estariam sendo atendidos: (i) deve haver uma atribuição legal de competência para que a Administração Pública esteja autorizada a agir em dada situação jurídica, sendo que tal atribuição pode se dar de forma expressa ou implícita; (ii) deve-se observar todos os demais princípios e regras as quais se sujeita a Administração Pública diante daquele caso; e, (iii) o ato praticado deve trazer um real benefício às pessoas afetadas ou trazendo prejuízos insuportáveis, deve haver uma forma de compensação.

O primeiro requisito – necessária atribuição de competência legal para agir – tem relevo tanto pela submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade quanto pela impossibilidade de que esta atue em campos que podem de forma mais eficaz ser atribuídos à iniciativa privada ou à sociedade civil, dado não ser permitido ao Estado atuar com monopólio das atividades que não lhes foram concedidas pela Constituição Federal, em consonância com o princípio da subsidiariedade.

Tal atribuição de competência pode se dar de forma expressa, como ocorre, por exemplo, com o disposto nos artigos 21 e 23 da Constituição Federal, que dispõem sobre as competências materiais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; ou de forma implícita, quando o dispositivo atribua a possibilidade de atuação discricionária à Administração Pública, como ocorre, por exemplo, nos dispositivos que concedem margem de escolha ou naqueles que trabalham com conceitos jurídicos indeterminados.

Existente o dever de agir, deve-se analisar, diante do caso concreto, todos os demais princípios e regras a que a Administração Pública estará sujeita, tais como os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência, descritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Esse bloco normativo pode variar conforme a espécie de atuação, como ocorreria, por exemplo, se no contexto estivéssemos diante de um processo administrativo em que, além dos princípios constitucionais descritos, a Administração também estaria sujeita à observância daqueles contidos no artigo 2º da lei federal nº 9.784/99.

Por fim, existente o dever de agir e observadas as sujeições impostas à Administração, deve-se analisar se sua atuação, em confronto a um interesse privado juridicamente protegido, trará um benefício aos indivíduos afetados ou, trazendo prejuízos, que eles não sejam considerados insuportáveis, hipótese em que a Administração terá o dever de compensar o indivíduo lesado, visto que, embora exista a possibilidade legal de se mitigar os interesses privados ante o interesse público, inexistente qualquer atribuição legal que permita suprimi-los diante de um confronto.

Assim, se o ato praticado traz um benefício, ainda que indireto, ao particular, a sobreposição do interesse público a seus interesses estará justificada, já que lhe é concedida uma

compensação por eventuais prejuízos que tenha sofrido. Seria o caso, por exemplo, de uma obra para a construção de uma nova linha de metrô, em que os moradores de dada localidade, inicialmente prejudicados pelos inconvenientes causados pelas interdições, trânsito ou outros fatores, se veriam, posteriormente, recompensados por uma intervenção pública relevante para a região de sua moradia, inclusive com eventual valorização imobiliária decorrente das obras.

Acaso o ato praticado não traga benefícios ao indivíduo lesado, tratando-se de atuação da Administração por meio de atos lícitos, esta apenas teria a obrigação legal de indenizar se tal atuação trouxesse prejuízos insuportáveis ao particular, visto que em consonância com o interesse público os membros da sociedade possuem o dever legal de suportar os prejuízos que não sejam especiais ou anormais, os quais não ensejam qualquer responsabilidade por parte da Administração.

Tratando-se de prejuízo insuportável, todavia, cabe à Administração recompensar o indivíduo pelos danos sofridos, como ocorre, por exemplo, nos casos de indenização por desapropriação, na rescisão unilateral de contratos administrativos sem culpa do particular ou até mesmo no ressarcimento, em alguns casos, pela revogação do procedimento licitatório.

Desse modo, parece-se nos que, ainda que de forma introdutória, os critérios adotados pelo autor têm relevância prática, uma vez que podem servir de parâmetros para a mitigação de desvios, sem que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas mais drásticas, como afastar, por completo, o princípio da supremacia do interesse público, que ainda hoje é visto como fundamento do Direito Público.

## 8 Considerações finais

Como sustentado ao longo do presente artigo, a noção de interesse público, embora ainda pendente de uma definição precisa, norteou o próprio desenvolvimento do Direito Administrativo, delineando as finalidades e consequentes instrumentos de atuação disponíveis à Administração Pública. O reconhecimento da supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio, ainda que tenha recebido duras críticas doutrinárias, foi importante para consolidar o regime jurídico-administrativo hoje vigente no Brasil.

Por outro lado, tal instituto, assim como tantos outros, também acabou assolado pela mácula do desvio de poder, vindo a ser utilizado para justificar o abuso e a obtenção de benefícios pessoais, algo que, de fato, não se pode admitir.

Contudo, ainda nos parece possível a formulação desse princípio como alicerce da função administrativa, motivo pelo qual a doutrina vem trabalhando com mecanismos e requisitos especiais que tornem sua aplicação mais consentânea ao Direito atual, inclusive compatibilizando-o à lógica integrativa vigente e à respectiva proteção dos direitos individuais, com os quais não se mostra, de pronto, incompatível.

Nesse contexto, buscou-se contribuir com a compreensão do panorama da evolução do referido princípio, a partir da abordagem doutrinária, de modo a lançar à reflexão a nova roupagem que a supremacia do interesse público merece, mais condizente com o contexto atual, a que se coloca como lacuna e agenda relevante para futuros estudos o teste prático e análise de jurisprudência acerca da aplicação das diretrizes de controle do princípio em situações conflituosas e a averiguação quanto à efetiva possibilidade de se coibir abusos.

## Referências

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Trad. do italiano para o espanhol por Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. do alemão para o espanhol por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. pp. 99-127.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul.-set., 2011. pp. 20-43.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

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

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. por João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva e Claudia Berliner. São Paulo: Marins Fontes, 2003. (Coleção Clássicos Cambridge de Filosofia Política.)

- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, 1999. pp. 117-36.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010b.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**: v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 124p.
- NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos da supremacia do interesse público**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. 238p.
- OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo?. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, pp. 69-107, abr.-jun. 2000.
- SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- SUNDEFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.