MARCOS ROBERTO FRANCO

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DIANTE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Associado Dr. Edmir Netto de Araújo

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo - SP
2018

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Franco, Marcos Roberto
A Flexibilização do Princípio da Supremacia do Interesse Público Diante da Democracia Participativa / Marcos Roberto Franco ; orientador Edmir Netto de Araújo -- São Paulo, 2018.
171 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Interesse Público. 2. Supremacia. 3. Democracia participativa. 4. processualização. I. Araújo, Edmir Netto de, orient. II. Título.

MARCOS ROBERTO FRANCO

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DIANTE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de Concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Associado Doutor Edmir Netto de Araújo.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
São Paulo - SP
2018

MARCOS ROBERTO FRANCO

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DIANTE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Associado Dr. Edmir Neto de Araújo
FDUSP

_____
FDUSP

_____
FDUSP

_____
INSTITUIÇÃO

_____
INSTITUIÇÃO

_____
INSTITUIÇÃO

Aprovado em:

AGRADECIMENTOS:

Agradeço primeiramente a Deus que é o propiciador de todas as coisas – Tudo é graça.

Agradeço ao Professor Dr. Edmir Netto de Araújo pela orientação, pelos conselhos, pelas histórias e, em especial, pela amizade que carregarei comigo por toda vida.

Agradeço aos colegas Procuradores do Município de São Paulo, em especial os que trabalham comigo na Secretaria de Governo do Município. O incentivo e a compreensão de vocês contribuíram de forma decisiva para que eu pudesse perseverar nos momentos mais difíceis e chegar até este ponto.

Agradeço à minha esposa Juliana, e aos meus filhos, Marcos e Giovanna, que souberam compreender este momento e me incentivar nesta jornada. Vocês são a minha inspiração.

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar que a evolução do Estado Democrático e a influência da Democracia Participativa produziram a flexibilização do Princípio da Supremacia do Interesse Público, porém, sem desconstruir sua validade, importância e, em especial, sua principal característica, a preponderância sobre os interesses privados. Após um breve histórico do instituto e de ressaltar suas principais características para doutrina brasileira, entre as quais a de ser reconhecido como princípio basilar do Direito Administrativo, informamos que o instituto foi contestado por parte da doutrina que passou a considerá-lo incompatível a com a atual proteção dada pela Constituição aos direitos e garantias individuais. Reportamos que a doutrina clássica reagiu fortemente a este pensamento, reafirmando a importância e a validade do princípio. Também procuramos demonstrar entre outros pontos, como o instituto se modernizou, tornando-se compatível com o Estado pós-moderno por meio da exigência da legitimação dos atos da Administração, sem deixar de ser prevalente, especialmente nos casos relativos à formação de políticas públicas e nos atos de grande impacto na vida dos cidadãos. Por fim, procuramos demonstrar a importância do processo como mecanismo eficaz para apuração da vontade do cidadão.

ABSTRACT: This research aims to demonstrate that the evolution of the Democratic State and the influence of the Participative Democracy produced the flexibilization of the Principle of Public Interest Supremacy, however without deconstructing its validity, importance and, in particular, its main characteristic, the preponderance over private interests. After a brief history of the institute and highlighting its main characteristics for the Brazilian doctrine, among which being recognized as a basic principle of the Administrative Law, we showed that the institute was contested by part of doctrine that considers it incompatible with the current protection given by the Constitution to individual rights and guarantees. We also report that the classical doctrine strongly reacted to this thought, reaffirming the importance and validity of the principle. We also sought to demonstrate, among other points, how the institute modernized itself, becoming compatible with the postmodern State, by requiring the legitimization of the acts of the Administration, without ceasing to be prevalent, especially in cases related to the formation of public policies and in acts of great impact on citizens' lives. Finally we present the importance of the process as a mechanism for effective determination of the citizen's will.

SOMMARIO: Questa ricerca mira a dimostrare che l'evoluzione dello Stato democratico e l'influenza della Democrazia Partecipativa ha prodotto la flessibilizzazione del principio di supremazia di interesse pubblico, ma senza decostruire la sua validità, l'importanza e, in particolare, la sua caratteristica principale, la preponderanza sugli interessi privati. Dopo una breve presentacione della storia dell'Istituto e per sottolineare le sue caratteristiche principali per la dottrina brasiliana, tra cui quello di essere riconosciuto come un principio fondamentale del diritto amministrativo, informiamo che l'istituto è stato contestato per una parte di dottrina che lo considera incompatibile con l'attuale protezione data dalla Costituzione ai diritti e alle garanzie individuali. Segnaliamo che la dottrina classica ha reagito con forza a questo pensiero, riaffermando l'importanza e la validità del principio.Abbiamo anche dimostrato , tra l'altro, come l'istituto si è modernizzato, diventando compatibile con lo stato postmoderno richiedendo la legittimazione degli atti dell'Amministrazione senza cessare di essere prevalente, specialmente nei casi legati alla formazione di politiche pubbliche e in atti di grande impatto sulla vita dei cittadini. Infine, cerchiamo di dimostrare l'importanza del processo come un meccanismo efficace per determinare la volontà del cittadino.

A FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO DIANTE DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

SUMÁRIO:

I – INTRODUÇÃO 13

II – NOÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA 17

III - A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O ATUAL CONTEXTO CONSTITUCIONAL 31

III.1 – O exercício do poder no atual contexto constitucional. 31

III.2- A dialética em torno do princípio da supremacia do interesse público. 39

III.2.1 - O posicionamento da doutrina contrária à manutenção da supremacia do interesse público como princípio. 40

III.2.2 - A reação às críticas ao princípio da supremacia do interesse público. 47

III.3 – Estado, pós-modernidade e supremacia do interesse público. 69

III.4 - A inevitabilidade do uso do princípio da supremacia do interesse público pelo Estado. 79

IV – DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO 87

IV.1- Democracia participativa e legitimação do interesse público..... 87

IV.2 - Direitos e garantias individuais x interesse privado. 105

IV.3 - A flexibilização do princípio da supremacia do interesse público.....118

IV.4 - A implementação do interesse público por meio de políticas públicas tecnicamente concebidas. 124

V – CONCLUSÕES 155

BIBLIOGRAFIA 157

I - INTRODUÇÃO:

Um dos princípios mais basilares do Direito Administrativo, no qual se apoiam, em especial, os atos de governança e de força do Poder Público (*puissance publique)* é o denominado "Princípio da Supremacia do Interesse Público". Basta uma rápida consulta aos manuais dos mais renomados administrativistas pátrios ou estrangeiros para constatarmos que tal princípio se confunde com a própria ideia de Estado[1] que, agindo em nome do interesse geral, manifestado por meio das leis, faz valer seu poder/dever de agir em detrimento do interesse individual que porventura se contraponha àquele.

Escorado nesta ideia-força, até há pouco tempo quase inconteste, o Estado, mormente pela ação do Poder Executivo, implementa políticas públicas, fiscaliza posturas, aplica sanções, exige comportamentos, regula atividades, estabelece e cobra impostos, enfim, faz preponderar o interesse que, presumidamente, é a manifestação do interesse público predominante.

Um princípio tão fundamental e arraigado, que sustenta todas as áreas do Direito Público[2], que embasa todas as disciplinas deste ramo do Direito[3], e que alguns denominam, inclusive, como "primado do interesse público"[4], traduz-se numa manifestação de poder tão cogente, numa presunção de tão grande abrangência - a de que o Estado age com supremacia por agir em nome do interesse público – que, por si só, faz sobressair sua importância doutrinária, não podendo, por isto mesmo, escapar de constantes reexames, ponderações e questionamentos.

Trata-se, portanto, de um tema sempre atual e relevante[5], pois, sendo o Estado um fenômeno dinâmico em suas mais variadas manifestações na história, desafia o estudioso do Direito a constantemente investigar seus mecanismos de atuação, na busca do desejado equilíbrio entre a operacionalidade e a eficiência que dele

---

[1] V.g. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.
[2] NOHARA, Irene Patrícia, Direito Administrativo, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 56.
[3] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores), Ed. Atlas, São Paulo, 2010, p. 130.
[4] ARAÚJO, Edmir Netto de .Op. cit., p. 72.
[5] Neste sentido: ARANA MUÑOS, Jaime Rodriguez. *in:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 33.

se espera e, ao mesmo tempo, a garantia da preservação dos demais interesses da sociedade, desde a esfera pessoal até as mais novas manifestações de interesses, tais como os direitos coletivos, difusos, meta-individuais, de preservação do meio ambiente, do consumidor, apenas para citar alguns dos novos grupos de motivação que, hodiernamente, podem se contrapor à manifestação da denominada supremacia do interesse público.

Daí a importância não apenas teórica, mas também prática, do estudo criterioso deste princípio.

Ocorre que, não obstante os elementos acima apontados, tem surgido, já de algum tempo, uma marcante discussão a respeito da manutenção desta supremacia do interesse público frente aos modernos mecanismos de proteção aos direitos individuais e garantias constitucionais, com ênfase à prevalência destes. Levantam-se vozes e teorias para defender a relativização do princípio da supremacia do interesse público e, até, para a afirmar que tal instituto não tem mais lugar no contemporâneo Estado Democrático de Direito[6].

Atentos à importância do tema e às implicações trazidas por esta (contestante) corrente do pensamento jurídico, nos propusemos aqui a explorar e investigar este fenômeno (a relativização ou superação do princípio da supremacia do interesse público), com o fim repensar o princípio, testando sua higidez, na busca por descobrir sua eventual nova roupagem frente às novas tendências do Direito e aos modernos mecanismos de participação, controle popular e de legitimação das ações da Administração Pública, pois acreditamos que esteja, aí, a chave para solução deste aparente conflito de ideias.

Por meio de uma minuciosa pesquisa, que alcançará desde as origens do instituto até as mais recentes ponderações sobre a problemática de sua aplicação, procuraremos discutir, do ponto de vista eminentemente teórico, a prevalência ou não da ação do Estado baseado na supremacia interesse público; os paradigmas para aplicação do princípio; as implicações para o Estado, para a coletividade e para o cidadão do uso da potestade estatal; se o uso deste princípio é discricionário; os limites toleráveis de ponderação entre o interesse público e os direitos fundamentais do indivíduo ou de grupos de indivíduos; o momento adequado para

---

[6] Alguns dos textos mais relevantes neste sentido foram reunidos na obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel. (org.). Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

ponderação; o conteúdo ou elementos ponderáveis; o alcance da expressão interesse público; a composição deste interesse em tempos de formação de políticas, por meio da participação popular; os mecanismos de conformação do interesse público, entre outros temas percucientes.

O elenco das hipóteses preliminares de estudo, a abrangência do tema e a repercussão da efetiva atuação do Estado, por meio de sua supremacia num contexto que propicie a participação dos cidadãos, são motivos mais do que justificadores para uma pesquisa que buscará respostas para algumas questões inquietantes e fundamentais, que põem em dúvida a própria solidez do instituto, mas que, a nosso ver, abrem espaço para uma nova perspectiva de abordagem do tema.

O trabalho não se limitará, porém, a simplesmente se posicionar contra ou a favor do instituto, abraçando esta ou aquela hipótese por razões ideológicas, teóricas ou empíricas. A pesquisa buscará esmiuçar o tema, medindo, de modo científico, as consequências da relativização ou mitigação do princípio para a governabilidade e para a efetiva consecução dos fins a que o Estado se destina, procurando descobrir se esta tendência desconstrutiva realmente resiste a uma análise mais profunda, nas palavras de Luís Roberto Barroso: "testando a consistência das ideias dominantes[7]".

[7] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. ix.

II – NOÇÕES GERAIS SOBRE O TEMA

Antes de adentrarmos mais especificamente na análise do princípio da supremacia do interesse público e nas implicações que o ambiente de democracia participativa trouxe para este instituto, mostra-se oportuno, em primeiro lugar, apresentar um quadro geral sobre como a doutrina foi formatando o tema, chamando a atenção, neste primeiro momento, apenas para alguns aspectos mais conformadores do princípio que serão, mais à frente, melhor explorados.

Os estudiosos do tema têm sido unânimes em apontar o período imediatamente posterior à Revolução Francesa como marco inicial, tanto do desenvolvimento da ideia de Estado de Direito, como do próprio Direito Administrativo[8]. Uma nova diretriz passava a orientar o pensamento jurídico e a regular o comportamento da sociedade, segundo a qual, o poder não seria mais exercido de acordo com a vontade soberana do rei, mas passaria a se subordinar à Lei que, em última instância, representaria a vontade do novo soberano – o povo.

Nesta quadra do século XVIII, predominava, na França, um regime jurídico influenciado pela "Doutrina do Poder Público", marcada pela concessão de prerrogativas exclusivas ao Estado que as utilizava, segundo Maurice Hauriou, sob o escopo de atingir as finalidades públicas[9] (saúde, educação, segurança da pátria, por exemplo). Tais prerrogativas eram inerentes às denominadas "atividades de autoridade" do Estado (em contraposição às chamadas "atividades de gestão", regidas pelo direito privado), desenvolvidas de forma vertical, ou seja, baseadas em decisões unilaterais e impositivas, daí a designação de *puissance publique*[10]. Tal teoria foi sucedida (e contraposta) pela "Escola do serviço Público" (Escola de Bordeaux), capitaneada por Léon Duguit, para quem o *puissance publique* não serviria mais para justificar o exercício de poder do Estado, que só poderia ser compreendido pela noção de que ele (o Estado) existe para prestar serviços públicos de toda ordem, num ambiente em que era cada vez mais demandado para intervir nas mais variadas áreas da vida pública.[11]

---

[8] V.g. NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

[9] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 39.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 73.

[11] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 52.

A questão afeta ao âmbito do desenvolvimento da noção da finalidade do Estado e dos meios pelos quais ele poderia alcançar seus objetivos sem sufocar o ideário da própria visão revolucionária que lhe deu origem, portanto, sempre foi cara ao Direito, pois sempre pairou o risco de que restassem frustrados os princípios que lhe serviram de mote: liberdade, igualdade e fraternidade.

Muito embora não restem dúvidas de que foram as ideias liberais que serviram de combustível para as grandes Revoluções do final do século XVIII, as quais deram origem ao Direito Administrativo e às estruturas jurídicas que desde então vêm sustentando e informando a organização estatal no Ocidente[12], é certo, porém, que a despeito deste corte histórico, de um modo ou de outro, as várias formas de governos primitivos já exerciam a administração de seus Estados e se ocupavam das questões afetas ao seu controle e à garantia da convivência social através de mecanismos e "instituições administrativas", mesmo que sem um arcabouço legal como o que conhecemos hoje.

Do mesmo modo, muito antes do surgimento do Direito Administrativo como a ciência que passaria a se ocupar da análise e estruturação do Estado e suas práticas, já se colocava a questão ligada ao princípio da supremacia do interesse público. Conforme anota, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[13], a ideia da existência de direitos gerais diversos dos direitos individuais remonta a antiguidade greco-romana, onde começaram a vicejar algumas normas ligadas ao direito de vizinhança ou de posturas públicas.

Com efeito, entre as principais discussões a respeito da finalidade do Estado de Direito, sempre se colocou, portanto, a questão afeta ao interesse público e aos meios e modos pelos quais o poder público deveria ser exercido para satisfazê-lo. Competindo ao Estado o dever de garantir a todos um convívio social satisfatório, descobrir os mecanismos adequados para a implementação do interesse público, sem sufocar o indivíduo em seus direitos, sempre foi considerado um desafio.

Sendo assim, identificar o interesse público e verificar de que modo o Estado deve agir para implementá-lo sempre esteve em pauta no âmbito "administrativista".

---

[12] ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 27/28

[13] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004, p. 86.

Tido por todos os especialistas como de difícil conceituação[14], o interesse público já foi interpretado de muitas maneiras diferentes, muitas vezes, ao sabor das mais variadas correntes ideológicas, variando, especialmente, em razão do maior ou menor grau de respeito às liberdades e ao exercício de democracia em determinado país ou época (sem contar que a própria noção de democracia variou bastante na história, não cabendo qualquer relação direta entre a democracia grega e a que conhecemos hoje, por exemplo).

De todo modo, a ideia de Estado como ente que tem como finalidade precípua o disciplinamento do comportamento humano, com vistas ao asseguramento da boa convivência social e ao bem comum, é basilar para o Direito Administrativo. Nas palavras de Edmir Netto de Araújo:

> É o gérmen da ideia de Estado como entidade abstrata, criada pelo homem para disciplinar a vida dos indivíduos no interesse geral, e com isso prover a defesa dos interesses comuns...[15]

Cumpre aqui ressalvar, antes de adentrarmos mais no tema, que nem todos os autores comungam da ideia de que o Direito Administrativo tenha surgido como catalizador dos ideais liberais e da busca pela submissão do Poder à vontade da lei que representaria, em última instância, a vontade popular. Há quem atribua à sua origem (do Direito Administrativo) e, em especial, à noção de supremacia do interesse público, um estratagema que permitiu que os novos mandatários continuassem a concentrar o poder, dando sobrevida às práticas despóticas do Antigo Regime. Muitos autores, na verdade, enxergam no Direito Administrativo um ramo do direito pensado para proteger os governantes, por meio de um "direito de exceção" das regras, às quais estão sujeitos os indivíduos de forma geral[16].

A despeito deste entendimento, a doutrina dominante, à qual nos filiamos, sustenta, com muita ênfase, que as prerrogativas concedidas por lei ao Estado não têm outro escopo que não seja equipar a Administração com instrumentos

---

[14] Busca-se apenas uma conceituação, pois conforme lembra Tércio Sampaio Ferraz Jr. o interesse - e consequentemente o interesse público - é um "lugar comum", ou seja, uma expressão aberta, difusa, aceita por muitos sem que haja questionamento, e que por este motivo não comportaria uma definição, uma delimitação de limites. Para o autor, "lugares comuns não se definem". - FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Interesse Público", São Paulo, 23/08/2011. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31> Acesso em 01 nov. 2017, p. 1.

[15] ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 25.

[16] V.g. BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 10 e 11.

necessários ao cumprimento de sua missão mais precípua, qual seja, a satisfação do interesse público, aferido de modo racional junto aos cidadãos, afastando-se totalmente da ideia medieval de um bem-comum revelado naturalmente (ou até divinamente) ao mandatário.[17]

Conforme poderemos constatar, a despeito de evidentes desvios e abusos, a busca pela satisfação do genuíno interesse público é a razão de ser do Estado e da Administração Pública[18] e, quando este ideal é satisfatoriamente atingido, certamente há um ganho social evidente, em especial, para aqueles que mais necessitam da ação do Poder Público.

Vale frisar aqui que, ao tratarmos da supremacia do interesse público, não estamos fazendo uma defesa da supremacia do interesse do Estado (ente) sobre o cidadão. Vamos tratar, ao contrário, de como o Estado pode agir para que o interesse público legítimo prevaleça, mesmo que, algumas vezes, contrarie a vontade do titular do poder.

Mas, qual seria o conceito de interesse público?

Na verdade, a descoberta do que venha a ser o interesse público não é uma das tarefas mais fáceis enfrentadas pelos estudiosos do Direito Administrativo. Para se ter uma ideia da dificuldade para se chegar a um consenso sobre o tema, Guillermo Muñoz[19] retrata que, no início dos anos 1960, ocorreram, com poucos anos de diferença nos Estados Unidos e na Alemanha, importantes congressos discutindo, justamente, qual seria o conceito e o conteúdo do interesse público. Segundo o autor, a despeito das diferenças culturais entre estes países, em ambos os casos, chegou-se à conclusão que, naquele momento, nem a ciência do direito nem a prática jurídica estavam em condições de definir o conteúdo do interesse público e qual sua função no Estado.

Como se vê, sempre foi considerada difícil (logo, controvertida) a tarefa de se definir o interesse público, ao ponto de Muños[20] expressar, em famosa passagem, que: "*el interés público es como el amor",* uma vez que todos, de alguma forma, já o tenham sentido, ninguém consegue descrevê-lo. Segundo o autor,

---

[17] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 81.

[18] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 97.

[19] MUÑOZ, Andrés Guillermo *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 23.

[20] MUÑOZ, Andrés Guillermo. Op. cit. p. 30.

quando se quer definir o amor, "*é como se desaparecesse"*, o mesmo ocorrendo no caso da definição do interesse público.

A despeito desta dificuldade em conceituar o interesse público, este é considerado a "pedra angular do Direito Administrativo"[21] ou "o próprio Estado"[22], constituindo-se elemento essencial deste ramo do Direito em toda sua evolução. Apenas para citar um exemplo, para Fernando Sainz Moreno: "[...] a satisfação do interesse público constitui um dos fins do Estado e justifica a existência da organização administrativa."[23], o que reforça a necessidade de termos ao menos uma noção segura a respeito deste elemento essencial do Direito Administrativo.

Se é verdade que a definição de interesse público é muito difícil, estudiosos de renome têm apresentado suas impressões e apontado para diretrizes de interpretação que, certamente, auxiliam bastante no entendimento da questão. Tal movimento e esforço são importantes, uma vez que, sem uma noção ou um norte do que venha a ser o interesse público, o mesmo não passaria de "discurso vazio e sem força jurídica."[24]

Bandeira de Mello, em cuja doutrina se apoiou, no Brasil, a teoria sobre o princípio da supremacia do interesse público[25], após ponderar sobre a importância da vontade do indivíduo enquanto cidadão na composição deste (interesse público), propôs aquela que, em nossa opinião, é a conceituação mais importante para o estudo do tema. Segundo o renomado autor, o interesse público é o: "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**."[26] (grifo nosso)

---

[21] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros 2002, p. 15.

[22] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 13.

[23] MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 313. (traduzimos)

[24] FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

[25] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 41.

[26] BANDEIRA DE MELLO. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183. (O texto original, onde foi apresentado o referido conceito é de 1967, denominado; O Conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *In: Revista de Direito Público, nº 2. São Paulo: RT, p. 44-61, out./dez. 1967.)*

Em texto publicado quase uma década depois, Sainz Moreno argutamente indica, fazendo coro a Bandeira de Mello, que o caráter público do interesse contido no conceito não está em oposição ou desvinculado do interesse privado. Segundo ele, os interesses públicos estão imbricados com os interesses particulares que o indivíduo compartilha com os demais indivíduos:

> Assim, pois, a noção de interesse público, ao ser expressão daquilo que os interesses privados têm de comum, não se opõem nem se sobrepõe a esta última, senão que, em alguma medida a assume. O valor positivo que reflete o conceito de interesse público deriva da proeminência que o público tem sobre o privado, não por ser distinto, senão por ser geral.[27]

Será com base nessa conceituação inicial que nos ocuparemos, mais à frente, na análise do princípio da supremacia do interesse público e de sua higidez num ambiente de democracia participativa, objeto de nossa pesquisa.

Fixado, pois, este padrão conceitual, para formar um quadro inicial à análise do tema, colacionamos algumas considerações importantes, tecidas pela doutrina, para tomarmos como ponto de partida de nossa abordagem.

O primeiro fator que nos chama a atenção é que o conceito de interesse público, até por sua característica de princípio de conteúdo aberto/determinável, experimenta constantes releituras no decorrer do tempo.

Na verdade, o próprio papel desempenhado pelo Estado, desde o início do século passado, tem experimentado uma *"trajetória pendular"* [28] no Ocidente, oscilando entre a visão proposta pelo liberalismo puro, que aspirava a mínima intervenção do Estado, num ambiente de busca da preponderância dos direitos individuais; passando, em seguida, por uma onda de transformações que conduziram a um Estado de viés mais social, onde este (Estado) assumiu um maior protagonismo na busca da promoção de igualdade no acesso aos valores caros à sociedade (saúde, educação, moradia, etc.). Por fim, experimentou-se um período onde a regulação é que estava na ordem do dia. Sopravam os ventos neoliberais que impulsionavam a nau do Estado na direção da atuação conjunta com a sociedade civil organizada e da criação de

---

[27] MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 324. (Traduzimos)

[28] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. ix.

entes que cumpririam a função de regular os mais variados temas por meio de um processo, em tese, menos burocrático e, portanto, ao menos teoricamente, mais ágil e menos oneroso.

A evolução da noção do que venha a ser o interesse público, assim, além de sofrer com a própria flexibilidade do entendimento sobre o seu conteúdo, também se ressentiu com a influência do tempo e das ideologias que se sucederam no Poder e provocaram ajustes nos costumes e nas próprias demandas da sociedade em um dado momento.[29]

Fato é que o conceito de interesse público no decorrer do tempo, por estar ligado ao próprio exercício do poder, sofreu interferência direta das correntes políticas que em cada período foram se sucedendo, podendo, por isto, ser tomado como produto das forças sociais em determinado momento e região, servindo, inclusive, como bom parâmetro para o aferimento do desenvolvimento de uma dada sociedade.[30]

Alexandre Santos Aragão[31] lembra, com muita propriedade, que esta dificuldade e fluidez na definição do que venha a ser o interesse público acabou, em muitos casos, gerando problemas quanto à sua objetividade, o que, por vezes, deu ensejo a desvios ou abusos por parte do Estado.

O aspecto negativo desta fluidez do entendimento da doutrina a respeito da conceituação do interesse público pode ser observado, também, no posicionamento de alguns autores que chegam a afirmar que o Estado não representa o interesse da sociedade, insinuando que, na verdade, o denominado interesse público não passaria do próprio "interesse estatal".[32]

Ressalvo aqui que, a bem da verdade, é certo que não se pode adotar uma visão estritamente romântica, por meio da qual se acredite, inocentemente, que o poder é sempre exercido para proteger o cidadão e que o Estado sempre busque a satisfação do real interesse público (legitimado). Por outro lado, não se

---

[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 231.

[30] FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

[31] ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. 7.

[32] LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 126.

pode radicalizar ao ponto de se imputar um caráter exclusivamente maquiavélico ao exercício do poder. Conforme pondera Gustavo Binembojm: "Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade".[33]

Retomando a questão conceitual, vale aqui deixar frisado que, conforme pontua Medina Osório, de forma muita produtiva, apesar de sua "amplitude semântica"[34], o interesse público não é um conceito indeterminável. Tal entendimento sobre o interesse público é importante para estas linhas gerais porque além de explicitar que não estamos tratando de um daqueles casos em que seria mais difícil estabelecer uma formatação mínima, como ocorre com os conceitos de democracia ou de Justiça, ou de moral e bons costumes, também deixa entrever que o interesse público pode ser informado e descoberto por meio de critérios tecnicamente aferíveis (por meio de um procedimento adequado), possuindo uma configuração jurídica própria e adequada a um princípio, conforme veremos no momento oportuno.

Ainda sob um ponto de vista hermenêutico, Barroso[35], entre outros autores, nos propõe uma importante classificação, trazida do direito italiano e bastante difundida em nosso meio, por meio da qual Renato Alessi[36], seu idealizador, classifica o interesse público em primário e secundário. O interesse primário, segundo esta classificação, diz respeito à própria razão de ser do Estado, ou seja, aqueles elementos ligados às necessidades primordiais de toda a sociedade, tais como: educação, segurança, saúde, serviços públicos indispensáveis, bem-estar social. Já o interesse (público) secundário relacionar-se-ia com as necessidades da pessoa jurídica estatal, tais como: contratação de pessoal, aquisição de materiais e insumos ligados à atividade cotidiana do órgão, interesses contratuais, etc., ou seja, é o interesse do erário. Com efeito, segundo esta doutrina, o interesse secundário colocaria o Estado, via de regra, em posição de igualdade em relação ao particular, de modo que caberia nestes

---

[33] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18.

[34] OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr/junh. 2000 (reed. mar. 2015). ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222. Acesso em: 15 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527., p. 73 nota de rodapé nº 7.

[35] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. xiii.

[36] ALESSI, Renato. Principi di diritto ammistrativo: i soggeti attivi e l´esplicazione dela funzione ammistrativa. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978. T. 1.

casos, ao intérprete, por meio da ponderação, apontar qual o interesse prevalente no caso concreto. [37]

Esta classificação é importante para destacarmos, desde já, que só se pode falar em supremacia no caso de ser identificado um interesse público primário, ou seja, de real valor para sociedade e para os indivíduos enquanto partícipes desta. O interesse secundário, na verdade, é o interesse do órgão público e só pode ser considerado interesse público por via transversa, por ser titularizado por um ente público. Este último, não guarda relação com o estudo ora em curso.

Deixando de lado, portanto, o denominado interesse secundário da Administração - uma vez que não há que se falar em preponderância deste sobre o particular - dentro da dinâmica da qual falávamos acima, constatamos nos últimos tempos, entre os avanços no próprio Direito Administrativo, uma profunda renovação da noção de interesse público que, como aponta Di Pietro, aludindo às palavras de Morand-Deviller, reflete "a singularidade do Direito Público e sua ética particular em torno do bem comum." [38]

Se em alguns momentos da história o interesse público foi utilizado (ou ainda é) como estratagema para mascarar a vontade do "príncipe", hoje, como declara Rodriguez Arana Munhoz, "afortunadamente, os ventos da história correm a favor das pessoas de maneira que o interesse público se orienta para esta realidade."[39]

Por outro lado, mesmo tendo origem no liberalismo de caráter individualista, o princípio da supremacia do interesse público evoluiu, em especial, nos últimos tempos, para tornar-se adequado ao contexto atual de Estado com seu viés mais democrático e social[40]. Uma vez superado o individualismo e o viés civilista que tomava conta, inclusive, de elementos do Direito Administrativo, o indivíduo deixou de ser o centro e o fim em si mesmo, abrindo espaço para a concepção

---

[37] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. xv.

[38] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 70.

[39] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 39.

[40] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

de que o interesse público tem prevalência[41] (apesar das controvérsias que a frente serão tratadas).

Como todo princípio, o da supremacia do interesse público manifesta a virtude de ao mesmo tempo estabilizar e transformar o sistema jurídico[42], sendo, nas palavras de Gesta Leal; "inerente a qualquer Sociedade contemporânea".[43] No caso específico do princípio da supremacia do interesse público, porém, este se releva "como o próprio fim do Estado"[44], podendo mesmo ser considerado o "princípio dos princípios, servindo ao mesmo tempo como fundamento e limite à atuação do Poder Público[45].

O princípio da supremacia do interesse público não é, portanto, um mero critério de hierarquização de vontades e direitos, mas um parâmetro, "um verdadeiro vetor metodológico de um sistema jurídico cientificamente autônomo"[46], na medida em que impõe um caráter finalístico à ação da Administração Pública e a seus agentes, "revelando-se imanente ao sistema"[47], surgindo como verdadeira dimensão pública dos interesses individuais, pois pressupõe o indivíduo como membro atuante da sociedade.[48], conforme teremos oportunidade de demonstrar.

De notar-se, também, que o Estado, especialmente em função do princípio da subsidiariedade que norteia a Administração Pública no contexto atual, não é o único titular do interesse público, que pode ser buscado e exercido, ainda, por entidades da sociedade civil, inclusive, em cooperação com o próprio Estado. Também, é possível que interesses públicos de grupos diferentes (coletivos ou difusos)

---

[41] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 245.

[42] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 64.

[43] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 112.

[44] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 233.

[45] Di Pietro. Op. cit. p. 240.

[46] FERRO, Murilo Ruiz. Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, São Paulo, 2014, p. 107.

[47] OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr/junh. 2000 (reed. mar. 2015). ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222. Acesso em: 15 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527, p. 89.

[48] BANDEIRA DE MELLO. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

se contraponham, competindo ao Judiciário, neste caso, definir qual interesse deve prevalecer[49]. Foi exatamente esta a conclusão de Guillermo A. Muñoz para quem:

> O Estado já não é o único portador do interesse público, há outros sujeitos que podem ser inclusive particulares por delegação ou não, que também vêm ao processo como sujeitos portadores do interesse público.[50]

Por fim, nestas primeiras linhas, cumpre apontar que o princípio da supremacia do interesse público foi se sedimentando com o tempo e encontra, hoje, previsão constitucional taxativa no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, que consagra que um dos objetivos fundamentais da República é a promoção do bem de todos[51]. Sendo esta uma diretriz fundamental da República, um comando que não pode ser desprezado, pressupõe, também, que a Administração detenha poderes para cumpri-la, razão pela qual, ao buscar "promover o bem-estar de todos", o Estado age com preponderância sobre os interesses individuais, observados os parâmetros que serão apresentados.

Por outro lado, o artigo 37, *caput*, da Carta, de modo implícito, também complementa o princípio da supremacia sobre o interesse público ao consagrar a impessoalidade como um dos princípios aos quais a Administração "obedecerá". Com efeito, o princípio da impessoalidade exige que os atos da Administração sejam praticados com vista à consecução do interesse público, impedindo o Estado de agir para beneficiar interesses particulares, salvo quando admitido em Lei, sob pena de nulidade do ato. Este raciocínio é defendido abertamente por Di Pietro, que afirma que: "[Mas] é no princípio da impessoalidade que está embutido o princípio da observância obrigatória do interesse público[52]". No mesmo sentido, Bacellar Filho[53] afirma que: *"*O interesse público reclama, pois, uma atuação administrativa impessoal."

---

[49] Di Pietro. Op. cit., p. 258.

[50] MUÑOS, Guillermo Andrés. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

[51] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 222.

[52] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 259.

[53] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 99.

Nesta acepção, o princípio da impessoalidade empresta ao interesse público um caráter de imparcialidade, de neutralidade, que deve ser entendido tanto no sentido de que o Estado não deve agir para satisfazer o interesse do Agente Público ou do representante do Estado, assim como também não deve agir visando o atendimento de um interesse individualizado (particular), prevalecendo, portanto, o interesse público.

Há que se ter em mente que, como princípios constitucionais ("promover o bem de todos" e a impessoalidade), não podem ser desprezados pela Administração. Ao contrário, devem preponderar, ser o norte de todas as suas ações, pois "os princípios são de observância obrigatória pela Administração." [54] Em outras palavras, a supremacia do interesse público, que é o princípio basilar do Direito Administrativo, está intimamente ligado ao da indisponibilidade deste interesse, num sistema onde operam juntas as prerrogativas e as sujeições a que está vinculada a Administração.[55]

No âmbito da legislação infraconstitucional, o princípio também foi expressamente positivado nas várias esferas de Governo. No âmbito Federal, foi consagrado taxativamente pela Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº 9784/99, que, em seu artigo 2º, prevê que a Administração terá como um de seus "deveres" a obediência ao interesse público. No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177/98, em seu artigo 4º, também prevê, de forma expressa entre os princípios, que a Administração Pública deve "obediência", o "interesse público", sendo certo que em seu artigo 5º a Lei estadual prevê, ainda, que: "A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada **da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige"** (g.n.).

No mesmo sentido, a Lei que regulamenta o processo administrativo no Município de São Paulo é ainda mais específica e exige "**a primazia** no atendimento ao interesse público"[56] (g.n.), não deixando nenhuma dúvida quanto à importância deste objetivo na execução de seus deveres finalísticos.

---

[54] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 160.

[55] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**.** Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 52/54.

[56] Lei. Municipal de São Paulo nº 14.141/06; Art. 2º: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade."

Feitos estes apontamentos gerais sobre as origens, a evolução e a noção de interesse público, com destaque para importância do tema desde as primeiras noções de Direito Administrativo, passaremos, agora, a tratar da controvérsia em torno da subsistência da supremacia do interesse público enquanto princípio, para depois avançarmos no sentido de verificar sua higidez e adequação em um ambiente democrático participativo, objetivo de nossa pesquisa.

III - A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O ATUAL CONTEXTO CONSTITUCIONAL

III.1. – O exercício do poder no atual contexto constitucional.

Feito um breve retrato do princípio da supremacia do interesse público, desde o seu surgimento, passando pela sedimentação de sua conceituação e a notícia da polêmica acerca de sua manutenção frente à potencialização dos direitos individuais, passaremos agora a examinar, com mais acuidade, a higidez deste princípio frente ao atual contexto constitucional, procurando estar atento às críticas e ponderações suscitadas pelo debate acima exposto.

Sem nenhuma dúvida, o Direito Administrativo vem passando por um processo dinâmico de transformações que não pode ser ignorado, de forma particular, pelos estudiosos e pelos profissionais que militam na área. Nos últimos tempos, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, no caso brasileiro, muitos dos dogmas do Direito Público vêm sendo rediscutidos e questionados à luz da nova ordem constitucional, em um fenômeno que alguns doutrinadores houveram por bem denominar de constitucionalização do Direito Administrativo[57] (entre outros fenômenos e influências).

Um dos mais relevantes pontos desta transformação, com certeza, diz respeito ao modo de atuação do Estado, cuja legitimação - em especial para os atos de manifestação de poder - não poderia mais estar restrita à ideia clássica de cumprimento estrito à Lei[58]. Isto porque, se é fato que o poder é inerente a todo governo, mostrando-se essencial onde quer que exista um grupo social, também é fato que precisa ele (poder) da legitimação[59], sob pena de revelar-se despótico, muitas vezes, impondo-se pela violência.[60]

---

[57] Entre eles, apenas como exemplo: BAPTISTA, Patrícia**.** Transformações do Direito Administrativo. Renovar. Rio de Janeiro, 2003, p. 28.

[58] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124.

[59] Neste sentido Habermas já havia observado que com a superação do liberalismo e com a reacoplagem do sistema econômico ao político, criou-se uma crescente necessidade de legitimação dos atos do Estado. *In:* HABERMAS, Jürgen**.** A Crise de Legitimidade no Capitalismo Tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1999, p. 51.

[60] COELHO, Fábio Ulhoa**.** Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52.

Em outras palavras, o cumprimento à letra fria da lei ou a alusão a um poder autojustificável não poderia mais servir de pretexto para a prática de atos despóticos ou desprovidos de finalidade pública genuína, ou seja, toda ação do Estado passou a requerer, para além do alicerce da legalidade, também do esteio da legitimidade que somente o cidadão pode lhe emprestar, por ser, na acepção do artigo 1º, § único, da Constituição, a fonte primária do poder.

Ressalvando que não se cogita de uma legitimidade divorciada da legalidade, pois, como muito bem apontado por Eros Graus: "jamais se construiu uma noção de legitimidade democrática, afastada pela concepção de legalidade democrática"[61], percebe-se que a prevalência do interesse público foi ganhando, com o tempo, uma nova dinâmica, de forma que, tanto sua manifestação legal como sua execução prática/burocrática passaram a necessitar de um novo fundamento, permeado da vontade legitimante do cidadão.

Diante deste contexto constitucional, nos parece que, não havendo que se falar em perecimento do princípio da supremacia do interesse público, também não se pode admiti-lo em sua roupagem original, baseado tão somente mítico poder emanado da tradição liberal/positivista. Não basta mais ao Estado, neste novo conceito de constitucionalização, a simples afirmação de valores para justificar suas ações. É preciso que este realmente aja de modo a garantir e promover valores legítimos que se coadunem com uma democracia substancial.[62]

Nas bem lançadas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, podemos notar a sutiliza da transformação pela qual vem passando o instituto. Segundo o autor:

> No direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro postulado fundamental, pois que confere ao próprio indivíduo condições de segurança e de sobrevivência. A estabilidade da ordem social depende dessa posição privilegiada do Estado e dela depende a ordem e a tranquilidade das pessoas.[63]

Este trecho da obra do renomado autor dá uma boa dimensão da nova ênfase sobre o princípio em análise. Com efeito, o mesmo permanece

---

[61] GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

[62] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.

[63] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

hígido somente na medida em que passa da condição de argumento justificador da vontade do Estado (na verdade dos detentores do poder), para a condição de elemento viabilizador da segurança do indivíduo. Ou seja, a supremacia do interesse público passa a ser vista como ferramenta a serviço das garantias individuais.

A verdade é que se progrediu da concepção de que o interesse público confunde-se com a vontade do Estado (dos governantes de plantão) para um entendimento segundo o qual só pode prevalecer o interesse público quando este está devidamente em consonância com as necessidades dos cidadãos, com um mínimo consenso dos indivíduos que serão afetados pela medida, não se justificando mais a imposição da vontade da Administração divorciada da atenção a todo arcabouço principiológico que deve envolver toda a ação estatal.

Em outras palavras, qualquer exorbitância da Administração só pode ser concebida, conforme percebe Cassagne, quando está a serviço do bem comum, "através do qual se alcança o bem individual".[64]

Conforme já advertia Bandeira de Mello:

> Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.[65]

Em consonância com esta nova mentalidade, Odete Medauar[66] fala em um "Estado Pluriclasse", onde a sociedade passa a influir no Estado, interferindo nas opções políticas por meio de mecanismos que a autora denomina de "pluricêntricos", exercidos pelas mais variadas representações de cidadania. Para ela, o Estado migrou de um cenário onde possuía o monopólio do interesse público para um ambiente em que passou a compartilhar a atribuição de descobrir o interesse público com a sociedade.[67]

A perda deste "monopólio" na descoberta do interesse público, portanto, é uma das mais notáveis mudanças que o atual contexto

---

[64] CASSAGNE, Juan Carlos**.** Derecho Administrativo, 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 18. (traduzimos)

[65] BANDEIRA DE MELLO. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

[66] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª Ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003, p. 108.

[67] MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 182.

constitucional desencadeou na seara do Direito Administrativo, pois, conforme veremos, alçou o particular à condição de copartícipe da formação da vontade estatal, especialmente, nas ações de relevância, de modo que, influindo na formação dos atos da Administração, o particular passa a protagonizar as ações, reconhecendo-se nelas.

Outra das principais características da chamada constitucionalização do direito administrativo relaciona-se com a denominada constitucionalização dos princípios. De forma taxativa, Bonavides declara que não exagera quem disser que: "os princípios são hoje o espírito das Constituições." [68]

Este fenômeno, que alguns autores denominam de "neoconstitucionalismo", exige que o intérprete ou aplicador do direito reavalie seus conceitos à luz das diretrizes emanadas da Constituição, numa verdadeira "filtragem constitucional", conforme abordagem de Binenbojm.[69]

Muito embora este movimento, em nosso caso, tenha se intensificado após a entrada em vigor do atual texto constitucional, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[70] registra que, na verdade, ele vem ocorrendo desde a Constituição de 1824, traduzindo-se pela "constitucionalização dos princípios do direito administrativo nas Constituições brasileiras" o que, segundo a autora, vem contribuindo fortemente para a limitação da discricionariedade administrativa.

Esta alocação da Constituição no centro do ordenamento jurídico desencadeou uma verdadeira mudança de paradigmas no Direito Administrativo, pois forçou a impregnação da atividade do Estado por princípios e regras oriundas diretamente da Lei Maior, provocando uma verdadeira transformação no regime jurídico administrativo e seus institutos a partir desta nova ótica constitucional[71].

Este fenômeno, com efeito, induziu a uma marcante mudança de paradigmas no que se refere à construção da "vontade" do Estado (que deve sempre equivaler ao interesse público, o que, por si, já constitui uma faceta da supremacia deste). Neste cenário, não se pode mais justificar a supremacia do interesse público sobre o particular pura e simplesmente com base nos ensinamentos de Hauriou,

---

[68] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. Malheiros Editores. 10ª ed. São Paulo, 2015, p. 64.

[69] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 65.

[70] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. Atlas, 3ª ed., São Paulo, 2012, p. XVI (nota a 3ª edição)

[71] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 153.

e a aplicação dos enunciados da Escola do *"puissance publique*" como fundamento das ações Administrativas. No contexto atual, a Administração se adequa, deixando de decidir unilateralmente para adotar uma postura mais atenta aos verdadeiros anseios do cidadão, tornando mais consensual sua atuação, sem abrir mão da busca da satisfação do real interesse público.[72]

Neste ambiente, a Administração é forçada a ser mais sensível, mais atenta, democratizando suas decisões e, consequentemente, suas ações, por meio da participação dos administrados, o que caracteriza, de fato, o "Estado-providência"[73]. Com efeito, não se justifica mais o uso da força, da imposição sem respaldo legal e não justificado. Neste contexto: "Quando o poder é entendido com algo distinto da força, quem a usa decididamente não mais tem o poder, se é que algum dia o teve."[74]

No ponto de vista de Sainz Moreno, somente quando se compreende que o interesse geral e o particular são complementares (no sentido de que aquele é informado por este), é que se encontra o sentido da superioridade do interesse público e do uso do poder quando necessário. Sob esta ótica, portanto, o interesse público deve estar impregnado pela vontade dos cidadãos. Ao interpretar o interesse público, o autor declara que: "não se trata de interesses distintos dos privados, senão de interesses que sendo de todos, ninguém pode dispor deles como se fossem seus".[75]

Lucia Valle Figueiredo parece concordar com o raciocínio de Moreno quando declara que somente neste sentido, ou seja, considerando o interesse público como impregnado pelo interesse da coletividade é que deve prevalecer sobre o privado.[76]

Nesse sentido, a lição de Juarez Freitas é precisa ao retratar o interesse público no atual contexto constitucional:

> Assim, o princípio constitucional do interesse público representa tão só uma diretriz (condicionada por imperativos de

---

[72] MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017, p. 1.

[73] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

[74] COELHO, Fábio Ulhoa**.** Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

[75] MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 317. (traduzimos)

[76] FIGUEIREDO, Lúcia Valle**.** Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.

> justiça republicana) de que se devem subordinar as condutas e os bens particulares à agenda do interesse geral digno desse nome, afinado com o interesse lícito de cada cidadão, na realização da antiga meta de que o Estado – que somos nós – promove o bem de todos, isto é, existe como corporificação da vontade igualmente nossa, não de vertentes facciosas que pretendem destruir a sutil teia na qual se afirma a *polis*.[77] (g.n.)

Binembojm[78] parece também estar atento a esta necessidade de qualificação do interesse público no atual contexto constitucional e ainda acrescenta que a constitucionalização do Direito Administrativo se coloca como um movimento para suprir eventuais déficits teóricos por meio da aplicação dos direitos fundamentais como vetor axiológico, através de princípios e regras constitucionais que passam a pautar a Administração.

Nas palavras de Senko da Hora:

> Sobreleve-se que não existem, de um lado, interesses fundamentais privados, difusos ou coletivos e, de outra banda, interesses públicos, contudo uma unidade normativa e axiológica destes, razão pela qual os primeiros devem integrar a noção de interesse público, justamente pelo fato de serem indisponíveis. Repise-se que a satisfação de um acarreta na satisfação do outro, devendo, pois, se completar, ao invés de se excluir.[79]

Mas essa dinâmica modernização do Direito Administrativo, esta constitucionalização de princípios, que reclama uma adequada formação e interpretação do interesse público a ser atendido pelo Estado, de forma alguma criou ou estabeleceu uma crise em relação aos mecanismos postos à disposição do Estado para garantir a consecução deste interesse. Como dizíamos, a exigência de composição do interesse público pela vontade dos cidadãos tem a ver, neste sentido, com a formação da vontade do Estado que, uma vez formatada, não perde suas características, entre as quais, a da supremacia sobre a vontade particular. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há que se falar em um novo Direito Administrativo, mas de um Direito Administrativo que "se renova e se enriquece pela

---

[77] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59.

[78] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 24.

[79] HORA, Marco Aurélio Senko da**.** A relativização da supremacia do em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região. Curitiba, v. 36, n. 67, p. 631-657, jul./dez. 2011, p. 644.

ampliação de seu objeto de estudo. Mas o binômio que sempre caracterizou esse ramo do direito – autoridade/liberdade – continua presente”. [80]

No mesmo sentido, Costa Moura se posiciona no sentido de que esta constitucionalização gera um novo diálogo entre as disciplinas jurídicas, especialmente em relação à interpretação das normas, não havendo, porém, que se falar em crise do Direito Administrativo, mas em um afastamento do modelo liberal que o inspirou outrora, “impondo uma releitura de suas categorias a partir do Estado Democrático de Direito”.[81]

Pois bem, este ambiente “neoconstitucional”, em que a própria constituição precisa ser interpretada com base nos princípios que a constituem, exige que a formação da vontade Estatal também esteja respaldada pelo respeito aos princípios democráticos.

Bonavides explica, com muita precisão, este contexto principiológico:

> Hoje, como se vê, os princípios valem mais porque as Constituições se jurisdicizaram. Hoje, os princípios, sendo da essência da constitucionalidade, ocupam o lugar mais alto e nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos. As regras se lhes sujeitam, conforme dissemos, e o Direito vive, de último, a grande idade do Constitucionalismo principiológico, como dantes já vivera a era milenar do Jusprivatismo romanista.[82]

O princípio da supremacia do interesse público, por certo, não fugiu desta reflexão. Pelo contrário, vem sendo questionado por uma corrente da doutrina que entende que a atuação da Administração, diante da nova lógica constitucional, não pode mais se pautar só pela superioridade da vontade do Estado, mesmo que exercida em nome do interesse público, secundando os direitos individuais que, a toda prova, foram elevados ao nível máximo de proteção pela carta Magna.

Porém, conforme iremos sustentar, uma vez apurado o interesse público de modo adequado e em consonância com os princípios constitucionais, a vontade resultante continua prevalente. Nas palavras de Patrícia Baptista:

---

[80] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004, p. 9.

[81] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 153.

[82] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 60.

> Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.[83]

Vislumbra-se, portanto, que a constitucionalização do Direito Administrativo não provocou um esvaziamento do princípio da supremacia do interesse público, apenas modificou o modo como este interesse é apreendido, apurado e exercido. Se é notório que a ordem constitucional em vigor de certo modo horizontalizou as relações Estado/cidadão, também é certo que tal ordem dialógica deve estar refletida na formação da vontade legítima que deverá se sobrepor. Este, a meu ver, é o cerne da questão.

A constitucionalização do Direito Administrativo e mesmo o relevo dado aos direitos e garantias individuais pela Constituição brasileira não afrontam o conteúdo e a necessidade da imposição pelo Estado ou por outros legitimados da imposição da supremacia do interesse público porque, como veremos, tais valores na verdade se complementam, na medida em que o interesse público muitas vezes só se implementa na medida em que se impõe. Assim, se exercida na forma prevista na Constituição e nas leis, a supremacia do interesse público garante a todos a satisfação da vontade coletiva, sem prejuízo do exercício dos direitos individuais tão caros à democracia mais avançada.

A correta apuração do interesse público, portanto, é que legitima a supremacia do interesse público. Isto porque, uma vez legitimado, passa o Estado a ter o dever de implementar a vontade dos cidadãos e, como teria ele condições de cumprir esse dever a contento sem lançar mão desta supremacia?

Carvalho Filho responde de forma taxativa a esta questão ao afirmar que:

> É claro que a posição de supremacia do Estado não pode alvejar fins despóticos, mas, ao contrário, tem o intuito de proteger e garantir os indivíduos no que concerne aos interesses públicos. **Diante disso, é totalmente impossível conceber o Estado, nos moldes atuais, que não consegue a necessária autoridade**

---

[83] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 129 e 130.

> **para sobrepor o interesse público aos interesses privados**. [84] (g.n.)

Para o referido autor, a supremacia do interesse público representa mesmo um núcleo essencial do Direito Público, um "axioma irrefutável e insuscetível de supressão no regime jurídico administrativo".[85]

Porém, não obstante ao fato de que a doutrina majoritária não tenha apontado qualquer incongruência entre o atual contexto constitucional e a supremacia do interesse público, alguns doutrinadores passaram a apresentar duras críticas ao princípio, conforme passaremos a retratar.

III.2- A dialética em torno do princípio da supremacia do interesse público.

Após ter se sedimentado como um dos fundamentos justificadores do próprio direito público, a partir de um determinado momento, por volta dos anos 1990, começaram a surgir algumas reações a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, especialmente sob a alegação de que tal princípio não se coadunaria mais com o Estado pós-moderno e com a nova ordem constitucional centrada na defesa das garantias do indivíduo. A despeito do firme posicionamento do pensamento da doutrina até então sobre o tema, como passaremos a ver, não faltaram nos últimos tempos vozes a se levantar contrárias a manutenção da supremacia do interesse público como princípio geral e basilar do Direito Administrativo[86].

Alguns autores denominaram esta corrente doutrinária de "teoria da desconstrução da supremacia do interesse público"[87] devido à contundente abordagem do tema adotado por seus precursores. Apenas para se ter uma ideia do antagonismo dessa nova corrente ao pensamento "tradicional", Alexandre Santos

---

[84] CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse público: Verdades e Sofismas. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 74.

[85] CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. cit. p. 74.

[86] Na obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (Org.), Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005, estão reunidos alguns dos textos mais contundentes de autores contrários ao princípio da supremacia do interesse público.

[87] V.g.: HORA, Marco Aurélio Senko da**.** A relativização da supremacia do em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região. Curitiba, v. 36, n. 67, p. 631-657, jul./dez. 2011, p. 638.

Aragão, um de seus apoiadores, chegou a afirmar, em artigo publicado sobre o tema, que: "Não existe interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos." [88]

No entanto, conforme procuraremos expor nos itens seguintes, a despeito da indiscutível qualidade técnica e elevado nível da discussão, os argumentos apresentados por esta corrente doutrinária não produziram o efeito de convencer a doutrina clássica sobre a impropriedade ou o anacronismo do princípio da supremacia do interesse público.

Conforme restará claro, nos colocamos ao lado da doutrina tradicional sobre este assunto. Para nós, esta controvérsia já foi devidamente superada pela publicação de excelentes trabalhos[89] que, com muita competência, afastaram e superaram cada um dos argumentos levantados pela doutrina divergente. O objetivo de nosso trabalho, portanto, não é discutir se o princípio da supremacia do interesse público ainda permanece hígido, mas, sim, demonstrar como ele deve ser interpretado num ambiente de democracia participativa, mais coerente com o denominado Estado pós-moderno.

No entanto, devido a grande repercussão que tal discussão gerou no meio acadêmico, não poderíamos ignorá-la em nosso trabalho, sendo certo que aproveitaremos esta profícua dialética para revisitar os fundamentos deste princípio basilar para o Direito Administrativo.

III.2.1 - O posicionamento da doutrina contrária à manutenção da supremacia do interesse público como princípio.

Costuma-se apontar como primeiro "patrono" da "teoria da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público" o professor Humberto Ávila que, em 1998, publicou um artigo denominado: "Repensando o

---

[88] ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. 4.

[89] Procuramos apresentar nos itens seguintes a maioria dos autores que representam as duas correntes em conflito.

‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”[90], depois reproduzido em outras obras, no qual o referido autor tece duras críticas ao instituto, em especial, qualificando-a como incompatível com o Estado Democrático de Direito por afrontar as garantias individuais consagradas pela Constituição.

Para esta corrente, uma observação mais atenta da história ligada ao desenvolvimento do Direito Administrativo nos remeteria a um panorama diverso do apregoado em nossas universidades e pela doutrina dominante. Costa Moura[91], por exemplo, afirma que a Escola do Poder Público, que no século XVIII fundamentou o uso de privilégios, poderes e prorrogativas ao Estado, foi abraçada quase que sem ressalvas pela doutrina brasileira no século XX, que continuou a sustentar a ideia de supremacia do interesse público. Ocorre que, segundo o mencionado autor, esta doutrina foi superada mesmo na França, já no século XIX, quando da evolução do Estado Francês, que estabeleceu a fundamentação do interesse público como conteúdo central do regime administrativo, evoluindo da ideia do *puissance publique* para a do *services publics*, assegurando regras especiais ao Estado apenas enquanto necessárias ao atendimento de demandas específicas.

Costa Moura[92] acrescenta que o fato de existirem poderes necessários para gerir interesses públicos não pode induzir a conclusão de que exista uma supremacia apriorística e abstrata destes (poderes) sobre o particular. Ele pondera, ainda, que ao abandonar a ideia de supremacia *a priori* e adotar como norte o conteúdo da *l´utilité publicque*, o Estado, na verdade, retoma a ideia original de um regime administrativo cuja atividade é restrita a “garantir de modo eficaz a realização do bem comum.”[93]

No entendimento Marçal Justen Filho, no Estado Democrático de Direito a supremacia e a indisponibilidade dos direitos fundamentais são anteriores à supremacia do interesse público, não se mostrando democrático sacrificar interesses não estatais “mediante a mera e simples invocação da conveniência estatal (denominada “interesse público”)”.[94]

---

[90] ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Trimestral de Direito Público, nº 24, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 159/180.
[91] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 41/42.
[92] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. cit. p. 43.
[93] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Op. cit. p. 46.
[94] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64.

Para Gustavo Binenborjm[95], outro dos críticos, tanto a ideia de supremacia do interesse público como o próprio Direito Administrativo e suas categorias jurídicas representaram, já em sua gênese, uma indisfarçável maquinação para manutenção das práticas despóticas do *Ancien Regime.* Segundo o autor, a criação de um "direito especial" para a Administração pública representou, na verdade, uma fuga da vontade do Parlamento e da representação popular, numa decisão "autovinculativa do próprio Executivo". Ainda segundo o mesmo autor, a criação de uma jurisdição administrativa com fundamento na separação dos Poderes não passou de um estratagema de retórica que tinha como objetivo blindar a Administração de qualquer intervenção ou decisão judicial.

Em dura crítica, Binenborjm[96] afirma que o modelo que nasceu na França pós Revolução e que serviu de base/inspiração à construção do Direito Administrativo não se ocupou de garantir qualquer direito ao cidadão, muito ao contrário, restringiu-lhes as garantias e, só após algum tempo, foi perdendo o viés de Direito da Administração para se tornar Direito Administrativo. Para ele, o forte caráter de verticalidade que marcava as relações entre o soberano e os súditos, impregnaram o Direito Administrativo, sendo esta característica notável de um modo mais explícito "sob o manto da supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares"[97], não se cogitando de qualquer isonomia entre eles, fazendo surgir um contencioso perante o qual o cidadão não poderia gozar das mesmas garantias processuais que lhes seriam resguardadas perante o Judiciário.

Gabriel de Araújo Lima[98], por sua vez, declara que apesar do "venerável legado" da doutrina clássica, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular foi superado e se tornou obsoleto, restando esvaziado de sentido. Para ele, os defensores do princípio da supremacia do interesse público filiam-se a um tipo de "pensamento holístico", que atribui ao Estado um caráter de "entidade ideal", colocando-a, assim, em uma posição que não se coaduna com a Constituição em vigor. [99]

---

[95] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 11 e 12.
[96] BINEMBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 13.
[97] BINEMBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 14.
[98] LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 134.
[99] LIMA, Gabriel de Araújo. Op. cit. p. 133.

Paulo Ricardo Schier, por seu turno, não questiona o conteúdo do princípio do interesse público em si, mas, especificamente, a prevalência do interesse público sobre os direitos e liberdades individuais. Para ele:

> A assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, onde os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual midas, transforma em interesse público tudo que é tocado.[100]

Schier[101] ressalta que mesmo que em alguns casos a Constituição preveja em abstrato a prevalência do interesse público sobre o particular, deste fato não se poderia extrair uma regra geral em favor da supremacia daquele. Após enumerar uma série de parâmetros a serem observados para a verificação da validade de restrições de direitos individuais, destaca que, em sua visão, inexiste uma cláusula geral que autorize o Estado a exercer esta prerrogativa. Para ele, um poder geral de restrição de liberdades e garantias fundamentais faria letra morta da lógica da separação dos Poderes e a estrutura do Estado de Direito, submetendo o particular às oscilações da política. Em sua visão, os direitos e garantias individuais representam um verdadeiro limite ao poder Estatal, não podendo ser tomados como meras concessões que poderiam ser suspensas na presença de um interesse pretensamente maior, ou seja, o público. [102]

O mesmo autor admite a existência de um princípio do interesse público que deve coexistir com o das garantias individuais em pé de igualdade e, quando em conflito, este deve ser solucionado caso a caso pelas "dimensões concretas da vida"[103], lançando-se mão de soluções pré-estabelecidas apenas no caso de tal solução ter sido prevista pela Constituição, ora em favor do interesse público, ora em favor do interesse privado.

No mesmo sentido, Alexandre dos Santos Aragão[104] sustenta que muitos têm tomado o princípio da supremacia do interesse público como

---

[100] SCHIER, Paulo Ricardo. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, pp. 218/219.
[101] SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 232.
[102] SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit. pp. 226/228.
[103] SCHIER, Paulo Ricardo. Op. cit., p. 231.
[104] ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de

uma regra que pré-determina a prevalência deste sobre os interesses particulares, o que não seria correto. Para ele, não havendo uma norma neste sentido, jamais se poderia aplicar a supremacia de modo abstrato, tomando a situação como preponderada, exigindo, cada caso, uma ponderação de interesses em concreto.

O já mencionado Binembojm vai pelo mesmo caminho ao defender a aplicação de um juízo de ponderação que não se coadunaria com a preestabelecida preponderância do interesse público ao declarar que:

> A definição do que é o interesse público, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.[105]

Para esta corrente da doutrina, o princípio da supremacia do interesse público estaria embasado em argumentos não institucionais, dando ensejo a uma indesejada subjetividade que milita contra a estabilidade de valores da sociedade. Tendo o interesse público um caráter volátil, poderia ser invocado como pretexto até mesmo para restringir garantias constitucionais, como no caso de prisões arbitrárias sob o pretexto de combate ao terrorismo ocorridas em alguns países.[106]

Segundo a doutrina desconstrutivista, portanto, seria incompatível com o regime constitucional a manutenção de um princípio que se sobreponha, *a priori*, sobre outros, como se houvesse uma hierarquia estabelecida, que não leve em conta uma lógica proporcional que contextualize a situação sob demanda. Para estes, entre outros argumentos, a centralidade constitucional dos direitos fundamentais e a pluralidade maleável dos princípios constitucionais inviabilizam a supremacia do interesse público como norma (seja como norma-princípio ou como norma-regra), impondo à Administração o dever de ponderação entre os "interesses em jogo".[107]

Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, pp. 4 e 5.

[105] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

[106] Neste sentido - ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. 18.

[107] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e

Ari Sundfeld, muito embora ressalve que não se filia, no caso, ao legalismo estrito, parece caminhar no mesmo sentido ao afirmar que o interesse público só se sobrepõe ao particular quando a própria lei estabeleça neste sentido. Em suas palavras:

> Descabe ao administrador invocar vaga e imprecisa noção de interesse público, para com ela constranger a liberdade dos indivíduos. Indispensável sempre e necessariamente, para certo valor sobrepor-se ao interesse individual, que tenha sido fixado com clareza – de modo expresso ou razoavelmente implícito – pela lei.[108]

Segundo Humberto Ávila[109], um dos mais ácidos detratores da supremacia do interesse público como princípio, este não pode ser considerado nem um princípio, nem uma norma-princípio (por não permitir uma concretização gradual, pois pressupõe a prevalência em todos os casos – p. 184) ou mesmo como um postulado explícito do Direito Administrativo ou princípio constitucional imanente, por lhe faltar fundamentos jurídico-positivos de validade. Para ele, o interesse público deve ser aplicado sem nenhuma preponderância apriorística, pois tem um grau normal de importância, colocando-se ao mesmo nível de outros fatores que devem ser levados em conta quando da ação administrativa, não podendo ser considerado um princípio constitucional imanente, nem se colocando em grau de hierarquia sobre os direitos privados. O autor defende que não há uma supremacia do interesse público em abstrato, nem existe uma regra que imponha a sua prevalência fora de um contexto concreto, devendo ser analisado, em cada caso concreto, qual interesse deve prevalecer. Assim sendo, a Administração jamais estaria autorizada, a princípio, a impor um comportamento ou exigir obrigações dos particulares. Em resumo, para este autor, só por meio da ponderação, as garantias individuais serão protegidas no mais alto grau.

Para Ávila, portanto:

> É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E

---

constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 30 e 31.

[108] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 31/32.

[109] ÁVILA, Humberto Bergmann. "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular", *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007. pp. 171/215.

> antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.[110]

Este pensamento filia-se, como podemos notar, à doutrina de Alexy, para quem a solução de conflito entre princípios deve ser resolvida por meio da ponderação. Para este autor: "princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto."[111] Com base neste pensamento[112], esta corrente defende que seria impossível um princípio que não se submetesse a uma ponderação com os demais princípios que fazem parte do sistema constitucional.[113]

Em resumo, os doutos autores que se opõem ao princípio da supremacia do interesse público (que, aliás, contribuíram bastante com a proposta de uma discussão aprofundada e técnica sobre o tema) pregam que o atual regime constitucional não admite mais uma posição apriorística e "em tese" de preponderância do interesse público sobre os interesses privados. Para eles, com o posicionamento das garantias individuais em condição de protagonismo constitucional, não haveria mais que se falar em uma regra ou princípio que impusesse o interesse público sobre o privado de forma automática, sendo necessário, em cada caso, a aplicação de métodos de ponderação, o que esvaziaria o princípio em estudo de seu caráter mais eloquente, o de prevalente.

Porém, como passaremos a demonstrar, esta corrente e seus argumentos não foram capazes de demover o pensamento de boa parte da doutrina clássica e de muitos autores mais recentes, que não viram, nas razões expostas, motivos para alterarem seu posicionamento quanto ao tema.

---

110 ÁVILA, Humberto Bergmann. "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular", *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 215.

111 ALEXY, Robert. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015., p. 75.

112 Trataremos desta questão mais detidamente no item seguinte.

113 Trataremos deste ponto pormenorizadamente ao retratar a reação da doutrina clássica.

III.2.2- A reação às críticas ao princípio da supremacia do interesse público.

Uma vez surgida a polêmica em torno da higidez do princípio da supremacia do interesse público, não demorou para a "doutrina clássica"[114] apresentar uma fundamentada contraposição aos argumentos lançados pela nova corrente, com as quais, desde já, adianto que me alinho.

Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das principais defensoras da prevalência do princípio da supremacia do interesse público, não há meias palavras. Para ela, "não há como igualar o cidadão com os entes que personificam o poder do Estado".[115] Segundo a autora, os críticos do princípio, que pregam sua substituição pelo da razoabilidade, tem como real objetivo: "fazer prevalecer o interesse econômico sobre outros igualmente protegidos pela Constituição.[116]" Em outro texto, a autora conclui que: "Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado."[117]

Carvalho Filho se alinha à Di Pietro ao afirmar, de modo contundente, que: "Aliás, nada se revela mais reacionário do que submeter o interesse da coletividade a interesses privados".[118] Para ele "inexiste qualquer inadequação entre o princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira"[119], isto porque, segundo o autor, a ordem jurídica moderna, para ser considerada "ordem" se socorre deste princípio que é inerente ao Estado de Direito.

---

[114] A designação "doutrina clássica" é utilizada aqui apenas para identificar os autores que se posicionam a favor da manutenção do princípio da supremacia do interesse público (posicionamento clássico), sendo certo que entre eles podemos identificar autores como: Celso Antônio Bandeira de Mello, Edmir Netto de Araújo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que possuem uma obra que já pode ser considerada efetivamente clássica, por ter contribuído com a formação de toda uma geração de profissionais e doutrinadores que hoje se destacam e, também, autores mais recentes que, já tendo algum destaque, fazem parte de uma nova geração de doutrinadores, como nos casos de Irene Patrícia Nohara e Daniel Wunder Hachem, apenas para citar dois bons exemplos.

[115] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Existe um Novo Direito Administrativo? *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 7.

[116] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004, p. 85.

[117] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed..São Paulo: Atlas, 2012, p. 249.

[118] CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse público: Verdades e Sofismas. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas , 2010, p. 78.

[119] CARVALHO FILHO. José dos Santos. Op. cit., p. 77.

Também sem meias palavras e com o mesmo tom de crítica, Paulo Roberto Ferreira Motta pondera que:

> Deste modo não se apresenta como algo gratuito a observância de que os detratores da supremacia do interesse público sejam os mesmos que defendem a ideia da inviabilidade da separação dos poderes, a possibilidade de se defender os direitos fundamentais através de agências reguladores, a flexibilização das garantias dos servidores públicos e outras questões que vêm invadindo o Direito Administrativo. Ou seja, insistem que *seus museus são cheios de grandes novidades.*[120]

Bandeira de Mello, que como vimos pode ser considerado um dos pioneiros a formularem as bases do princípio da supremacia do interesse público no Brasil, também não deixa por menos. Para ele: "seria uma rematada e gritante impropriedade supor que em tais hipóteses [em que os interesses público e privado estão em aparente conflito] a supremacia do interesse público sobre o interesse privado estaria sendo sobrepujada pelo interesse privado!" Ainda segundo o autor: "Só mesmo não tendo a menor ideia do que significa "interesse público" é que se poderia sustentar uma erronia de tal calibre".[121]

Irene Nohara[122] também defende que não há qualquer conflito entre o Estado Democrático de Direito e o princípio da supremacia do interesse público. Segundo a autora, este princípio representa, na verdade, o "ponto de partida de um Estado que se quer minimante democrático", pois, segundo ela, a prevalência do interesse público jamais representou a aniquilação de espaços onde o exercício de interesses particulares não apresentassem riscos à coletividade. Para a autora, este afã em tentar desconstruir o princípio da supremacia do interesse público na verdade é conveniente àqueles que desejam a subordinação do Estado aos interesses particulares.[123]

Tais posicionamentos, por certo, reforçam ideias basilares que há muito fora sedimentadas em nosso Direito. É clássica a lição de José Cretella Jr.

---

[120] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 231.

[121] BANDEIRA DE MELLO. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 184.

[122] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 126.

[123] NOHARA. Irene Patrícia. Op. cit. p. 141.

quando, ao enquadrar o princípio da supremacia do interesse público como informante de todo o direito administrativo, declara:

> Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertençam os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do interesse público.[124]

Justamente com base nessa doutrina que Diógenes Gasparini, já ciente da controvérsia colocada, também não titubeava ao afirmar que não se poderia nem imaginar que o interesse público não se sobrepusesse ao do particular. Em suas palavras:

> No embate entre os interesses público e particular há de prevalecer o interesse público. Esse o grande princípio informativo do Direito Público no dizer de José Cretella Jr. (tratado, cit., v. 10, p. 39). Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos.[125]

Bacellar Filho, após demonstrar que o interesse público está impregnado pela juridicidade e pela legalidade, pelo princípio da impessoalidade, pela moralidade administrativa, pela publicidade e pela eficiência administrativa, ou seja, pelos princípios erigidos ao nível constitucional no artigo 37, conclui com muita firmeza que:

> Se, como visto, o interesse público representa os interesses da coletividade – aí incluídos os interesses individuais tutelados pelo ordenamento jurídico -, e o seu conteúdo nuclear é composto por princípios constitucionais, a afirmação de sua supremacia só pode significar a própria afirmação da supremacia da Constituição.[126]

---

[124] CRETELLA JR., José. Princípios Informativos do Direito Administrativo. *In:* Revista do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Vol. 93, p. 4.

[125] GASPARINI, Diógenes**.** Direito Administrativo. 7ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

[126] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pp. 112 e 113.

Com efeito, nem mesmo a alegação de que o princípio da supremacia do interesse público tem um conteúdo indeterminado (na verdade, o interesse público é determinável), o que prejudicaria a objetividade de sua aplicação, convence a doutrina que o defende. Isto porque, segundo a doutrina clássica, outros princípios consagrados também têm as mesmas características (tem um conceito fluido) tais como: o da moralidade, da ordem pública, da razoabilidade, da proporcionalidade, sem que isso anime qualquer estudioso a duvidar da higidez dos mesmos.[127]

Para a doutrina clássica, portanto, quando se atribui ao Estado a prerrogativa de agir com supremacia sobre os interesses privados não se está, de forma alguma, dando "carta branca" para que aquele (Estado) aja com discricionariedade ilimitada, suprimindo pura e simplesmente a vontade do particular porque a lei ou um princípio assim o permitiu. Na verdade, esta superioridade, como aponta Jaime Rodriguez Arana Muñoz, aludindo às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: "se refere ao interesse da coletividade, do todo, do corpo social. A partir deste ponto de vista, a superioridade moral do interesse público sobre o interesse particular é óbvia".[128] Para o autor espanhol, o interesse público é a própria razão do Direito Administrativo e da própria Administração Pública, e por estar conectado com as grandes necessidades públicas (saúde, educação, segurança, economia, agricultura, etc.) é: "de ordem moral superior ao direito individual". [129]

Para estes, todos os princípios, além de estarem inseridos na lógica jurídica do sistema constitucional em vigor, devem também estar imbuídos de um conteúdo axiológico relevante, uma vez que a aplicação pura do direito na forma sustentada por Kelsen[130] foi superada, exigindo-se hodiernamente que a norma (incluído aí o princípio da supremacia do interesse público, é claro) seja tomada em sua

---

[127] Neste sentido: CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse público: Verdades e Sofismas. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2010, p. 81.

[128] ARANA MUÑOS, Jaime Rodriguez. *in:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 34. (Traduzimos)

[129] ARANA MUÑOS, Jaime Rodriguez. *in:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 35. (Traduzimos)

[130] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed., Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

completude para além do conteúdo meramente formal[131], ou seja, deve ser tomado como parte de um sistema, independentemente de sua relevância.

Bem por isso, Di Pietro[132] adverte que "a ideia de interesse público sempre predominante sobre o particular jamais teve aplicação (a não ser, talvez, em regimes totalitários)". O princípio da supremacia do interesse público, como todos os demais princípios que norteiam a Administração Pública e o Direito em geral, devem ser interpretados dentro do sistema no qual estão inseridos e em consonância com os demais princípios. Portanto, a supremacia do interesse público é aplicável nas áreas em que tal prerrogativa se mostra necessária, tais como: o serviço público, o fomento, intervenção e polícia administrativa, etc., sem que isso represente uma afronta ao sistema constitucional.

Muito pelo contrário, conforme aponta Di Pietro:

> São inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público. E isso não ocorre por decisão única da Administração Pública. Ocorre porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o direito administrativo o aplica. A proteção do interesse público, mesmo que feita em detrimento do interesse particular, é possível porque o ordenamento o permite e outorga os instrumentos à Administração Pública.[133]

Para Bacellar Filho[134] o equívoco dos que combatem o princípio da supremacia do interesse público está justamente no fato de que resistem em tentar entender o sentido e o conteúdo da noção jurídica de interesse público. O sentido atual do interesse público é justamente o de potencializar e fortalecer os direitos fundamentais.[135]

Para a doutrina clássica, por outro lado, não é convincente o argumento de que o princípio estaria em conflito com o da razoabilidade e por isto, não haveria que se falar em supremacia *a priori*. Para estes, pertencendo ao sistema

---

[131] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

[132] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., pp. 246 e 247.

[133] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 249.

[134] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 89.

[135] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder**. "**O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 176.

jurídico, o princípio da supremacia do interesse público não poderia se subtrair à legalidade ou à razoabilidade. Nenhuma novidade aqui. Ocorre que, "a razoabilidade exige relação, proporção, adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público".[136] Portanto, a própria razoabilidade está impregnada pelo vetor geral que orienta a Administração, qual seja, a satisfação do interesse público.

Imbricada com a questão da razoabilidade está, como vimos, a crítica da corrente divergente sobre o [alegado] desrespeito do princípio da supremacia do interesse público a outro princípio importante, o da proporcionalidade. Conforme anotado por Daniel Sarmento[137], talvez esta tenha sido a crítica mais contundente e que tenha ganhado maior proporção entre os estudiosos do assunto.

Vale lembrar, de acordo com a linha de raciocínio daquela corrente, não poderia existir um princípio jurídico prevalente *a priori.* Escorados na teoria da norma de Alexy, estes autores sustentam que se aplicado desta maneira, ou seja, com prioridade sobre os demais princípios, estaríamos diante de uma norma-regra e não de um princípio propriamente dito, o que, obviamente esvaziaria o argumento dos que defendem a supremacia do interesse público como tal. Neste sentido, segundo Ávila[138], se a prevalência do interesse público é o único desfecho possível para as situações de conflito concreto de interesses, sem possibilidade de ponderação ou graduação de intensidade em sua aplicação, não estaríamos conceitualmente diante de uma norma-princípio.

Este argumento, muito embora bem elaborado, também não convenceu a doutrina clássica e não resiste, com o devido respeito, a uma análise mais acurada.

Isto porque, em primeiro lugar, a doutrina clássica jamais afastou a observância do princípio da proporcionalidade quando da utilização do princípio da supremacia do interesse público. Ao contrário, é possível afirmar, com muita segurança, que não se encontra na literatura mais abalizada a respeito do tema qualquer menção ou insinuação neste sentido. A doutrina clássica, na verdade, sempre

---

136 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 252.

137 SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional" *in* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2007, p. 99.

138 ÁVILA, Humberto Bergmann. "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular", *in* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2007, p. 187.

tomou a proporcionalidade justamente como um parâmetro e um limite para o atingimento adequado do próprio interesse público. Conforme acentua Giampaolo Rossi:

> [...] o princípio da proporcionalidade pode ser considerado como uma derivação do princípio da legalidade, enquanto inserido no centro da dialética entre autoridade e liberdade. **Por proporcionalidade se entende, de fato, a necessidade de satisfazer ao interesse público** com a menor restrição possível da esfera subjetiva dos particulares.[139] (tradução nossa/g.n.)

Nunca se cogitou, portanto, exercer qualquer poder prevalente sem observância do princípio da proporcionalidade. Diogo Freitas do Amaral, ao abordar a questão da proporcionalidade, também acentua que:

> Na verdade, está fortemente ancorada a ideia de que, num Estado de Direito democrático, as decisões ou medidas tomadas pelos poderes públicos não devem exceder o estritamente **necessário para a realização do interesse público.** (g.n.)[140]

Nota-se que, para o autor, o próprio exercício pela busca da proporcionalidade tem como fim a realização do interesse público (que prevalece, portanto) por meio das balizas da adequação, necessidade e equilíbrio do ato. O fato de a medida adotada pelo Estado se submeter à razoabilidade ou ter que ser praticada de modo proporcional na verdade preserva o interesse público, equilibrando, segundo o autor, de um lado, os meios para solução de um problema e de outro, justamente a finalidade do ato.[141]

Para a doutrina clássica, o princípio da supremacia do interesse público está naturalmente impregnado pelo da razoabilidade/proporcionalidade, como aliás, todos os atos da Administração, sem que isto ponha em dúvida a higidez daquele (da supremacia do interesse público). Isto porque, é da natureza do sistema jurídico constitucional que todas as ações do Estado, mesmo as de expressão de poder, sejam praticadas nos limites da

---

[139] ROSSI. Giampaolo. Principi di Diritto Amministrativo. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2015, p. 128.

[140] AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., vol. III. Ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 140.

[141] AMARAL, Diogo Freitas do. Op. cit., p. 142.

adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito, pois, em assim procedendo, a Administração está justamente atendendo ao interesse público.

Na verdade, a ponderação e a razoabilidade são da essência e validam todos os princípios, sejam eles quais forem, sendo certo que, o fato de o interesse público preponderar sobre o interesse particular, jamais significou que tal preponderância pudesse ser usada com abuso, desvio ou de qualquer modo que pudesse extinguir ou mesmo pôr em risco as garantias individuais.

Assim, ao contrário do que forçam crer os detratores do princípio da supremacia do interesse público, este não visa senão emprestar lógica e racionalidade a um sistema que, a depender somente da vontade individual, jamais veria implantada a ordem.

Portanto, ao ser informado pela proporcionalidade, o princípio da supremacia do interesse público não perde sua característica de predominância e não se esvai por ter que observar a razoabilidade. Na precisa lição de Juarez de Freitas[142], "os princípios jamais se eliminam, diferentemente do que sucede com as regras antinômicas".[143] Conforme explica, nos casos em que mais de um princípio são invocados, a questão se resolve pela preponderância principiológica que leva em consideração as matizes fáticas.

A questão é que no caso do princípio da supremacia do interesse público, salvo as exceções previstas em Lei, presume-se - por princípio - que o interesse público deve prevalecer justamente porque esta (a satisfação deste interesse público), é a razão de ser do próprio Estado, seu dever inescusável.

Rebatendo especificamente os argumentos de Humberto Ávila sobre a sustentada impossibilidade de um princípio absoluto que aprioristicamente imporia o interesse público sobre o interesse privado, Fábio Medina Osório explica que não se pode desprezar o "caráter relacional" do princípio da

---

[142] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

[143] O autor, nesta passagem trata, *a priori*, do embate entre direitos fundamentais em colisão, porém, em seguida conclui que *"O Administrador Público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Isso significa que o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), em suas duas facetas (vedação de excesso e vedação de inoperância/omissão), apresenta-se especialmente relevante ao impor moderação no exercício de poderes e a cobrar, diligentemente, o cumprimento dos deveres prestacionais positivos, de sorte a ser incorporado, obrigatoriamente, entre os parâmetros da avaliação sistêmica dos resultados da gestão pública.",* dando a exata noção de que o Estado age com preponderância, apenas que, limitado pela razoabilidade que é inerente aos atos administrativos.

supremacia do interesse público com os demais princípios, destacando três pontos relevantes decorrentes desta supremacia:

> (a) Como produtor de uma cogente finalidade pública – e não privada – dos agentes públicos. (b) Como direcionador e, basicamente, fundamentador de leis instituidoras de privilégios calcados em interesses à Administração Pública, excluindo a possibilidade de leis instituidoras de privilégios calcados em interesses privados, e, finalmente, como (c) Princípio que permite a restrição de direitos individuais, no exercício do poder de polícia ou no desempenho de atividades públicas protetivas de bens coletivos, sendo nessa medida, diferenciáveis interesses públicos e privados.[144]

Segundo o mencionado autor, em função dos pontos destacados, o interesse público é prevalente sobre o privado por se constituir em norma constitucional implícita que é voltada precipuamente à própria Administração e ao controle das atividades desta, não podendo ser tomado como um princípio ensejador de privilégios em detrimento dos particulares.[145]

É o que ocorre, por exemplo, no caso do exercício do poder de polícia. Para atender ao interesse público na preservação da ordem e da segurança, o Poder Público age com preponderância sobre o interesse particular envolvido, limitado pela razoabilidade/proporcionalidade - com certeza, mas deslocando a apuração de algum excesso para o momento posterior à execução do ato, sem que se fale em afronta ao princípio da dignidade humana ou a qualquer outro direito ou garantia individual que, no caso, cede momentaneamente em prol do bem comum.[146]

Fato é que, para o posicionamento clássico, ao ater-se aos limites da proporcionalidade, o Estado não abre mão de sua supremacia, apenas a exerce de modo necessário e adequado, repousando nisto a coexistência dos princípios, todos eles balizados pela Constituição. Portanto, a proporcionalidade não esvazia o princípio, mas o torna executável na medida exata.

---

[144] OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr/junh. 2000 (reed. mar. 2015). ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222. Acesso em: 15 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527, p. 89, nota de rodapé 12.

[145] OSÓRIO, Fabio Medina. Op. cit., p. 89.

[146] *Mutatis mutandis*, o deslocamento da apuração do eventual excesso, que também embasa o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos também pode ser observado no caso do conflito entre a liberdade de impressa e o direito a privacidade em que, via de regra, o direito a livre informação tem prevalecido, sem prejuízo da apuração posterior de eventual excesso.

Abro aqui um parêntese. Uma crítica muito interessante aos autores que defendem que a imposição da ponderação fulminaria o princípio da supremacia do interesse público é feita por Virgílio Afonso da Silva. Muito embora o constitucionalista não defenda a supremacia do interesse público propriamente dita, ele aponta, com fina perspicácia, que não se pode defender a convergência do interesse público e o privado (como fazem os críticos da supremacia do interesse público) e ao mesmo tempo defender a aplicação da proporcionalidade entre ambos (os interesses). Para não perder a precisão de seu raciocínio, retratamos aqui suas palavras:

> Ora, se há convergência, se não há tensão, se o conflito é meramente aparente, se a realização de um implica a realização do outro, então, não há porque nem o que ponderar, não há porque aplicar a proporcionalidade. Ponderação e proporcionalidade são técnicas de solução de conflitos e, portanto, só se pode recorrer a elas se o conflito existir.
> Em outras palavras: se não se assume uma (ao menos potencial) relação de tensão entre interesses públicos e privados, não se pode recorrer à ponderação e à proporcionalidade ou, em sentido inverso, se a ponderação ou a proporcionalidade têm algum papel a cumprir, é preciso abandonar a ideia de indissociabilidade, de harmonia e de convergência entre interesses públicos e privados.[147]

Na verdade, como aponta Juarez Freitas, o princípio da proporcionalidade serve como instrumental indispensável aos atos da Administração. Segundo ele: "trata-se, em outros termos, de princípio [o da proporcionalidade] que impele à realização de autêntico teste de qualidade da conduta administrativa" [148], não havendo que se falar em esvaziamento do princípio da supremacia do interesse público em razão da necessidade de ponderação. Neste contexto, pode-se dizer que o princípio da proporcionalidade compõe com o da supremacia do interesse público em favor do objetivo maior que é a busca pelo bem-estar de todos, na forma prevista no artigo 3º, inciso IV, da CF).

A despeito disto, autores como Binembojm sustentam que a Administração deva, em cada caso, aplicar um juízo de ponderação entre o interesse

---

[147] SILVA. Virgílio Afonso da. Na encruzilhada Liberdade-Autoridade – A tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 742.

[148] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 52.

público e o privado, salvo quando a própria Constituição ou a Lei não indicarem a prevalência de um destes. Em suas palavras:

> Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre os interesses públicos e privados, caberá a Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização.[149]

Ocorre que, do ponto de vista pragmático, se o processo de ponderação fica a cargo da Administração, como aponta o autor supracitado, em última instância, prevalecerá a decisão adotada pelo agente público competente, decisão esta que não pode ser outra, se não, a defesa do interesse público, ainda que esta beneficie, no caso, concreto um particular, sob pena de haver desvio ou abuso de poder, anulando-se o ato.

No caso específico do interesse público, portanto, o fato de ser preponderante não lhe retira o atributo da proporcionalidade, inerente a todo princípio. Na verdade, a Administração realiza a ponderação justamente para perscrutar qual a melhor forma de fazer prevalecer no caso concreto o interesse público. Este é seu norte e, portanto, o que deve resultar do juízo de ponderação.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso, num ambiente democrático é natural a "tensão dialética"[150] inerente aplicação de um princípio, sendo vital que a intensidade da aplicação dos mesmos seja aferida por um mecanismo de ponderação que assegure que a prevalência de determinado princípio não ultrapassará a medida do razoável e necessário para consecução da finalidade que representa. A questão, portanto, está ligada à intensidade do ato e não à sua preponderância.

Aí está uma das chaves para o bom entendimento desta questão, fornecida pela doutrina clássica. A ponderação na aplicação do princípio do interesse público, no que diz respeito à execução da ação, não está ligada à sua preponderância, mas à sua intensidade, uma vez que, mesmo legitimado, o interesse público deve ser efetivado no limite do estritamente necessário e com o mínimo de lesão ao interesse privado (o que não quer dizer que não prevaleça).

---

[149] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 31 e 32.

[150] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 352.

A implementação do interesse público, assim, opera-se instrumentalizado pela atenção ao melhor meio de realização possível no caso concreto, justamente porque esta é a vontade constitucional.[151]

Deste modo, o fato de estar sujeito a certo grau de ponderação ou mesmo por certa influência ideológica ou política não serve como justificativa para a descaracterização do princípio, até porque, como lembra Juarez Freitas, todo princípio está sujeito a ser interpretado de forma sistêmica sob pena de não haver interpretação.[152]

Ocorre que, no caso específico do princípio da supremacia do interesse público, não se pode fugir do fato de que a tarefa final do agente público sempre será a de entregar uma prestação de serviço que atenda ao interesse geral, impessoal, mesmo que na situação concreta seja a satisfação de um interesse individual socialmente relevante que se sobreponha. (trataremos deste aspecto mais adiante IV.2)

Assim, é mais do que natural que, ao tomar uma decisão sobre a implantação de uma política ou mesmo em relação a um ato concreto relevante, o agente público competente pondere e justifique sua ação, comprovando sua adequação e legitimidade. Ocorre que esta ponderação não elide o fato de que, uma vez decidida certa questão, a Administração, agindo de forma legitimada e dentro da lei, fará prevalecer sua decisão na busca da satisfação do interesse público que, afinal, é sua razão de ser.

Essa ponderação, na prática, longe de esvaziar o princípio da supremacia do interesse público, na verdade lhe é inerente e indispensável, desde o processo de preparação do ato administrativo que, como veremos adiante, deve emanar legitimado pela participação dos cidadãos. Porém, isso não pode conduzir à ideia de que a supremacia do interesse público perde, com isto, seu caráter de princípio basilar do Direito Administrativo. O que se observa, na verdade, é que a ponderação compõe com outros elementos o processo legitimador da ação do Estado.[153]

---

[151] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, , 2005, p. xvi.

[152] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 59.

[153] MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017, p. 6.

Por outro lado, desde que legitimado e autorizado por lei, a Administração age com supremacia, pois não precisa do aval do particular ou do Judiciário para atender ao interesse público, estando limitado, no entanto, ao estritamente necessário para o atingimento do fim público buscado, sob pena de desvio ou abuso de poder.

Conclui-se, portanto, que sempre foi requisito do ato administrativo a obediência à proporcionalidade, à impessoalidade, à legalidade, à eficiência e aos demais princípios constitucionais, sem que ninguém se anime em dizer que o poder de polícia, por exemplo, tenha sido mitigado só porque não pode ser utilizado com excesso.

Insisto ainda mais uma vez neste ponto. Quem é que faz a ponderação senão o próprio Estado? E uma vez concluído o processo de ponderação, o que dele pode resultar senão que o interesse público deve prevalecer?

E tal conclusão se impõe justamente porque, conforme lição preciosa de Barroso: "O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. **Ele é o parâmetro da ponderação.**"[154] (g.n.)

É forçoso notar que mesmo os mais aguerridos detratores da supremacia do interesse público não conseguem fugir à evidente lógica de que no atual estágio da sociedade, mesmo a regulação e a defesa dos interesses individuais mais louváveis, precisam ser tutelados pelo Estado que tem como norte o interesse público que, portanto, sempre prevalece. Esta é a lógica do sistema. Na precisa lição de Juarez Freitas: "A Administração Pública, de conseguinte, goza de prerrogativas não propriamente por supremacia, mas por legitimidade funcional e de natureza institucional, por assim dizer."[155] E esta legitimidade emana justamente da vontade do cidadão num ciclo virtuoso e autossustentável.

No trecho abaixo, em que Binembojm sustenta que a sociedade vem superando o caráter individualista de outrora (com o que não posso concordar, infelizmente, e com a devida vênia) podemos perceber perfeitamente bem esta necessidade:

---

[154] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. xvi.

[155] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48.

> Assim, superando a perspectiva exclusivamente individualista, os direitos fundamentais passam a ser também vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados, pelo direito, **pelo Estado e por toda a sociedade.**[156] (g.n.)

Pergunta-se: como a sociedade e em especial o Estado poderão cumprir este mister de proteger os direitos fundamentais, que em última análise, por óbvio, é do interesse público, senão pelo uso da supremacia legitimada de seus poderes?

Ora, se acreditamos na Democracia e nos mecanismos e instituições que ela coloca à disposição, por meio da Constituição e das leis, não podemos nos esquivar da realidade por meio de construções alegóricas de uma imaginada sociedade em que, sem a interferência do Estado, todos os homens se respeitem mutuamente e garantam sozinhos seus direitos fundamentais. Isto não passa de uma desejada utopia.

Na verdade, já há muito tempo os indivíduos fizeram a opção por ceder parcela de seus direitos em prol do convívio social, tendo sido superada a ilusão de que se poderia progredir como sociedade sem a intervenção do Estado. O fundamento da supremacia do interesse público provém justamente desta conclusão, e vem, de muito tempo, da Teoria Geral do Direito, das teorias contratualistas, por meio das quais foi inferido que o indivíduo, abrindo mão de sua individualidade/liberdade absoluta, cedeu parcela de seus direitos em busca de uma convivência social que lhe é mais adequada, onde o bem-estar de todos também é considerado uma garantia imprescindível ao bem-estar de cada um. [157] A afirmação do Estado Social superou a ideia de superioridade dos direitos individuais, especialmente diante da necessidade da intervenção do Estado para garantia das condições mínimas de subsistência dos mais fracos, tendo restado mais do que comprovado que o individualismo não apresentou solução para as desigualdades patentes.[158]

---

[156] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 75.

[157] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 132.

[158] FRANÇA. Maria Adelaide de Campos. Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 161.

Ao se dedicar a questão da interpretação e aplicação da Constituição, Luís Roberto Barroso[159] desenvolve de modo absolutamente percuciente o tema. Segundo o autor, quando opostos dois valores ou princípios constitucionais incidentes sobre o mesmo fato, o intérprete não pode simplesmente optar por um ou outro. Tal escolha deve decorrer de um processo lógico.

Em suas palavras:

> Como consequência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes.

Justamente por não poderem ser resolvidos por uma hierarquização ou subsunção simples, ainda segundo Barroso, é que compete à doutrina criar um mecanismo eficaz e sistemático "que seja capaz de produzir uma regra concreta que vai reger a hipótese a partir de sua síntese dos distintos elementos normativos incidentes sobre aquele conjunto de fatos".[160]

No caso do conflito entre o interesse público e os direitos individuais, resta claro que, se utilizando da ponderação dos interesses, bens e valores envolvidos, a doutrina, no decorrer do tempo, firmou e consolidou o entendimento segundo o qual prevalece o interesse público.

E aqui abrimos espaço para demonstrar como a doutrina clássica afastou outro dos argumentos da doutrina que não reconhece a supremacia do interesse público como princípio, a saber o de que, prevalecendo sempre, a supremacia do interesse público seria uma norma-regra e não uma norma-princípio.

Como muito bem abordado por Daniel Hachem[161] e Murilo Ruiz Ferro[162], entre outros pesquisadores, para se compreender o raciocínio desenvolvido pelos autores da doutrina divergente é preciso explicar que os mesmos se

---

[159] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição, Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. .6 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008., pp. 356/357.

[160] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 357.

[161] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 220/258.

[162] FERRO, Murilo Ruiz. Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 170 pp. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014, pp. 111/116.

filiam, neste ponto, ao pensamento desenvolvido por Ronald Dworkin[163] e Robert Alexy[164] sobre o conceito de norma e sua classificação.

Conforme é cediço, para Dowrkin e Alexy - em apertada síntese - as normas compõem um gênero do qual são espécies os princípios e as regras. De acordo com a linha de pensamento dos renomados autores, os princípios seriam normas de conteúdo mais aberto, que não contém um comando cogente, mas sim, um "mandamento de otimização" que pode ser atendido de diversas formas dependendo da situação fática[165], demandando um exercício de ponderação.

Segundo Dworkin[166], que foi quem primeiro se debruçou sobre o tema sob este enfoque, um princípio, quando em contraposição a outro, não se impõe por seu valor intrínseco, excluindo o outro, mas prevalece em cada caso na medida em que se apresenta como mais adequado, com maior peso, jamais excluindo o outro do ordenamento jurídico. Já as regras teriam por característica principal seu conteúdo binário, no sentido de exigirem seu cumprimento pleno (ou se cumpre a regra ou se descumpre). Assim, uma regra válida não comportaria ponderação e, no caso de conflito entre estas, o resultado seria a eliminação de uma delas que, certamente, estaria em desacordo com o ordenamento jurídico. O conflito entre regras se resolveria por outras regras, tais como: a da anterioridade, da especialidade, da horizontalidade, da norma constitucional x norma infraconstitucional, etc., de forma que a norma inválida seria excluída do ordenamento em razão de sua inadequação.

Alexy desenvolveu e tornou, digamos, popular esta classificação. No trecho a seguir, da obra "Conceito e Validade do Direito", podemos ver um bom exemplo da linha de raciocínio do autor alemão:

> Um critério para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apoia necessariamente em princípios. Isso porque uma ponderação é necessária justamente quando existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão

---

[163] DWORKIN, Ronald**.** Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2002.

[164] ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constucionales, 1993.

[165] DWORKIN, Ronald**.** Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2002, p. 75.

[166] DWORKIN, Ronald .Op. cit. p. 43.

> definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão. Tais razões ou são princípios, ou se apoiam em princípios.[167]

Pois bem, partindo destas premissas Humberto Ávila, Daniel Sarmento e outros autores que se filiaram à esta linha de pensamento induziram que, se o interesse público sempre prevalece, uma vez que enuncia-se a sua supremacia *a priori*, então estaríamos diante de uma regra (norma-regra) e não de um princípio, pois este tipo de formulação, não comportando qualquer ponderação, é típico de uma regra, pois exclui qualquer outra possibilidade de solução para o embate de interesses.

Ocorre que esta não é a única classificação aceita pela doutrina acerca da natureza e conteúdo dos princípios e, conforme passaremos a ver, não foi com base nela que se erigiu a teoria sobre o princípio da supremacia do interesse público desenvolvida pela doutrina clássica.

Virgílio Afonso da Silva traduz, de forma precisa, a diferença entre estas concepções sobre o conceito de princípio ao explicar que:

> "[...] o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. "Princípios" são, tradicionalmente, definidos como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema, ou ainda como "núcleos de condensações."[168]

Se observarmos atentamente a construção teórica levada a efeito por Celso Antônio Bandeira de Mello, que como vimos, foi um dos precursores do princípio da supremacia do interesse público no Brasil[169], verificaremos que ele construiu sua linha de raciocínio fulcrado, obviamente, na corrente tradicional, segundo a qual um princípio se caracteriza por ser um elemento fundamental, basilar de um ramo da ciência, no caso, o Direito.

Segundo Bandeira de Mello:

---

[167] ALEXY, Robert**.** Conceito e Validade do Direito. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, pp. 87/88.

[168] SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In;* Revista latino-Americana de Estudos Constitucionais 1.(2003) p.p. 607/630 – Texto disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf > Acesso em: 06 fev. 2017, p. 611.

[169] Neste sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 41.

> Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.
> Violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão de princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.
> Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustêm e aluie-se toda estrutura nelas esforçada.[170]

Paulo Bonavides, outro grande jurista pátrio, também guarda o mesmo posicionamento. Para ele: "[...] o princípio se pode talvez definir como aquele valor vinculante mais alto que, positivado na Constituição, é suscetível de irradiar normatividade a todos os conteúdos constitucionais."[171]

Depreende-se, portanto, que para a doutrina clássica os princípios se diferem das regras em razão de sua essencialidade e de sua importância para sustentação do sistema jurídico e para os valores fundamentais da sociedade, sendo certo que, quanto mais essenciais para coletividade, mais elevado o seu valor (peso). Para esta doutrina, as regras, por outro lado, possuem um caráter meramente funcional e necessariamente precisam existir em harmonia com os princípios que lhe emprestam um sentido lógico.[172]

Vale consignar que esta é justamente a acepção pela qual o princípio da supremacia do interesse público tem sido tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Em artigo que buscou justamente examinar como a mais alta Corte tem interpretado o princípio, Maria Tereza Fonseca Dias chegou à seguinte conclusão:

> O princípio [da supremacia do interesse público], entretanto, não tem apenas o condão de afirmar a supremacia da

---

[170] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**.** Curso de Direito Administrativo. 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 912/913.
[171] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. Malheiros Editores. 10ª ed. São Paulo, 2015, p. 55.
[172] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 140.

> Administração Pública na sua relação com os particulares, em caso de eventual conflito. **Ele tem sido utilizado, no âmbito do Poder Judiciário, como "valor" constitucional (ou princípio geral de direito) que deve orientar as escolhas do legislador infraconstitucional, e, a partir dos quais, o STF pode analisar a constitucionalidade das leis. Essa perspectiva de análise do princípio restou nas ações diretas de constitucionalidade analisadas.**[173] (g.n.)

Portanto, não há incoerência aqui. A supremacia do interesse público é reconhecida como um princípio por ser, em conformidade com a doutrina clássica, norma basilar do sistema jurídico do Direito Administrativo. Assim, mesmo funcionando muitas vezes como regra, não perde sua característica de princípio por ser norteadora de toda uma estrutura lógico-jurídica.

A par disso, a ponderação tão reclamada pela corrente que se opõe à supremacia do interesse público na verdade foi devida e reiteradamente exercida, tendo sido desenvolvida e sedimentada através de muitos anos pela doutrina e pela jurisprudência dos países com aptidão democrática. De fato, com o tempo, criou-se um verdadeiro axioma jurídico, e - como não poderia deixar de ser – tal postulado foi conformado de modo apriorístico, em consonância com o princípio instrumental da unidade da Constituição, consolidando o princípio da supremacia do interesse público em razão de seu valor estrutural e básico para todo o Direito Administrativo.

Como ensina Barroso:

> Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão.[174]

De notar-se que o resultado desta prévia e contínua ponderação conduz a um contexto técnico em que, atendendo à expectativa de uma prestação eficaz, um princípio venha a ser tomado como prevalecente sobre o outro, como no caso da supremacia do interesse público sobre o particular, pois este foi tomado como nuclear ao sistema jurídico do Direito Administrativo.

---

[173] DIAS, Maria Tereza Fonseca. Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. *In:* PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio *et* al. O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ: Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2104, p. 407.

[174] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição - Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 370.

Assim, não afronta o sistema constitucional ou a lógica por ele estabelecida a aplicação da supremacia do interesse público sobre eventual direito individual ou interesse particular. Na verdade, a preponderância, no caso, é vital para garantia do bom funcionamento do sistema e da dinâmica constitucional que, em última instância, premia o interesse de todos e de cada um atendendo ao princípio da efetividade.[175]

Neste sentido, é precisa a lição de Odete Medauar quando declara:

> E mesmo nas atuações de determinação compartilhada do interesse público, a Administração detém a condição de árbitro final e a condição de propiciadora, pelo quadro institucional e procedimental, dos meios com que a identificação pode ser buscada.[176]

Ou seja, ao final, mesmo para a autora que foi uma das primeiras a apresentar críticas à supremacia do interesse público, é a decisão Administrativa que restará preponderante, razão pela qual sobrelevasse de importância o desenvolvimento de mecanismos eficazes de apuração do interesse público que prevalecerá, sem prejuízo da proteção às garantias individuais.

Aliás, nas palavras de Arana Munhoz: "o interesse geral se encontra precisamente na promoção dos direitos fundamentais"[177], o que denota, ainda mais, a sua condição de essencialidade ao regime jurídico administrativo, não se sustentando as críticas já expostas.

Não é outro o entendimento de Juarez Freitas quando declara:

> O princípio do interesse público genuíno prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o "bem de todos", no dizer do art. 3º da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa, sem que aquela volição se confunda com a simples vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria...Por isso, importa assinalar que o interesse público guarda correlação íntima com a tutela da dignidade de todas as pessoas e de cada uma. O cidadão não é

---

[175] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 374.

[176] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 182.

[177] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 50.

> sujeito passivo da Administração, mas, no dizer de Harmut Maurer, um cidadão maior (*mündiger Bürger).* – g.n.

E arremata:

> É a dignidade de todos que justifica a primazia legítima e democrática do interesse público sobre os interesses particularista.[178]

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho assim se posiciona:

> O princípio da supremacia do interesse público decorre da natureza desse tipo de interesse [aspecto da fundamentalidade]. Não há maior lógica que essa: se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em rota de colisão. A disciplina social impõe semelhante premissa: seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais.[179]

Certo é que as hipóteses de exercício de Poder pelo Estado no uso de sua supremacia, se utilizado dentro dos parâmetros constitucionais, visa, em última instância, garantir o equilíbrio das forças sociais. Gestado corretamente, por meio de uma política que premie a participação popular nas decisões de relevância (tema que será mais bem esmiuçado em tópico adiante), o Estado social se utilizará de mecanismos de intervenção (em sentido genérico) justamente para conter o "feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado."[180]

Deste modo, ao contrário do que sustentam os críticos do exercício da supremacia do interesse público pelo Estado, dentro dos parâmetros constitucionais, este não ofende ou se contrapõe aos direitos individuais, antes, os mantém hígidos e equilibrados.

Sob outro enfoque, não se pode concordar com a pretensão daqueles que advogam a desconstrução de um princípio consagrado sob o argumento de que em seu nome foram cometidos abusos, pois as eventuais "patologias

---

178 FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição.. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 43/44.

179 CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse público: Verdades e Sofismas. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 73.

180 BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 157.

administrativas"[181] não são inerentes ao conceito ou ao instituto da supremacia do interesse público, mas à forma de interpretá-lo e exercê-lo. Aliás, como pondera Floriano Marques Neto, o próprio sistema jurídico se encarrega de equilibrar as forças evitando abusos:

> No mesmo arcabouço jurídico em que vêm permitidas as derrogações dos direitos dos particulares em favor da Administração vêm também asseguradas as garantias destes frente a eventuais abusos no exercício deste poder.[182]

Certo é que, ao contrário do que sustenta a corrente divergente, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não torna o indivíduo mero sujeito passivo nessa relação, desde que funcionem os mecanismos do Estado democrático. Conforme conclui Binembojm[183], em outro ponto em que concordamos, a proteção do interesse privado por vezes representa a realização do próprio interesse público, e isso ocorre justamente quando há mecanismos hábeis para se aferir a vontade da coletividade atingida num movimento de legitimação da ação estatal que, por certo, precede o ato concreto.

Em outras palavras, o interesse público tem como titulares os próprios beneficiários da ação da Administração e não o Estado (pessoa jurídica), como alguns pretendem fazer transparecer. É justamente por isso que o interesse público é indisponível para a Administração, que tão somente o exerce por atribuição que lhe foi outorgada pelas normas vigentes.[184]

Vale observar, mais uma vez, por ser oportuno, que sempre é resguardado ao particular, caso necessário, socorrer-se do Judiciário, onde deverá demonstrar que ocorreu algum vício na ação do Estado que, por meio de seus agentes, pode ter agido com desvio ou excesso, ou mesmo ao arrepio da Lei. Porém, este é um exercício natural num Estado de direito, constituindo-se em uma exceção que, na verdade, confirma a regra da prevalência do interesse público.

---

[181] RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves**.** Interesse Público: um conceito jurídico determinável. *In*: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves, São Paulo: Ed. Atlas, 2015, p.116.

[182] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.

[183] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

[184] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 253.

Não há, portanto, que se falar em desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, mas sim, de reinterpretá-lo à luz dos objetivos constitucionais e das diretrizes que dela emanam.[185] Com efeito, conforme demonstraremos mais amiúde, o fundamental no que se refere à prevalência do interesse público é a qualidade da formação do ato e da política pública e a forma como serão exercidos em nome deste interesse. Num ambiente democrático (especialmente, no democrático-participativo, como veremos à frente), a preocupação com a formação do ato e com os processos de formação das políticas públicas que embasam as ações de poder do Estado é que garantirão, entre outras coisas, que no exercício de seu poder/dever de agir, a Administração não despreze ou afronte a razoabilidade e a proporcionalidade.

III.3 – Estado, Pós-modernidade e supremacia do interesse público.

Externada a posição da doutrina clássica a respeito da manutenção do princípio da supremacia do interesse público e sua total compatibilidade com o atual contexto constitucional, posição com a qual concordamos plenamente, passaremos, agora, a analisar de que forma o princípio precisa ser interpretado, atualizado e mesmo flexibilizado em muitos pontos pelo atual cenário democrático social.

Para Paulo Bonavides, o ambiente mais adequado para a concretização dos valores das Declarações de Direitos fundamentais é "o Estado social do constitucionalismo democrático da segunda metade do século XX"[186] e, conforme veremos, o princípio da supremacia do interesse público em nada contrasta ou se contrapõe com este ambiente.

Conforme leciona Luís Roberto Barroso[187], temos experimentado, nos últimos tempos, um novo ambiente jurídico influenciado pelas

---

[185] BORGES, Alice Gonzalez**.** Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234> Acesso em 11/10/2016, p. 3.

[186] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 151.

[187] Para Alexandre dos Santos Aragão: "O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da

ideias do denominado *"pós-positivismo ou principialismo",* escola segundo a qual o legalismo estrito (positivismo normativo) foi superado por um conjunto de mecanismos jurídicos que permitem ao intérprete uma maior liberdade exegética, visando um resultado mais efetivo e justo na aplicação do Direito. Em suas palavras:

> Nele [pós-positivismo] se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Neste ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.[188]

O mencionado autor explica que se fez necessário o desenvolvimento de técnicas hábeis para lidar com o conteúdo dialético da Constituição, com valores expressos e garantidos de uma forma muitas vezes aparentemente (ou na prática) conflitantes, como muitas vezes é o caso da supremacia do interesse público em relação aos interesses particulares. [189]

De notar-se que este aparente conflito entre o público e o privado não representa nenhuma novidade para o Direito Administrativo. Na verdade, é sua característica mais marcante desde o seu surgimento. Nas palavras de Di Pietro:

> O fato é que o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito (e a outros princípios que sucederam com o objetivo de limitar a liberdade decisória da Administração Pública. De outro, a necessidade de satisfação do interesse público, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, que para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (pelo poder de polícia e intervenção), quer para conceder benefícios e utilidades para o

---

chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada no fundamento da dignidade da pessoa humana". In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 60.

[188] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. xi.

[189] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 357.

> cidadão (pelo fomento e prestação de serviços públicos). Daí a bipolaridade do direito administrativo desde as origens: liberdade do cidadão e autoridade da Administração Pública.[190]

A preocupação em proteger a dignidade humana, portanto, não surgiu por influência de nenhuma nova corrente doutrinária ou mesmo com a promulgação da atual constituição, no entanto, neste período pós-moderno[191], este objetivo (proteger a dignidade humana) tornou-se, verdadeiramente, um dos próprios fundamentos do Estado que não pode mais agir como um ente desvinculado da realidade social, como se existisse para outra razão que não fosse a satisfação do bem comum[192], nem pode se limitar a garantir a segurança ou a ordem pública como nos tempos do Estado *gendarme*.

Os direitos fundamentais tornaram-se o verdadeiro "núcleo duro" do próprio interesse público, cabendo, à Administração, a sua proteção e promoção: "sob a perspectiva da centralidade do ser humano na ordem jurídica e na participação dos cidadãos na deliberação pública, de forma que enquanto fundamento a atuação administrativa volta-se à proteção e promoção dos direitos fundamentais." [193]

Este Estado que surge a partir do "novo" contexto constitucional, por outro lado, não pode mais ficar restrito as velhas formas de legitimação, e este é um ponto fundamental para esta pesquisa. Ele precisa evoluir da representação política tradicional para um sistema modal mais ágil e responsivo, criando condições viáveis à participação do administrado nas decisões relevantes da Administração, criando mecanismos de legitimação eficazes.[194]

---

[190] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "O Direito Administrativo" *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Martins Jr., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014. p. 85.

[191] O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende o Estado-Pós-moderno como: "[...] uma versão [do Estado] menos autoritária, menos intimidante e, por isso, mais humana, mais próxima, mais eficiente e socialmente controlada". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Para a Compreensão do Direito Pós-Moderno. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 702.

[192] SCHIER, Paulo Ricardo. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *in:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel, Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, p. 217.

[193] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 154/156.

[194] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

Isto porque, como pondera Juarez Freitas, as prerrogativas de que dispõe a Administração não decorrem propriamente de uma supremacia auto justificável, mas sim, "por legitimidade funcional e de natureza institucional".[195]

O português David Duarte retrata, muito bem, este contexto em que está inserida a Administração contemporânea. Segundo sua acurada reflexão, no Estado socialmente comprometido, a linha divisória entre o público e o privado é tênue. Segundo o autor:

> A ideia subjacente de Estado omnipresente irá alterar por completo a relação entre os factores, materializada, agora, num envolvimento do tipo dialético, justificado pelo crescimento gradual das prestações de ambos os lados. O Estado prestador é por natureza Estado fiscal e a Administração constitutiva passa a requerer novos enquadramentos de legitimação, abrindo espaço à participação e à colaboração dos particulares e dando início à destruição da imagem Kafkiana que representa miticamente a realidade da Administração tradicional. É que se criam as condições para o surgimento de uma disciplina conformadora dos procedimentos de decisão administrativa. (sic)[196]

E esta é a chave para o entendimento do tema que nos propusemos a pesquisar. Este Estado contemporâneo (pós-moderno), cada vez mais demandado, em razão do próprio primado do interesse público[197] (embora muitos pugnem por um Estado menor), precisa rapidamente atualizar-se pelo exercício desta moderna dialética que se lhe apresenta, de forma que o interesse público passe a estar impregnado da vontade cidadã, desde a sua concepção, o que só é possível pelo desenvolvimento de técnicas procedimentais que organizem e disciplinem, tanto a elaboração das normas administrativas, quanto a gestão criadora dos atos administrativos relevantes, prevendo dispositivos que exijam (ênfase aqui) a participação popular deliberativa como forma de composição obrigatória das políticas públicas e das ações relevantes a serem exercidas com prerrogativas administrativas.

Neste modelo, a participação deve deslocar-se ao momento da própria formação das normas e das diretrizes gerais dos atos da

---

[195] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 48.

[196] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, pp. 33/34.

[197] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 97.

Administração, extrapolando a convenção de que a participação está restrita a alguns atos de gestão ou de governo, ou se apresenta, apenas, na forma de resistência à ação do Estado por meios impugnativos administrativos ou judiciais.

Por meio de uma verdadeira abertura à participação popular, o dinamismo dialético do novo contexto constitucional deve produzir condições para que a sociedade influencie a construção da própria ideia de interesse público desde a construção da norma no âmbito administrativo (decretos, portarias, resoluções, etc.).

O entendimento desta questão é fundamental para a percepção da nova posição do princípio da supremacia do interesse público neste contexto constitucional contemporâneo. Neste ambiente, o interesse público é prevalente também porque é gerado, nutrido e acompanhado pela efetiva participação popular qualificada, numa conjuntura de verdadeira coerência entre a vontade soberana do cidadão e o seu exercício pelo seu representante, o Estado.

Neste ponto, é preciso ponderar, conforme muito bem apontado por Gabardo e Daniel Hachem[198], que o posicionamento radical de alguns autores a respeito do princípio da supremacia do interesse pública parece não levar em conta que a noção de interesse público que temos hoje é completamente diversa da ideia vigente no liberalismo clássico. Para o liberalismo, o interesse público esgotava-se na garantia dos interesses privados, no sentido de proteger a felicidade e a autonomia do indivíduo, por meio de uma intervenção mínima em sua esfera pessoal.

No presente contexto constitucional, a liberdade individual, a despeito de ser elevada ao nível de proteção máxima, não é mais concebida como uma dimensão excludente do Estado, como era a lógica do Estado liberal. Muito pelo contrário, o Estado é demandado a promover esta liberdade e a segurança necessária à sua manutenção e, ao exercer esta função promotora, o faz por meio de mecanismos fornecidos pela própria Constituição, que baliza este dinâmico relacionamento. Conforme podemos constatar na precisa lição de Arana Muñoz, no Estado Social e Democrático de Direito, o interesse geral:

> [...] se dirige à efetividade dos direitos fundamentais da pessoa. Que cada cidadão possa exercer em um contexto de liberdade

[198] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p.173.

> solidária todos e cada um dos direitos fundamentais seja, desde logo, a maior aspiração que possa ter uma administração pública que se tenha por tal.[199](g.n.)

Deste modo, o estado pós-moderno fez a transição de um ambiente com ênfase no individualismo para outro em que o destaque é dado para o indivíduo enquanto inserido na coletividade, ou seja, para o social, para o público.

Gabardo, fazendo alusão a lição de Vera Bolgar, descreve bem a mudança de paradigma quando aponta que:

> [...] se antigamente os elementos dominantes do Direito eram o "particular" e o "individual", as Constituições e os Códigos recentes regem-se pelo "social" e pelo "público", com todos os interesses que eles representam, os quais muitas vezes situam-se em um patamar superior em relação aos interesses particulares.[200]

No mesmo sentido, Marco Aurélio Senko da Hora (em texto no qual, aliás, defende a relativização do princípio da supremacia do interesse público), aponta que:

> Neste contexto, o conceito conferido ao interesse público é dotado de importância tremenda. Assim, defender a supremacia de tal princípio significa deveras delegar um "dever-poder" às instituições estatais para efeitos da concretização do bem comum. Poder que é instrumental à consecução de um dever estatal, não havendo utilização de poder senão para a promoção de direitos, direitos, estes, muitas vezes, erigidos a patamar constitucional.[201]

Ocorre que esta mudança de paradigma trouxe consigo uma nova exigência para o Estado, a de possuir ferramentas jurídicas que o habilitasse a enfrentar esta nova e cada vez mais ampliada função. Se no passado o Estado fazia valer sua vontade – que não se confunde com o interesse público (diferença já tratada entre interesse primário e secundário) – respaldado pela força ou nas "razões de Estado", no

---

199 ARANA MUÑOS, Jaime Rodrigues. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 53. (traduzimos)

200 GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder**.** "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 175.

201 HORA, Marco Aurélio Senko da**.** A relativização da supremacia do em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região. Curitiba, v. 36, n. 67, p. 631-657, jul./dez. 2011, p. 638.

novo contexto constitucional, o Estado é obrigado a agir (poder/dever) na implementação do interesse público porque foi destinado pela vontade do povo (legitimação) a intervir nas mais variadas áreas da vida privada, a fim de tornar viável o convívio social e promover a justiça. Ou seja, o interesse público se qualifica e se sobressai não porque é manejado pelo Estado, mas porque é indispensável à manutenção da sociedade, que exige que este (interesse público) prevaleça.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro narra com precisão esta evolução do Direito Administrativo, do Estado de Polícia para o Estado do Bem-estar Social, que trouxe consigo este novo papel do Estado. Ao expandir exponencialmente o seu campo de atuação, o Estado viu-se na necessidade de avançar sobre assuntos que anteriormente estavam na esfera individual/particular. Como ensina a professora:

> O Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante; ele não se limita a manter a ordem pública, mas desenvolve inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo.... O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois, o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares[202].”

Neste ambiente contemporâneo e pós-moderno, onde o bem-estar coletivo é fundamental e onde, sem sombras de dúvidas, os direitos e garantias individuais ganharam relevo máximo, torna-se necessário avaliar de que forma o Estado vai cumprir seu papel e dar conta de desempenhar seu poder/dever de agir, sem afrontar o arcabouço normativo vigente. Em outras palavras, é preciso aquilatar como a Administração deverá agir, com força, se necessário, sem ferir este contexto constitucional no qual a Lei Maior passou a ser o “filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional.”[203]

Fato é que não se pode negar que a nova realidade, por razões diversas (e para o desgosto de muitos), exige um Estado mais forte e onipresente. Ao fazer opção por um “Estado-Providência”, a sociedade também optou, via de consequência (e por ironia para alguns), por potencializar os poderes deste Estado. De

---

[202] *In*: MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. Revistas dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 62.

[203] BARROSO, Luís Roberto. “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”. Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. xii.

outro modo, como poderia ele atender aos novos anseios sociais? Ora, esta ampliada tutela estatal, que não tem outro objetivo que não seja a consecução do interesse público, não pode se materializar senão por meio do exercício de um poder que, por definição e necessidade, deve ser prevalente em relação àqueles que sofrem sua influência, sob pena de tornar-se inócuo.

O que não se pode admitir no Estado Democrático de Direito e de Bem-Estar Social é que esta supremacia, por meio da qual o Estado realiza seu desiderato, não tenha respaldo na Lei e que, mui especialmente, não corresponda aos anseios da sociedade que o legitima.

Em outras palavras, o que não se admite mais é que a expressão do interesse público não seja legitimada, nisto residindo a flexibilização do princípio que outrora se fundamentava apenas na lei ou numa vaga noção de prerrogativas administrativas.

Por óbvio, não se tolera, quando da execução das ações administrativas, que haja desvio ou abuso de poder, mas isso não significa que ao efetivar o interesse público o Estado não possa impor este interesse público legítimo sobre o particular. A saber, a fórmula para composição do interesse público e os meios de sua implementação é que sofreram uma mutação evolutiva, flexibilizando o princípio pela exigência da legitimação.

Conforme ressalva Barroso:

> Para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos[204].

Na verdade, essa aparente tensão entre os interesses públicos e privados, como muito bem pontua Floriano Marques de Azevedo[205], acaba por calibrar os direitos e sujeitos em jogo, forçando que o Estado busque a necessária legitimação, de que não pode prescindir.

---

[204] BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, pp. xvi e xvii.

[205] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. Malheiros. São Paulo, 2002, p. 98.

Luís Roberto Barroso expressa de modo muito arguto que, deixando de lado os preconceitos ideológicos, o fato é que o Estado é indispensável "na entrega de prestações positivas e na proteção frente à atuação abusiva dos particulares."[206] Se é certo que há uma evidente preocupação da Constituição em proteger os cidadãos do abuso de Poder, não se pode olvidar que, em geral, só o Estado é capaz de garantir o equilíbrio e promover o bem-estar social, em especial, nas camadas mais carentes da sociedade.

Neste contexto, a despeito de se dizerem defensores da nova sistemática constitucional e do sistema por ela introduzido, ao defender a nivelação dos interesses público e privado ou a até supremacia deste último, parte da doutrina parece querer promover um retrocesso ao período em que vigoravam as ideias liberais mais radicais, em que se pugnava por um Estado mínimo e pela supervalorização da garantia do direito à individualidade.

Este viés fica muito evidente, por exemplo, em manifestações como as de Paulo Schier[207] que afirma, de modo muito contundente, que em sua visão, as constituições modernas fixam objetivos que em suma estabelecem: "[...] direitos intangíveis pelo Estado, inalienáveis, garantidor do tráfico jurídico burguês (autonomia privada, igualdade, liberdade, transferência e garantia de patrimônio, etc.)." Para o mencionado autor, o "núcleo central da constituição" seria limitar o Poder em favor da garantia dos direitos fundamentais.

Por certo, a garantia dos direitos individuais é ponto nevrálgico da Constituição. Ocorre que, há muito, se evoluiu da ideia de que o indivíduo pode prescindir da mediação e da intervenção do Poder Público que, agindo de modo legitimado, exerce, no que for necessário, um poder que requer prevalência justamente para garantir que todos tenham acesso à fruição destes direitos tão caros ("dando a cada um o que lhe é devido").

Neste novo ambiente constitucional, a Administração, ao usar sua potestade, evidentemente não pode mais se comportar como se estivesse no século XIX. Ao agir, o Estado deve facilitar ao máximo a vida do cidadão, deve trazer-lhe o mínimo de desconforto possível, enfim, deve respeitar ao máximo sua

---

[206] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. x.

[207] SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005, p. 229.

individualidade, só o fazendo ceder quando não há outros meios, aí sim, exercendo sua potestade com prevalência, por ser, afinal, esta a vontade do cidadão.[208]

Certo é que, diante do atual contexto pós-moderno, mostra-se indispensável que a ação da Administração, que incide sobre a órbita dos direitos individuais, seja devidamente motivada, após um procedimento adequado de produção e legitimação que norteará a ação do agente público para que este, diante do caso concreto, possa sopesar os limites de sua intervenção, levando em conta todos os fatores envolvidos, não havendo que se falar numa verdadeira negociação a cada vez que o Estado aja na garantia do interesse público legitimado.

Fato é que, o que Arana Muñoz[209] chama de "novo Direito Administrativo" fornece uma nova roupagem à supremacia do interesse público, que deve ser exercido verdadeiramente de modo democrático, afastando, por meio da legitimação, a distorção muitas vezes observada.

Conforme apontam Gabardo e Hachem:

> Hoje é possível admitir a sua supremacia como princípio do regime jurídico informador do Direito Administrativo sem qualquer constrangimento, desde se compreenda adequadamente o que se quer significar com tal locução. Entendendo o interesse público como aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional – tal como defendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho – não há qualquer perigo de confundi-lo com o interesse secundário, relativo aos anseios da máquina estatal ou da pessoa física do administrador público.[210]

---

[208] Neste sentido: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p.38.

[209] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez Op. cit. 2010, p. 50.

[210] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder**.** "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 195.

III.4. A inevitabilidade do uso do princípio da supremacia do interesse público pelo Estado.

Por certo, um cuidado muito importante que se precisa ter ao criticar o princípio da supremacia do interesse público está ligado ao risco de, na tentativa de se elevar e resguardar os direitos individuais, se promover um retorno a um passado nada profícuo, em que o excesso de individualismo acabou gerando mazelas até hoje sentidas.

Como já pontuamos, não se pode deixar de perceber que, muitas vezes, a resistência ao princípio da supremacia do interesse público tem indisfarçáveis raízes em ideias liberais não devidamente tratadas. Ao ministrar sobre a expansão do Direito Administrativo, Di Pietro, de modo muito perspicaz, aponta que:

> Hoje surge o chamado direito administrativo econômico, talvez por conta do neoliberalismo, preocupado em prestigiar os princípios da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência. Em decorrência disso, há maior procura por institutos de direito privado e pelas técnicas consensuais de atuação da Administração Pública, com o objetivo de igualar, se não aproximar, a posição das partes nas relações jurídicas.[211]

Conforme pretendemos mostrar, a supremacia do interesse público, desde que legitimada e aplicada em harmonia com os parâmetros constitucionais e com respeito às bases democráticas contemporâneas, fruto de técnicas adequadas (que mais à frente serão apresentadas), muito embora continue prevalente, não milita contra os direitos ou interesses individuais legalmente protegidos. Ao contrário, se bem aplicado, o princípio assegura que todos possam fluir igualmente de seus direitos e, por certo, também sofram, como cidadãos, os mesmos ônus produzidos pela necessidade de viver em uma sociedade organizada e complexa. Mesmo as atividades que restringem direitos, portanto, tem como finalidade garantir a todos uma adequada fruição dos direitos fundamentais.[212]

Para alcançar este nível de democracia é preciso, por certo, que a atuação da Administração esteja circunscrita atentamente ao binômio

---

[211] *In:* MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, pp. 69/70.

[212] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 105.

legalidade-supremacia do interesse público, sob pena de restar caracterizado desvio de finalidade.[213] E ainda à legitimação de sua conduta. Neste sentido, em interessante trabalho intitulado "Pontos de Convergência entre as Teses Doutrinárias Brasileiras quanto a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular", Murilo Ruiz Ferro, após minucioso levantamento dos argumentos que sustentam os dois lados do debate, propõe que:

> Existe, portanto, um último consenso – bastante óbvio aliás, como já visto – a ser extraído de tudo o que fora abordado nesta dimensão de análise: a concordância doutrinária geral – "mesmo que por palavras discordantes" – de que com fulcro na sistemática constitucional, em que nem os interesses coletivos nem os individuais são absolutos, irrestritos ou ilimitados, os valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem – vez que presentes nestas duas ordens de interesses ora mencionados – terminam por traduzir os ideais que, sem dúvidas, consubstanciam a formulação conceitual do chamado *interesse público digno de supremacia e centralidade no ordenamento jurídico,* viva na mente de qualquer administrativa brasileiro – desconsiderando quem possa, eventualmente, sustentar que interesses públicos são interesses exclusivamente estatais e que, desta forma, em nada dizem respeito aos seres humanos; colocação esta que, salvo engano, pareceria refutar a própria razão do direito.[214]

Seguramente o exercício da supremacia do interesse público, num verdadeiro Estado democrático de direito[215], não tem como escopo ou como consequência a supressão das garantias individuais. Muito ao contrário, milita em favor da realização e afirmação do princípio da dignidade humana[216]. Por certo, ambos

---

[213] FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 445.

[214] FERRO, Murilo Ruiz. Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014, p. 145.

[215] A expressão "Estado democrático de direito" pode soar pleonástica para alguns autores que argumentam que não existe um "Estado democrático" que não seja "de direito". Sem embargo a este posicionamento, adoto aqui a expressão desta forma justamente porque ela evidencia (enfatiza) duas ideias caras à lógica deste trabalho. Nas palavras de Moreira Neto: [...] tem-se que a qualificação de *Estado Democrático de Direito*, contém uma dupla remissão: *à legalidade* (indicada na expressão "de Direito") e *à legitimidade* (contida na voz "Democrático") *In:* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

[216] MELLO, Shirlei. Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017,

os valores devem coexistir, numa relação em que: "A realização de um importa na realização do outro".[217]

Ocorre que a própria natureza do homem requer que o Estado detenha poderes para limitar seus direitos sob pena de serem exercidos de modo egocêntrico e até predatório. Por mais difícil que seja para alguns aceitar, se o Estado não gozar de certa prevalência em suas ações, certamente ninguém, de livre e espontânea vontade, cederia de seus desejos, bens ou direitos em favor do bem comum.

Por óbvio, desprovido de seus poderes, incluindo a supremacia sobre o particular no exercício do interesse público, o Estado não teria como socorrer quem dele realmente precisa e implementar a tão almejada justiça social.[218] Bem por isto, o administrador não pode prescindir desta supremacia.[219] Muito pelo contrário, ao abdicar dos atributos ligados à imposição da supremacia do interesse público (imperatividade, exigibilidade, presunção de legitimidade, autoexecutoriedade) previstos legalmente, o Estado estaria abandonando os cidadãos mais necessitados à própria sorte, contribuindo para a produção de uma desorganização total da sociedade que poderia culminar no caos, na anarquia.[220]

A supressão deste princípio, portanto, não constitui qualquer ação ou pensamento de vanguarda. Muito pelo contrário, a eliminação deste princípio basilar representaria um retrocesso, na medida em que resgataria conceitos de um liberalismo retrógado e nocivo ao cidadão com menos recursos[221], premiando o que Habermas classificava como a "pretensão do mercado de se ver livre do poder."[222]

---

p. 3.

[217] SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005. p. 227.

[218] Neste sentido: MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 233.

[219] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 131.

[220] BORGES, Alice Gonzalez**.** Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234> Acesso em 11/10/2016, p. 2.

[221] Neste sentido: [221] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 101.

[222] HABERMAS, Jürgen**.** A Crise de Legitimidade no Capitalismo Tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1999, p. 44.

É fato que nossa Constituição é pluralista, mas tal assertiva não induz, como pretendem alguns[223], à conclusão de que os interesses coletivos não se sobreponham aprioristicamente aos individuais, pelo simples fato de que o pluralismo constitucional é garantido pelo próprio Estado quando exerce, legitimado, seu papel de regulador e implementador do equilíbrio social.

De uma forma geral, os poderes da Administração, suas prerrogativas e privilégios, não tem outra finalidade que não seja a busca pela satisfação do interesse público e, por certo, para alcançar esta finalidade, precisa a Administração colocar-se em posição de supremacia sobre o particular.[224] Não se pode olvidar que, ao agir no sentido de estabelecer o bem comum, que é o interesse público por excelência, o Estado não age por vontade própria, como se fosse um particular, mas executa sua função primordial, o dever para o qual foi constituído. Trata-se, assim, de um poder-dever que o Estado exerce para alcançar uma finalidade imposta, que não pode ser outra que não seja a satisfação da vontade coletiva. [225]

Não se trata, portanto, de elevar a figura do Estado a um patamar superior ao do particular como uma finalidade em si. Na verdade, o regime jurídico democrático enleva o interesse público exercido de modo legítimo pelo Estado à condição de proeminência, a fim de que se possa satisfazer ao bem comum.

Neste sentido, ao abordar o regime de prerrogativas da Administração sob o ponto de vista dos contratos, Fernando Dias Menezes, mesmo se posicionando no sentido de que estas não seriam capazes de garantir o atendimento ao interesse público, após ponderar que nosso regime jurídico acolhe as cláusulas exorbitantes[226], conclui que tais cláusulas "[...] não decorrem de um poder específico da Administração, em si superiores aos dos indivíduos, <u>mas sim da necessidade de que a Administração adequadamente desempenhe sua função social.</u>"[227] (g.n.) Este é o ponto. O princípio da supremacia do interesse público se mostra necessário não porque em geral é exercido pelo Estado, mas porque é imprescindível para a busca do bem comum,

---

[223] V.g. BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86.

[224] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 244.

[225] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 58/61.

[226] Vale deixar registrado que o mencionado autor no texto a seguir referenciado pugna pela mitigação gradual até a abolição das cláusulas exorbitantes nos contratos.

[227] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 332.

para que o Estado possa desempenhar suas funções sociais de modo eficaz e democrático.

A supremacia do interesse público é tão cara à estrutura da Administração Pública que outros princípios consagrados são verdadeira expressão de sua essência e servem de sustentáculo àquele ao mesmo tempo em que se sustentam nele, num sistema que se auto informa, num processo de esclarecimento recíproco. É o caso dos princípios da continuidade do serviço público, da mutabilidade dos contratos, da executoriedade das decisões administrativas, da autotutela, entre outros.[228]

A Constituição de 1988 prevê numerosos institutos decorrentes do princípio da supremacia do interesse público, tais como: o da função social da propriedade (art. 5º); o poder de desapropriação (arts. 182 e 184); o da requisição da propriedade particular em caso de perigo público iminente (art. 5º, XXV), entre outros.

Também, não se pode olvidar que, do ponto de vista infraconstitucional, a lei que regulamenta o processo administrativo em âmbito federal (Lei nº 9784/99) prevê, taxativamente, que o interesse público deve ser levado em conta nas decisões da Administração Pública, sendo certo que Di Pietro adverte que deste princípio decorrem, por exemplo, o da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o particular.[229]

A superioridade do interesse público também informa os instrumentos de contenção contra o desvio de poder ou desvio de finalidade, pois, estando em posição de proeminência, a não observância do interesse público pode dar causa à anulação de atos praticados com os vícios apontados. Osório lembra que: "De longa data, o Conselho de Estado Francês entende que os atos administrativos estranhos ao interesse público constituem a mais grave modalidade de desvio de poder, conforme registrado em comentário à decisão de 26 de novembro de 1875 (PARISET, Rec. 934)".[230]

---

[228] Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159.

[229] Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 242.

[230] OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr/junh. 2000 (reed. mar. 2015). ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222. Acesso em: 15 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527, p. 94.

A despeito desta contundente indispensabilidade do princípio da supremacia do interesse público, há quem afirme que o regime jurídico de Direito Administrativo deveria estar sustentado somente no "princípio da tutela do interesse público, este sim, um princípio constitucional implícito, relativo e ponderável".[231]*(g.n.)* A questão é: como se poderia dar efetividade ao "princípio da tutela do interesse público" sem que o Estado pudesse exercer esta tutela com predominância sobre os interesses particulares?

A verdade é que, mesmo que indesejado, o poder exercido pelo Estado, desde que limitado ao estritamente necessário, é inevitável. Conforme ministra Di Pietro[232], mesmo com os avanços registrados no Direito Administrativo, o binômio "autoridade/liberdade" continua presente, sendo certo que não se pode afastar as prerrogativas da Administração "simplesmente porque não há como igualar o cidadão com os entes que personificam o poder do Estado".

Neste sentido, Paulo Roberto Ferreira Motta conclui, taxativamente, em trabalho específico sobre o tema que:

> Chego, aqui, onde queria desde o início do trabalho, qual seja, a colocação fulcral de que somente a supremacia do interesse público (amálgama entre a liberdade e a menor desigualdade possível, assim como a legalidade e a legitimidade) é capaz de ajustar prerrogativas para a verdadeira garantia dos direitos fundamentais, ou como disse De la Morena, as *garantias autenticamente prodigiosas*....[233]

Certamente, é tomado deste entendimento que Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após lembrar que "os direitos fundamentais não são absolutos", ensina que as limitações destes direitos (fundamentais) apresentam "um caráter coordenativo, antes que restritivo"[234], consignando que, quando o Estado limita

---

[231] SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005, p.242.

[232] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "O Direito Administrativo". *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Martins Jr., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

[233] MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 231.

[234] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 95/95.

direitos (portanto, fazendo prevalecer seu poder), o faz estritamente para preservação do direito de todos.

IV – DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

IV.1- Democracia participativa e legitimação do interesse público.

Como sabemos, no transcorrer do período do "Estado Moderno"[235] operou-se uma verdadeira migração do Estado absoluto, com a crise do feudalismo, para o Estado Constitucional, que entre outras nuances, foi produzindo, paulatinamente, um ambiente adequado ao exercício da democracia e da plena cidadania. Conforme ensina Friederich Müller:

> O termo "democracia" não deriva apenas etimologicamente de "povo". Estados democráticos chamam-se governos "do povo" ["Volks" herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria "governando" ["herrscht"][236]

Atento a este conceito de democracia (em que o povo governa), o Estado constitucional evoluiu de um modelo baseado estritamente no "governo das leis e não dos homens", onde o que valiam eram os Códigos e as Leis, passando, segundo Paulo Bonavides, por três fases distintas até chegarmos no que convencionou-se chamar de pós-modernidade:

> A primeira é o Estado constitucional da separação dos Poderes (Estado Liberal), a segunda, o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira, o Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo). [237]

Sendo, este último, o ambiente constitucional para o qual pretensamente estamos convergindo[238], num contexto onde o cidadão não pode mais ser

---

[235] Tradicionalmente o Estado Moderno ou Idade Moderna é tido como o período compreendido entre a segunda metade do século XV, (alguns apontam especificamente a data de 29 de maio de 1453 quando ocorreu a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos), e a deflagração da Revolução Francesa, em 14 de julho de 1789, que marca o início à Idade Contemporânea.

[236] MÜLLER, Friedrich**.** Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia. Trad.: Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.39.

[237] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 47.

[238] Nem todos comungam deste objetivo, é claro. Existem muitas outras correntes de pensamento e ideologias concorrentes, diferentes da que comungamos, sendo este tão somente o corte metodológico que adotamos acreditando ser este o mote de nossa atual Constituição.

visto como simples súdito[239], nos interessa saber de que forma o princípio da supremacia do interesse público pode ser interpretado e aplicado, testando sua higidez diante destes avanços noticiados.

Esta almejada "democracia substantiva"[240], que no entendimento de Moreira Neto tem como mote apresentar soluções para a grande diversidade dos problemas contemporâneos, propõe-se a apresentar soluções diferenciadas para os mais específicos problemas dos diversos grupos sociais, restando evidente que a efetiva apuração do interesse público e o desenvolvimento de mecanismos de concretização destes interesses devem ser sua prioridade.

Bonavides[241] aponta que é justamente o constitucionalismo social o ambiente no qual, nas relações entre indivíduo e o Estado, prepondera sempre o interesse da sociedade e o bem público, porém, o mesmo autor esclarece que em países como o nosso ("periféricos"), a democracia participativa "[...] é, em tese, extremamente importante, pois figura como a guardiã política do constitucionalismo social, o meio, por excelência, de prevenir a ruina dos direitos fundamentais da segunda geração em face da ameaça supressiva que lhe faz o neoliberalismo".[242]

Estamos, portanto, migrando para um período que muitos autores têm denominado de "pós-modernidade", que se caracteriza pela ênfase no diálogo[243], onde o poder não mais se auto justifica, e só se sobrepõe na medida em que é promovido pelo consenso legitimador. Moreira Neto chega a aludir a um "princípio da participação" [244], que decorre da própria natureza gregária do ser humano, que o induz a se integrar e a se envolver nos ciclos de decisões coletivas que dizem respeito ao seu círculo de convivência, produzindo um movimento alimentado pela tomada da consciência social que conduz a superação da democracia meramente representativa.

---

[239]MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017, p. 2.

[240] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 1.

[241] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 369.

[242] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 374.

[243] GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado. São Paulo: Manole, 2003, p. 2.

[244] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, pp. 83/84.

Neste nível de amadurecimento democrático, o consenso se sobressai como uma de suas principais características, ao mesmo tempo orientando a evolução do próprio Direito Administrativo e servindo de instrumento de superação da posição autoritária que o Estado ocupava em outras épocas.[245]

Nas palavras de Medauar:

> Rompe-se, com isso, a ideia de Administração contraposta à sociedade; muda a perspectiva do cidadão visto em contínua posição de defesa contra o poder público que age de modo autoritário e unilateral; quebra-se a tradição de interesse público oposto a interesse privado."[246]

Nesta realidade, que na verdade ainda se constrói, quem sofre os efeitos de uma política ou de uma ação do Estado tem o direito de ser chamado a participar da formulação destas ações, de ser previamente ouvido, interferindo na concepção do ato ou da decisão.[247] Isto porque, em última análise, não é o Estado titular de nenhum interesse público, uma vez que seu titular, na verdade, é o próprio cidadão[248], sendo a Administração Pública, tão somente, a executora (instrumento) do interesse público e da vontade dos cidadãos.

Esta dialética entre o necessário exercício do poder pelo Estado e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos ganha uma nova dinâmica à luz deste "neoconstitucionalismo", uma vez que nele o indivíduo surge revalorizado, atuando como protagonista, de forma que as velhas formas de participação popular, "que perderam vitalidade como mecanismo de integração social"[249], precisaram abrir espaço e passar a conviver com novos mecanismos de participação, mais efetivos, onde a problematização e a reflexão da própria sociedade produz uma noção mais madura dos

---

[245] **A**LMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 326.

[246] MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 72.

[247] SERRANO JÚNIOR. Odoné. Introdução à Contemporânea Teoria dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 23.

[248] CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse público: Verdades e Sofismas. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 80.

[249] NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma introdução. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 28.

próprios interesses[250], num fenômeno que Patrícia Baptista denominou de "teoria da participação administrativa"[251], deixando entrever a ideia e a necessidade de toda uma formulação em torno deste novo arranjo.

Nesta nova realidade, tão importante é a participação do cidadão, que Roberto Dromi chega a afirmar que o exercício da cidadania depende da existência deste "direito-dever à participação" [252], por meio da qual estes passam a ser atores decisivos da formatação, da implementação e da avaliação das políticas públicas a serem desenvolvidas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto descreve este novo contexto participativo como um "[...] poderosíssimo fator de mudança diretamente influente sobre a legitimidade das decisões políticas, denotando uma retomada da ação e da responsabilidade da sociedade na condução desses processos."[253]

No mesmo sentido David Duarte assinala que:

> Se na transição do Estado liberal para o Estado social é decisiva a modificação do leque de interesses sociais a prosseguir no intuito de satisfazer as prestações vitais, na transição do Estado social para um ainda indeterminado Estado pós-social parece que o critério de faseamento histórico irá residir nos modos de actuação administrativa e no aparecimento de formas de conformação multilateral dessa atividade.[254]

Conforme enfatiza Denílson Luís Werle: "[...] a questão que está no cerne da democracia é a da sobrevivência e do alargamento do espaço público de reflexão e de questionamento, de negociação e de deliberação política acerca dos interesses, valores e normas legítimos."[255] Afinal, a participação efetiva, igualitária e esclarecida do cidadão sobre os rumos das políticas públicas a serem implementadas é um (o primeiro) dos critérios fundamentais do processo democrático.[256] No mesmo

---

[250] Neste sentido: LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006, p. 50.

[251] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

[252] DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Tradução: Equipe Editorial Ciudad Argentina e The TR Company. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 212.

[253] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**.** Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13.

[254] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 35.

[255] WERLE, Denílson Luís. Democracia Deliberativa e os Limites da Razão Pública. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 132.

[256] Neste sentido. DAHL. Robert Alan. Trad. UnB. Sobre a Democracia. Brasília: Ed. Universidade de

sentido, Boaventura de Souza Santos afirma que: "[...] só com o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de suas prerrogativas de decisão em favor das instâncias participativas é que realmente se consubstancia a democracia participativa." [257]

Em outras palavras, o alargamento do ambiente participativo deve ser considerado um valor e um princípio desejável[258], pois é por meio deste ambiente que se deflui o verdadeiro interesse público, razão pela qual Floriano Marques Neto considera o interesse público como "um elo de mediação de interesses privados dotados de legitimidade."[259]

Fato é que o evidente processo de institucionalização e crescente deslocamento do poder ao encontro da sociedade civil obrigou o Estado a dialogar mais com o cidadão, exigindo uma maior sensibilidade e um maior esforço para implementação de seus atos, o que exigiu um exercício de legitimação racional da autoridade pública.[260] Em razão desta nova perspectiva, Dromi[261] fala em uma "república ampliada", em que o protagonismo do Estado é repartido com todos os interessados na gestão pública. Com efeito, a democratização operada na pós-modernidade deslocou o Estado de sua condição de única fonte das decisões políticas relevantes, erigindo a sociedade à condição de "novo protagonista do poder."[262]

As mazelas e o enfraquecimento da democracia representativa em uma sociedade dinâmica tornaram evidente o déficit de legitimidade da Administração tradicional, que deixou de refletir a vontade dos cidadãos, o que só pode ser revertido por meio da potencialização da participação massiva e consciente.[263]

Tal necessidade não passou ao largo do Constituinte que, ao elaborar o atual texto constitucional, elevou a participação ao nível de verdadeiro

---

Brasília, 2001, p. 49.

[257] SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa, Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2002, p. 77.

[258] SEVERI. Fabiana Cristina. *In:* Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 176.

[259] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros 2002, p. 149.

[260] Neste sentido: MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 31/33.

[261] DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Tradução: Equipe Editorial Ciudad Argentina e The TR Company. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 214.

[262] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

[263] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 159.

"[...] princípio de organização da Administração Pública, estabelecendo ou inspirando a adoção de institutos participativos pela legislação infraconstitucional."[264] Tal fato pode ser constatado, entre outros casos, nas seguintes hipóteses: a participação na gestão da seguridade social, artigos 194 e seguintes; na educação, artigo 206, inciso VI; na fixação da política agrícola, artigo 187; na proteção ao patrimônio cultural, artigo 216, §1º.

Entusiasta da democracia participativa, Bonavides chega a afirmar que ela (participação) é "A chave constitucional do futuro"[265], capaz de tornar o povo o efetivo titular do poder. Para ele, o modelo de democracia participativa é a fórmula mais adequada para concretização do constitucionalismo do século XXI.[266]

Coerente com este pensamento, Jaime Rodriguez Arana Muñoz aponta, com muita sensibilidade, que:

> Sendo, como é, o interesse público um conceito inseparável do sentido de liberdade solidária, com a ideia da incrustração da pessoa na esfera da deliberação pública, resulta muito interessante, e atinado, considerar que o interesse público, para que mereça esta denominação, seja um interesse humano e comprometido com a dignidade do ser humano e sua dimensão social.[267]

A participação popular é, pois, concebida como mecanismo viabilizador da cogestão do cidadão na Administração Pública, sendo considerada uma das vias mais relevantes para efetivação da democracia administrativa.[268] A participação apresenta-se como um elemento estruturante da ação da Administração que potencializa a eficiência de suas ações[269].

Costa Moura nos fornece um bom exemplo dos ganhos trazidos pela participação:

> Por efeito, a tendência é a participação dos cidadãos na Administração Pública que envolve a identificação do interesse

---

[264] PEREZ, Marcos Augusto. *In:* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), São Paulo: Saraiva, 2006, p. 170.

[265] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 34.

[266] BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 233.

[267] ARANA MUÑOS, Jaime Rodriguez. *in:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 34.

[268] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/280/r135-31.pdf?sequence=4 Acessado em 15/05/2017, p. 4.

[269] PEREZ, Marcos Augusto. Op. cit. p. 163.

> público de modo compartilhado com a população, associa-se ao decréscimo da discricionariedade, propicia atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e liga-se também as práticas contratuais baseada no consenso, na negociação e na conciliação de interesse.[270] (g.n.)

Isto ocorre porque, conforme ensina Dahl[271], é por meio da democracia participativa que o interesse e os direitos dos cidadãos são de fato protegidos, pois, segundo ele, só é possível controlar os desmandos de um governo por meio da participação plena nas determinações das condutas do governo e, portanto, na formação do interesse público.

Nas palavras de Floriano Marques Neto:

> Para tanto [implementação do interesse público], parece-nos que a tendência será, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, dotar a sociedade dos meios de participação plena no processo decisório e permitir que a aferição do interesse público possa ser fruto de um processo contínuo de cotejamento dos valores ou princípios que se embatem na situação concreta e no qual o Estado seja, a um só tempo, mediador de interesses sociais relevantes e colidentes, mas também exerça um papel de implementador de interesses meta-individuais hipossuficientes no jogo social.[272](g.n)

Como muito bem sacado por Schier[273], o Estado contemporâneo não pode mais ser tomado como um Midas que, apenas por querer, transforma todos os seus atos em interesse público. O fato de ser proveniente do Estado ou mesmo de grupos importantes de representação popular não transforma, por si só, ou atribui, a um interesse, a natureza de "público". No ambiente democrático-participativo é a legitimação que empresta poder ao ato da Administração. Nas palavras de Sainz Moreno: "Nestes casos, a natureza pública de uma organização não implica, por si só,

---

[270] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 160.

[271] Dahl. Roberto Alan. Sobre a Democracia. Trad. UnB. Ed. Universidade de Brasília: Brasília, 2001, p. 66.

[272] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

[273] SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005. p. 220.

que seus interesses sejam públicos, por que esta qualidade não deriva apenas da natureza dos interesses."[274]

O interesse público num ambiente de democracia participativa, portanto, deve refletir muito mais do que a vontade do Estado, deve estar impregnado pela vontade de todos que fazem parte da sociedade[275] ou, pelo menos, da vontade daqueles que serão mais atingidos pela decisão da Administração.

Conforme lembra Marques Neto: "[...] no Estado de Direito legatário da modernidade, o poder da esfera pública advém da aceitação, pelos indivíduos reunidos em sociedade, da ideia de que alguma derrogação dos seus direitos individuais é necessária para o bem coletivo."[276] Porém, este submeter-se, precisa vir respaldado por mecanismos democratizantes e pela criação de espaços deliberativos nos quais podem ser analisados e harmonizados os interesses envolvidos, não raro havendo reciprocidade no que se refere às concessões[277]. Este exercício acarreta uma potencialização da eficácia das decisões administrativas, refletindo em suas ações a legitimidade de que foi imbuído.[278]

Isto é exatamente o que Moreira Neto chama de "visão funcionalista do Direito Administrativo"[279], que se caracteriza por não se conformar em agir em busca de um resultado qualquer, mas sim, no sentido de atingir resultados legítimos e eficientes, que de fato possam ser reconhecidos como o interesse público.

Em outras palavras, a democracia participativa exige que sejam buscados mecanismos que fortaleçam o exercício da cidadania, em espaços públicos que resgatem a importância e o significado do interesse público, pois a aceitabilidade social e a formação do consenso possível acerca das soluções dos

---

[274] MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 325. (traduzimos)

[275].MARTINS JR., Wallace Paiva *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Martins Jr., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 498.

[276] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 421.

[277] Cf. MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 458.

[278] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 27.

[279] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105.

problemas são os pressupostos constitutivos do verdadeiro interesse público, a serem produzidos[280] "numa esfera pública renovada – nem estatal, nem privada: pública. *"*[281]

Sob outro enfoque, conforme adverte Dromi[282], já não se pode buscar a solução para a insuficiência do Estado em respostas que se orientem para o aumento do tamanho da máquina nos moldes tradicionais. É preciso potencializar o espaço de participação dos interessados para que haja mais dinamismo na busca de soluções aceitáveis para as demandas sociais.

Este novo ambiente aponta para uma nova espécie de exercício da cidadania na qual, como ensina Marcos Nobre:

> [...] a promoção da igualdade deve ser concomitante à promoção de um cidadão que não seja mero cliente do Estado, mas que também questione a própria lógica da ação estatal e que encontre novas formas de participação nas decisões e novas formas de promoção da igualdade.[283]

Isto porque, conforme observa Bonavides[284], não existe um efetivo ambiente constitucional de democracia participativa onde a autoridade não seja combinada com a participação popular exercitada de modo efetivo nos processos decisórios de relevo. Para ele, aliás, o baixo grau de participação popular nas decisões administrativas denota mesmo uma "farsa do sistema", fazendo transparecer um hiato entre o povo e seu governo.

Esta participação efetiva do cidadão traduz uma desejável "dimensão cívica da cidadania", onde a busca somente por direitos cede espaço para um ambiente solidário, no qual o cidadão também tem noção de suas responsabilidades para com a coletividade e entende que, para além dos seus interesses pessoais, a vida em sociedade também lhe exige sacrifícios pessoais.[285]

---

[280] PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Interesse Público: Crítica de sua Legitimidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 91. Tese (Doutorado), Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito – USP/SP, São Paulo, 2006.

[281] SHETH, D. L. *in:* Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 670.

[282] DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Tradução: Equipe Editorial Ciudad Argentina e The TR Company. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 215.

[283] NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma introdução. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 29/30.

[284] BONAVIDES, Paulo Teoria. Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 25 e 26.

[285] REIS, Fábio Wanderley. Deliberação, Interesses e "Sociedade Civil". *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências

Na democracia participativa, como ensina Moreira Neto, o diálogo entre Estado e Sociedade é permanente, fazendo com que as decisões extrapolem a simples legalidade para se tornarem legítimas, "[...] no sentido de que se apliquem ao poder estatal harmonizadamente com a percepção de valores, interesses, necessidades e aspirações do grupo nacional."[286] A participação é, portanto, elemento conformador imprescindível para a ordem democrática e para o processo de formação da decisão administrativa.[287]

Neste ambiente, o exercício do poder do Estado em detrimento do interesse do particular só se justifica se destinado a cumprir o interesse geral, "pertencente à totalidade social e a nenhum indivíduo em particular"[288], restando, como defendemos, flexibilizado, neste sentido, o princípio da supremacia do interesse público, pois, a partir desta ótica, o poder não se autojustifica e só é preponderante na medida em que se provar legítimo.

Este entendimento encontra guarida nas lições de Werle, para quem a finalidade da deliberação é, justamente, produzir decisões legítimas, "[...] que vinculem todos a partir de razões mutuamente aceitáveis. Ela transforma as preferências e possibilita a mediação dos conflitos."[289]

Cria-se, nas palavras de Cassese, uma "arena pública", expressão tomada de empréstimo da ciência política anglo-saxã e que representa: "o espaço em que se desenvolvem a atividade pública e o intercâmbio entre Estado e sociedade."[290] Neste espaço, valoriza-se uma forma de gestão "cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação"[291], tornando a necessidade do uso da supremacia uma opção e não a única via admissível para implementação do interesse público.

Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 66.

[286] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 142.

[287] Cf. CUNHA, Daniel Antônio. COSTA, João Leonardo e Batista Jr., Onofre Alves. Canais de Participação na Democracia Brasileira. *In:* MURTA, Antônio Carlos Diniz (org.). Intervenção do Estado e Autonomia Privada – Integração e Sistematização. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 92.

[288] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

[289] WERLE, Denílson Luís. Democracia Deliberativa e os Limites da Razão Pública. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34 , 2004, p. 139.

[290] CASSESE, Sabino. A Crise do Estado. Tradução: Moreira, Ilse Paschoal e ORTALE, Fernanda Landucci. Campinas, SP: Saberes Editora, 2.010, p. 90.

[291] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 218.

É preciso ressalvar que, por meio desta lógica, não se substitui o interesse público pela razoabilidade, pela proporcionalidade ou pela simples ponderação, mas se apura a precedência da autoridade que não mais se supõe (flexibiliza-se, portanto), mas decorre da legitimação. Isto porque, restando legitimado o ato, desnecessário falar-se em ponderação ou razoabilidade, salvo no caso de desvio ou abuso no momento de sua execução.

Virgílio Afonso da Silva propõe uma fórmula interessante: "Se há razões suficientes para a realização de um interesse coletivo, mesmo que isso implique em restrição de um direito individual, então o interesse coletivo deve prevalecer." [292]

Esta é a lógica que deve se sobrepor. Esta é a fórmula contemporânea do princípio da supremacia do interesse público. A obediência aos mandamentos estatais decorre da legitimidade que repousa na razão, como aponta Gabardo[293], o que traz um ganho enorme para a dinâmica do relacionamento entre Estado e cidadão, pois, quanto maior a aceitação coletiva do poder, mais colaborativa será a resposta à implementação do interesse público, pois este será reconhecido pelo particular como fruto de um interesse que ele mesmo ajudou (ou, ao menos, teve a possibilidade de ajudar) a moldar.[294] Coerente a esta lógica, Habermas já afirmava que a disposição do cidadão para conformar-se com um ato de manifestação de poder decisório estava diretamente relacionado com a expectativa de que este poder fosse exercido de acordo com "normas legítimas de ação", capazes de promover uma "generalizada disposição ao consentimento."[295]

Este fenômeno é bem captado por Medauar que, de forma muito clara, explica que a participação está baseada na identificação do interesse público de modo compartilhado com a população. Para a autora:

> Na época atual, ressaltam-se as tentativas de fazer coincidir o mais possível a realidade social e o conteúdo das decisões

---

[292] SILVA. Virgílio Afonso da. Na encruzilhada Liberdade-Autoridade – A tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 746.

[293] GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado. São Paulo: Manole, 2003, p. 47.

[294] Neste sentido: MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

[295] HABERMAS, Jürgen**.** A Crise de Legitimidade no Capitalismo Tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1999, p. 80.

> administrativas, inclusive para o efeito de obter mais facilmente a adesão dos cidadãos...[296]

Desse modo, o eventual conflito de interesses, que não pode ser totalmente afastado, quando há verdadeira participação popular na Administração, tende a ser resolvido com maior racionalidade e consensualidade, abrindo-se espaço para uma dialética que possibilita a troca de argumentos, com vistas a uma decisão mais legítima e eficiente[297], inclusive, por meio das modernas técnicas de conciliação.

Com efeito, a mística da autoridade cede espaço para mecanismos de consensualidade, através dos quais a sociedade se fortalece e legitima a intervenção estatal, que cada vez mais depende deste consenso, produzindo um ciclo virtuoso.[298] Com a utilização desta mecânica inclusiva, a velha imagem da Administração opressora e imperativa de viés horizontal cede espaço para um ambiente que valoriza a paridade, a horizontalidade e a participação de todos os interessados, lançando mão de um procedimento que viabilize tais características.[299]

Sendo a sociedade o elemento fundamental de que é composto o Estado, este não pode agir de outro modo que não seja militando na busca da descoberta e da efetivação daquilo que é caro àquela[300]- o interesse público. De fato, desde a implementação das ideias liberais, temos avançado no sentido de que o Estado possa ser dirigido pela vontade geral que, precipuamente, aponta para a proteção dos interesses individuais e jamais por sua supressão. Ocorre que não há contrassenso entre esta ideia e a supremacia do interesse público na medida em que a Administração trabalhe "como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público"[301], que deve ser o seu parâmetro, limite e inspiração.

---

[296] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 216.

[297] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 161.

[298] Neste sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 431.

[299] MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

[300] Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. x.

[301] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e

Nesta senda, a ideia de consensualidade ganha força e passa a ser o norte nas relações entre Administração e administrados.[302] Somente legitimado pela sociedade o Estado exerce a contento suas prerrogativas, num ambiente que pressupõe "uma permeabilidade ampliada da esfera governamental à participação da sociedade civil."[303] Este Estado pós-moderno não utiliza, pois, o argumento da força como primeiro recurso, ainda que tenha base legal para tanto. Ele busca, em primeiro lugar, os meios de legitimação pela participação popular, procurando compreender as nuances do interesse público identificável em cada situação[304], ainda nos procedimentos preliminares da formação do ato ou da política pública.

Neste desenho institucional, "a chave constitucional do futuro"[305] está representada, portanto, pela efetiva participação do cidadão na governança, por meio da ação de um povo-cidadão, que exercita a titularidade do poder de forma decisiva. Com efeito, esta "participação significa não só intervir num processo de decisão, mas também fazê-lo na qualidade específica de quem introduz ou incorpora novos interesses no âmbito da estrutura decisória estabelecida."[306]

A efetivação desta participação, com efeito, somente pode ser viabilizada por meio de mecanismos dialógicos, ou seja, por meio de um procedimento que propicie ao cidadão a possibilidade real de opinar e ser visto como partícipe da ação do Estado, promovendo-o da condição de súdito à posição de cidadão.[307]

Nas palavras de Araújo Lima[308], tendo a Constituição consagrado a centralidade dos direitos fundamentais, também impôs, ao Estado, o "ônus da argumentação", ou seja, a tarefa de comprovar que age realmente legitimado pela

---

Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 171.

[302] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 20.

[303] CUNHA, Daniel Antônio. COSTA, João Leonardo e Batista Jr., Onofre Alves. Canais de Participação na Democracia Brasileira. *In:* MURTA, Antônio Carlos Diniz (org.). Intervenção do Estado e Autonomia Privada – Integração e Sistematização. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 93.

[304] FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, pp. 447/448.

[305] BONAVIDES, Paulo, Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 34.

[306] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 110.

[307] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 128.

[308] LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 141.

vontade/necessidade adequadamente apurados no meio social. Não tem mais lugar a imposição de qualquer ação do Estado pela força, pois este tipo de "prerrogativa" não se coaduna mais com o contexto pós-moderno de ambiente institucional.[309] Neste sentido, vale a transcrição das palavras de Marcelo Figueiredo, que assim pondera:

> O interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser interesse majoritário.[310]

E, vale insistir, este "interesse majoritário" não pode mais ser apurado exclusivamente por meio de mecanismos tradicionais inerentes à democracia representativa. Isto porque, o sistema de representação político-institucional (tradicional) está evidentemente desgastado e em crise de legitimidade "que se expressa na abstenção eleitoral, na apatia e não participação político-social, bem como nos baixos índices de filiação partidária."[311]

Conforme observa Patrícia Baptista:

> A insuficiência dos mecanismos de representação política já não mais admite a persistência de uma crença inabalada na lei como corporificação da vontade geral. Sendo assim, é possível, do ponto de vista da legitimidade, que uma decisão administrativa tomada após um amplo procedimento participativo possa espelhar mais fielmente os interesses da sociedade do que a escolha prévia efetuada pelo legislador, através dos meios de representação político-partidária.[312]

É justamente por isso que a efetiva participação se tornou uma das chaves para a correção de rumos do Estado Social. O Estado Democrático de Direito de cunho participativo deve estar estruturado como um "Estado de legitimidade justa, que dá origem a uma sociedade em que a experiência democrática se desenvolva por meio de processos que garantam a influência dos cidadãos nos processos decisórios de relevância."[313] Em outras palavras, esta nova concepção de Estado exige uma

---

[309] GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado. São Paulo: Manole, 2003, p. 49.

[310] FIGUEIREDO, Marcelo. Breve Síntese da polêmica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia: tese consistente ou devaneios doutrinários. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 412.

[311] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 32.

[312] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 160.

[313] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

organização que viabilize um ambiente seguro, com normas claras que incentivem a participação e os limites da atuação do cidadão.[314]

Deste modo, tudo aponta para a conclusão que um ambiente de consensualidade tem o mérito de diminuir a resistência da sociedade ao cumprimento das normas e comandos administrativos.[315] Com efeito, a participação da sociedade torna mais palatável a ação de força do Estado, pois tal medida é entendida como necessária, tendo sido insculpida pela legitimação promovida pela consensualidade.

Nesse sentido, Roberto Dromi ministra que:

> A função de todos os mecanismos de participação administrativa funcional, além de possibilitar a participação efetiva dos administrados, é criar uma consciência de responsabilidade e compromisso em relação aos problemas que afligem a comunidade, produzindo no administrado a consciência da necessidade de sua intervenção na formação da vontade administrativa.[316]

É perceptível, portanto, que a participação social ativa assegura a sustentabilidade do almejado bem-estar social[317], que, como vimos, é um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso IV, da CF), no qual está embasado o princípio da supremacia do interesse público.[318]

Neste cenário, o interesse público é impregnado pela vontade legitimante do cidadão, onde o universal e o particular, ao invés de se chocarem, são chamados a se completar[319], num movimento em que a prevalência do interesse público é também a manifestação da vontade do particular e tem como objetivo a implementação do bem-estar social, mesmo que, pontualmente, com algum prejuízo pessoal, num ambiente que pode conduzir até a um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas pela Administração.[320]

---

[314] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 38.

[315] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 31.

[316] DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Tradução: Equipe Editorial Ciudad Argentina e The TR Company. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007, p. 217.

[317] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 54.

[318] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 120/121.

[319] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 36.

[320] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos

Reside aí a chave para a prevalência do interesse público no atual contexto constitucional e social. "Ou seja, o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido à sua submissão à vontade do povo)."[321] Nisto repousa a verdadeira mudança e evolução no entendimento do princípio da supremacia do interesse público. Não em que tenha sido superado ou afastado como princípio, mas no fato de que se transformou e se flexibilizou na medida em que incorporou novos valores inerentes à democracia participativa, habilitando-se como instrumento hábil e necessário à consecução dos valores sociais e da real vontade cidadã. O princípio da supremacia do interesse público, na verdade, se reforça na medida em que o Estado pós-moderno abandona o monopólio da imperatividade para agir cada vez mais legitimado pela consensualidade, prescindindo, progressivamente, do uso da coerção.[322]

É necessário, porém, ter em mente que o tipo de participação necessária ao bom funcionamento da democracia e da correta aferição do interesse público precisa ser qualificado. Para tornar eficaz a participação, a sociedade precisa passar por uma aprendizagem institucional que a habilite e a estimule a fazer parte das decisões relevantes do Estado, num movimento que Moreira Neto denominou de "ascensão da cidadania proativa"[323], através da qual os indivíduos deixam de ser meros demandantes de serviços públicos para se tornarem efetivamente cidadãos.

Conforme anota Justino de Oliveira, o indivíduo, neste contexto, comporta-se proativamente e age de modo diferenciado. O autor descreve, assim, este tipo de indivíduo:

> É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que

---

de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 143.

[321] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 193.

[322] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 118.

[323] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 69.

> almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como seu principal colaborador.[324]

Infelizmente, estamos longe desta realidade. Na verdade, conforme muito bem percebido por Rogério Gesta Leal[325], a sociedade contemporânea desenvolveu certa apatia política que se traduz em uma compreensão incorreta sobre os interesses públicos e seu compromisso para com a administração destes interesses, apatia esta que tem resultado em uma indevida dicotomia entre o público e o privado, como se a vontade da Administração estivesse sempre em contrariedade com a do indivíduo ou mesmo com a da coletividade.

Para Di Pietro[326], que também há muito detectou este despreparo e desinteresse da população pela participação efetiva - por estar mais preocupada com sua subsistência no dia a dia - outro problema é que os instrumentos de participação previstos na Constituição têm caráter programático, não tendo sido devidamente regulamentados até hoje.

É, portanto, preciso reverter esta situação criando fórmulas incentivadoras e facilitadoras da participação, promovendo o aprimoramento da cidadania e da civilidade, convencendo e estimulando o cidadão a deixar a mentalidade de "público usuário." [327]

Fabiana Cristina Severi, por exemplo, elenca uma série de dispositivos constitucionais que se destinam justamente a promover a participação a qual nos referimos. Segundo a autora:

> São vários os exemplos de dispositivos constitucionais que ensejam a criação de IPs[328]: a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII); a gestão democrática e descentralizada da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III); a participação da população, por meio de organizações representativas na formação das políticas e no controle das ações da Assistência Social (art. 204, II), a colaboração da sociedade na promoção e

---

[324] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 166.

[325] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14.

[326] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, nº 191, p 26-39 – janeiro a março de 1993, p. 38.

[327] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**.** Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34.

[328] IPs, para a autora, são "Instituições Participativas".

> incentivo da educação (art. 205) e, fundamentalmente, na gestão democrática da educação (art. 206, VI); a colaboração da comunidade para a proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º); a participação das entidades não governamentais nos programas de assistência integral à saúde das crianças e adolescentes (art. 227, §1º); a participação da sociedade no amparo às pessoas idosas (art. 230); e a participação dos usuários na administração direta e indireta em se tratando de prestação de serviços à comunidade (art. 37, §3º).[329]

Por fim, não se pode deixar de anotar que mesmo os mecanismos constitucionais "tradicionais" de consulta e deliberação popular já existentes têm sido muito pouco utilizados. Apenas a título de exemplo, podemos indicar que o Referendo foi utilizado apenas uma vez, em 2005, para deliberação sobre a proibição do comércio de armas de fogo e munições. O plesbicito também foi utilizado apenas uma vez, em 1993, consultando a população a respeito da forma e do sistema de governo.

Os projetos de lei de iniciativa popular também são raros. Podemos citar aqui o que deu origem à Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8930/94 - PL nº 4146/1993); o de Combate à Corrupção Eleitoral (Lei nº 9840/99 - PL nº 1517/1999, que colheu 1.039.175 assinaturas[330]); a Lei de Moradias Populares (Lei nº 11.124/05 - PL nº 2710/1992); a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/10 – PL nº 58/2010) e, mais recentemente, o PL nº 4850/16, que diz respeito ao combate à corrupção, que, aliás, foi totalmente desfigurado pela Câmara dos Deputados. Não creio que existam muitos outros exemplos.

É oportuno frisar, também, que muitas vezes a democracia participativa tem sido desvirtuada, tanto por grupos que já dominam as modernas mídias, como pela "invasão" dos agentes da política tradicional nos ambientes e nos mecanismos de promoção de consulta e consensualidade. Como muito bem percebido e resumido por Gesta Leal:

> O que ocorre com estes mecanismos de abertura e desconcentração dos poderes instituídos é que, muitas vezes, são verdadeiramente cooptados pelas falácias e artimanhas de velhas instituições que ainda resistem à distribuição do poder, a despeito de suas falências diante das demandas agregadas e

---

[329] SEVERI. Fabiana Cristina. *In:* Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (Orgs.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 174.

[330] Segundo o site do "Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral" - http://www.mcce.org.br/leis/lei-984099-lei-contra-a-compra-de-votos - acesso em 30/03/2017.

> reprimidas. Ou seja, são tomados de assalto por comportamentos e condutas corporativas e, mesmo, agentes de parcela da comunidade já encastelados nas estruturas vestais do Leviatã Moderno, fazendo deles mais um canal de veiculação dos seus interesses do que dos interesses comunitários.[331]

É notório, pois, que a participação do cidadão ainda é insuficiente, mesmo nas poucas oportunidades já existentes, o que acaba permitindo que pequenos grupos de pressão, melhor organizados, acabem exercendo influência sobre as autoridades para que decidam em certo sentido, subordinando o interesse público a fins particulares.[332]

Por isso, não basta que haja previsão legal ou mesmo a instalação de espaços de deliberação e manifestação da cidadania se não houver o devido cuidado com a garantia da efetiva e qualificada participação.

A solução para tais problemas não é outro senão a educação e a procedimentalização (por meio de uma previsão legal adequada) das atividades participativas. São oportunas as palavras de Robert Dahl, ao ponderar que é natural que os cidadãos cometam erros (ou sejam induzidos a eles). Para o autor:

> Eles [cidadãos] podem errar e realmente erram. É justamente por isto que os defensores da democracia sempre dão lugar privilegiado à educação – e a educação cívica não exige apenas a escola formal, mas também a discussão pública, a deliberação, o debate, a controvérsia, a pronta disponibilidade de informação confiável e outras instituições de uma sociedade livre.[333]

IV.2 - Direitos e garantias individuais x interesse privado.

Conforme já pudemos discorrer, não paira qualquer dúvida sobre o fato de que a lógica constitucional vigente elevou os direitos e garantias individuais ao patamar de proteção máxima. Paulo Bonavides, por exemplo, leciona que: “a elevação dos direitos fundamentais ao grau da normatividade principiológica os

---

[331] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55.

[332] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 146.

[333] Dahl. Roberto Alan. Sobre a Democracia. Trad. UnB. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 93.

situa, doravante, na mesma esfera dos princípios que regem a Constituição, da qual são em certa maneira a substância mesma, a essência, o tecido."[334]

No mesmo sentido, Barroso aponta que:

> Por fim, merece destaque em todas as relações públicas e privadas o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), que se tornou o centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais.[335]

Sem destoar, Marques Neto declara que: "A razão de ser do poder público só pode residir no respeito e na consagração dos direitos fundamentais dos indivíduos."[336]

Ocorre que tal proteção constitucional, que é indiscutível, não produz, como pensam alguns, o efeito de excluir do cenário jurídico a aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Conforme vimos, acompanhando a evolução do Direito e adequando-se ao Estado Democrático e participativo, a supremacia do interesse público passa a ter como fundamento a legitimação que, captada por mecanismos adequados, qualifica a ação da Administração mesmo quando necessário o uso do poder.

Esta nova roupagem do próprio Direito Administrativo na verdade coaduna-se, perfeitamente, com a noção contemporânea da dignidade da pessoa humana, que extrapola o espectro individualista para assumir uma dupla dimensão, onde, por um lado, serve de limite para o Poder Público, mas, de outro, também limita o interesse particular predatório e nocivo à sociedade, que viola as garantias individuais do próximo e o bem-estar coletivo[337], que também é objetivo fundamental da República. É, portanto, a própria dignidade da pessoa humana, como expressão da solidariedade, o núcleo substancial do interesse público, de onde deriva o dever de ação do Estado com

---

[334] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 57.

[335] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.6 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 375.

[336] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 421.

[337] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 129.

as prerrogativas e prevalência sobre os interesses que sejam exclusivamente particulares.[338]

Tal pensamento está em sintonia com o ensinamento de Bonavides, para quem:

> Toda a problemática do poder, toda porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados. Demais disso, nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana. [339] (g.n.)

Assim, paralelamente à questão da legitimação dos atos do Estado, que é cara à nossa pesquisa, é preciso interpretar, de forma clara, como se colocam, nesta dialética, os diretos fundamentais, as garantias individuais e os interesses privados que, como veremos, nem sempre estão sob a proteção máxima da Constituição, ou por estarem adstritos à esfera egoística do indivíduo ou até por se situarem à margem da legalidade.

Isto porque, por certo, não podemos nos permitir voltar no tempo e simplesmente aceitar a reedição da ideia Kantiana, segundo a qual "cada homem é um fim em si mesmo", pensamento que embalou o liberalismo puro, com as consequências que já conhecemos à exaustão.

Esta nova visão da sociedade, embalada por um constitucionalismo democrático e participativo, tem como escopo, na verdade, uma sociedade que não tem um foco restrito no indivíduo, mas apresenta-se com um viés fortemente pluralista, dando ensejo, como lembra Patrícia Baptista[340], à emanação de decisões advindas de grandes organizações sociais e associações que desempenham o importante papel de catalisar as necessidades e preocupações de seus membros. Assim,

---

[338] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 106/107.

[339] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 233.

[340] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 122.

como reforça Ugarte: "quanto mais alto é o grau de consenso que respalda uma decisão, maiores são as possibilidades de que esta seja moralmente adequada."[341]

Na verdade, a necessária intervenção do Estado no desempenho de suas funções, também previstas constitucionalmente, quando efetivada com base em elementos condizentes com o Estado Democrático, isto é, legitimada, preserva os direitos e garantias individuais no plano mais elevado, ou seja, aquele que leva em conta o indivíduo na condição de cidadão integrado à comunidade de que faz parte x e não como uma unidade autônoma.

Conforme leciona Nohara:

> Assim, o intervencionismo estatal que restringe o espaço da autonomia da vontade, adequando-a também à proteção dos demais integrantes da sociedade, repercutiu na visão de eficácia dos direitos fundamentais, que devem ser respeitados também no âmbito das relações entre particulares e não só nas relações entre Estado e cidadãos.[342]

Com efeito, há uma forte relação entre participação e imparcialidade, na medida em que, preferencialmente, o cidadão influa e seja visto como integrante da sociedade ou de um determinado grupo social. É preciso que seja assim para que, ao influir na decisão a ser adotada pela Administração, não esteja o particular simplesmente advogando em causa própria.[343] Este exercício do interesse pessoal é lícito e importante, mas não deve ser confundido com a motivação que deve inspirar o cidadão no processo democrático participativo.

Esta é exatamente a visão de Jaime Rodriguez Arana Muñoz, que enfatiza:

> Insisto, o interesse público se refere ao conjunto, a todos e a cada um dos cidadãos. É dizer, estamos diante de um conceito cardial, central, capital que hoje, no Estado Social e Democrático de Direito, como analisaremos nestas linhas, está fortemente relacionado com a tarefa de garantir e assegurar os direitos dos cidadãos.[344]

---

[341] UGARTE, Pedro Salazar. Que Participação para qual democracia? *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 98.

[342] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 129.

[343] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

[344] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel

A discussão sobre os limites da atuação do Poder Público e sobre a supremacia do interesse público, portanto, passa necessariamente pelo escrutínio da exata noção do tratamento dispensado pela Constituição ao papel do Estado, mas também, em especial, pelo entendimento do que representam os direitos e garantias individuais no Estado Democrático, que nem sempre coincidem com a noção de interesses particulares (egoísticos, digamos assim).

Recorrendo mais uma vez à lição de Patrícia Baptista, podemos depreender que:

> Porém, não é do ponto de vista individual, como meio de defesa de direitos ou interesses particulares, que a participação administrativa tem a sua maior expressão. Na nova Administração Pública, a missão mais importante da participação administrativa é viabilizar o exercício da cidadania coletiva, do *status activae civitatis*, para a defesa dos interesses comuns, coletivos ou difusos."[345]

Há, portanto, uma sutil, mas relevante, diferença entre garantias individuais e interesses privados que precisa ser bem sopesada quando este valor é utilizado como fundamento de proteção contra a ação da Administração.

Muitos autores, como vimos, têm registrado a forma pendular como tem se movimentado o entendimento sobre o papel da Administração. Desde a Revolução Francesa, com a implantação do Estado Liberal, até o Estado Democrático de Direito, temos experimentado avanços e retrocessos no entendimento sobre o papel que se pretende do Estado/Governo, variando, tal noção, especialmente ao sabor dos interesses econômicos e das correntes ideológicas que vão ganhando e perdendo força, sucedendo-se no poder. Se por um lado é fato que o direito administrativo surgiu impregnado de um certo caráter autoritário, pois ligado à figura e aos interesses do monarca (no caso específico da França), também é notório que paulatinamente foi ele assumindo um caráter mais garantista, na medida em que o Estado Liberal de fato foi se estabelecendo.

Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 35.

[345] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132.

No primeiro momento, em um ambiente que Di Pietro lembra ter sido denominado de *justice rétenue*[346], a supremacia do Estado sobre o particular representava verdadeiramente a supremacia dos interesses do rei sobre os súditos, num contexto em que o Judiciário não podia senão opinar. Somente a partir do momento em que as decisões judiciais se tornaram cogentes (*justice déléguée)* é que esta supremacia (da vontade do rei que se tomava como a vontade do Estado) pôde ser contestada e paulatinamente limitada.

Com o fortalecimento do Estado Liberal, o ambiente se inverteu, dando origem a um cenário em que a intervenção desejada do Estado passou a ser a mínima possível. Neste novo ambiente, com o surgimento de um forte controle e limitação dos poderes do Estado, o direito administrativo tomou contornos mais adequados do que no período antecedente, passando a estruturar-se de modo a possibilitar a atuação da Administração com a necessária (mas restrita) autoridade, somente quando e no limite do entendido como necessário, e ao mesmo tempo assegurando o exercício das garantias individuais.

Era o ápice do individualismo que encontrou, neste período, a condição perfeita para se desenvolver. A vontade individual era o norte e a própria fonte da soberania. Neste período, segundo a teoria contratualista, não se fazia distinção entre o interesse geral e o interesse individual. O Estado justificava sua existência na satisfação da vontade comum, que não era outra senão a expressão das vontades particulares. [347]

O destaque era para o "eu comum", em que, segundo o Contrato Social de Rosseau, o corpo coletivo coincidia "os muitos com o único" e a relação do sujeito com o soberano era regida pela convicção de que "o corpo não pode causar dano aos seus membros."[348] Este era o retrato daquela época.

Ocorre que tal contexto acabou, como sabemos, por gerar profundas injustiças, agravando as desigualdades sociais. Como relembra Di Pietro:

---

[346] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p 12.

[347] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 236.

[348] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 166.

"Com as teses individualistas, a liberdade de uns acabou por gerar a opressão de outros."[349]

Tanto assim que Garrido Falla registrou, em sua obra, que os próprios indivíduos passaram a reivindicar uma atuação mais efetiva do Estado, inclusive, na criação de um ambiente mais propício ao desenvolvimento individual dos cidadãos e ao estabelecimento de uma justiça social.[350]

Num novo movimento, causado, em especial, pela forte reação à desigualdade gerada pelo liberalismo puro e pelo individualismo radical que provocou grave desequilíbrio social[351], a sociedade passou a cobrar do Estado um papel mais efetivo, reconhecendo nele a figura capaz de equacionar e limitar o excesso praticado pelos mais poderosos, em detrimento dos que ficaram às margens do sistema, surgindo o que se convencionou chamar de Estado Social de Direito, que trouxe consigo uma nova ótica, segundo a qual, para poder atender os anseios sociais, o Estado poderia agir com maior poder, com prerrogativas que deslocaram o indivíduo da condição de protagonista no exercício de direitos e erigiu o Estado, não ao status de ator principal, mas de instrumento, para poder atender às demandas sociais, razão pela qual passou a agir com supremacia sobre os interesses individuais, porém, uma supremacia a serviço do cidadão enquanto inserido no contexto da sociedade.

Arana Muños, ao registrar esta transição aponta, de forma indelével, que:

> Sem embargo, a passagem do Estado Liberal de Direito ao Estado social e democrático de Direito trouxe consigo uma nova dimensão do papel e funcionalidade dos direitos da pessoa. Nova orientação que encontra seu apoio na superação da clássica separação entre Estado e sociedade. Com efeito, já não são os direitos fundamentais da pessoa uma barreira a ação dos Poderes públicos. Em vez disso, se configuram como "um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos."[352] (g.n.)

---

[349] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 238.

[350] FALLA, Fernando Garrido. Las trasnformaciones del régimen administrativo. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. P. 44.

[351] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 97.

[352] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 54. (traduzimos)

Desta precisa lição, podemos depreender que os direitos e garantias individuais de fato tem relevância indiscutível, mas não podem servir de embasamento para o esvaziamento dos poderes do Estado ou como pretexto para o afastamento do princípio da supremacia do interesse público, pois, tais poderes, ao serem exercidos dentro dos parâmetros constitucionais, tem como fim último, justamente, garantir o funcionamento equânime da sociedade e, em última instância, as próprias garantias individuais de todos. Ou seja, ao sobrepor o interesse público sobre o interesse individual, o Estado age, neste ambiente, orientado exatamente pelos limites das garantias individuais que são suas balizas. Porém, estas funcionam como norte e não como barreira proibitiva.

Interessa para a sociedade que o direito individual seja preservado e garantido na medida em que seu exercício também corresponda a um benefício ao bom funcionamento de todo corpo social, em especial, no contexto da coletividade em que está inserido o cidadão que se ressente da ação do Estado.

Assim, quando a Constituição preserva o direito de propriedade, preserva o direito de propriedade de todos os membros desta, mas qualquer membro pode ser chamado a ceder seu direito em favor do grupo social que, por meio do Estado, geralmente, faz sobrepor o seu interesse impessoal e legítimo quando necessário. Quando garante o livre exercício de uma profissão, o faz de modo a garantir a todos e a cada um este desiderato, porém, porque deve prevalecer o interesse público, o Estado pode limitar este direito, impondo condições e parâmetros ao seu exercício. É livre o direito de ir e vir, mas em situações em que o interesse público exige, até mesmo este direito básico pode ser limitado, preponderando o interesse geral devidamente justificado e dentro do estritamente necessário à garantia da ordem pública, por exemplo.

Conforme adverte Bacellar Filho:

> O que não se pode é empreender uma visão cega e apoucada da acepção jurídica de "interesse público", sob pena de se cometer graves equívocos quanto à sua compreensão, e inferir que, em determinados casos, é o interesse privado que irá prevalecer, quando na realidade é o próprio interesse o que está a preponderar.[353]

---

[353] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 112.

No atual contexto, "o interesse público perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos"[354], demonstrando verdadeira preocupação com a situação de todos e não apenas se orientando por garantir os privilégios individuais dos mais favorecidos. A tônica não está mais na liberdade e autonomia individual frente ao Estado, mas na garantia do indivíduo como ator social, sem que este, evidentemente, abra mão de sua individualidade. Nas palavras de Arana Muñoz[355]: "O Estado deve, em primeiro lugar, fomentar o pleno desenvolvimento pessoal dos cidadãos em um contexto solidário" (g.n.) ou no que o autor chama de "exercício de liberdade solidária".

Diante do dilema representado pela necessidade de legitimar o Estado a usar a força e ao mesmo tempo proteger o indivíduo daquele mesmo poder, a sociedade burguesa viu surgir a Constituição como solução para o imbróglio, uma vez que esta (Constituição) estabelece uma verdadeira "regulação jurídica do poder estatal"[356], limitando-o, por certo, mas equilibrando as forças desta equação.

Com o passar do tempo, a preocupação com o bem comum, com o interesse público, passou a tomar o lugar do individualismo exacerbado, impulsionando o surgimento de uma normatização que passou a impor, à Administração Pública, uma atuação com vista à satisfação do bem comum, sem prejuízo de ainda restarem muito bem resguardados os direitos individuais, buscando sempre um equilíbrio entre as liberdades individuais e a autoridade necessária à implementação de políticas efetivamente de abrangência social.[357]

É importante reiterar que, mesmo tendo origem no liberalismo pós Revolução Francesa, o Direito Administrativo jamais abdicou de sua prerrogativa de supremacia sobre o particular e, quando exerce este poder/dever de forma adequada (legitimado), o faz justamente para que o excessivo individualismo não

---

354 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 238.

355 ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pp. 57 e 58. (traduzimos)

356 GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder**. "**O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 163.

357 Neste sentido. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

ponha em risco a própria sociedade, tendo em vista a tendência natural do mais forte em impor sua vontade sobre o hipossuficiente.[358] Ou seja, no atual quadro da evolução social, cabe ao Estado exercer seu papel com supremacia, garantindo que os cidadãos sejam livres, mas de forma que, de fato, todos sejam livres, "que todos tenham as mesmas possibilidades para serem livres, cada um à sua maneira, obviamente".[359]

Conforme lição de Gabardo, citando Odete Medauar:

> Quando se olha para os dias de hoje e é verificada a herança deixada e a utilidade que dela faz o sujeito moderno, bem se vê que foi o legado liberal e democrático que prevaleceu. Legado este que não é uma invenção do século XXI. Ele se pauta na vontade geral de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público, responsável por concretizá-lo em atos e medidas. É por isso que a noção de interesse público "aparece ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa."[360]

No Estado social democrático, que inspira nossa Constituição ("cidadã"), nota-se um esforço para superar-se o individualismo jurídico. Percebe-se também que cada vez mais os próprios indivíduos passaram a exigir do Estado uma atuação que supere, em muito, o conceito restrito de garantia da ordem, da segurança, da justiça, passando a Administração a se ocupar com atividades antes restritas aos cidadãos e às empresas. Neste contexto, o próprio poder de polícia, em que a preponderância do interesse público é marcante, sofreu uma transformação para abranger setores antes adstritos ao particular, passando a regular e fiscalizar assuntos relacionados às relações de trabalho, exercício de profissões, meio ambiente, ao comportamento, ao uso de medicamentos, etc.[361]

---

[358] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p; 243.

[359] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 58.

[360] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 171.

[361] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

Com o passar do tempo e com o aumento das demandas sobre o Estado, sem dúvida, este passou a exercer suas prerrogativas com cada vez mais protagonismo, ao ponto de Di Pietro assim se expressar:

> Não há dúvidas, pois, que o Estado Social de Direito produziu um direito administrativo em que o equilíbrio "direitos individuais – prerrogativas públicas" pende para o lado destas últimas."[362]

Diante deste quadro, o que não se pode admitir é que, a pretexto de proteger a individualidade, seja produzido um ambiente contraditório, ambíguo, em que o indivíduo, ao mesmo tempo em que demanda mais do Estado, não aceita que este implemente o interesse público de modo preponderante. Não se pode admitir, particularmente, a ocorrência de um verdadeiro retorno aos pensamentos liberais mais radicais, em que a intervenção do Estado era vista, de regra, como algo injustificável. Conforme já tivemos oportunidade de indicar, este movimento, que consideramos inadequado, é reconhecido como "direito administrativo econômico."[363] Nesse cenário (individualista), tudo o que interessa ao indivíduo é a proteção de sua esfera pessoal, "de maneira que a impossibilidade de os indivíduos compartilharem uma visão comum do bem leva a sociedade a se organizar em torno do alcance dos interesses particulares, com um mínimo de coordenação de tais interesses".[364]

Para se alcançar este almejado e fino equilíbrio entre a implementação do interesse público e a garantia dos direitos individuais, cumpre ao Estado Social de Direito perseguir, entre outras ferramentas, duas posturas relevantes, quais sejam: o incentivo real à participação popular nas decisões Administrativas e no processo administrativo de forma geral, e a garantia do acesso generalizado a uma justiça mais efetiva para a garantia dos direitos individuais, sendo o primeiro destes elementos o que nos interessa neste estudo. Conforme lição de Bonavides[365], o Estado Social que teve como principal mote o princípio da igualdade, legitimou-se justamente

---

[362] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 23.

[363] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "O Direito Administrativo". *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Martins Jr., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

[364] GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder. "O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" in: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 174.

[365] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 560.

pela potencialização deste, por meio da participação popular pluralista, que proporciona uma nova visão de Estado.

Na verdade, conforme registra Aragão[366], tem havido, recentemente, uma verdadeira convergência entre o interesse público e a satisfação dos interesses individuais. Muito embora, para o referido autor, esta aproximação seja um dos fatores que desautorizem a imposição do interesse público sobre o individual, com o que não concordamos, a questão é que a Constituição, ao garantir os direitos fundamentais, o faz, como vimos, sob o ponto de vista da isonomia, ou seja, da proteção estendida a todos de modo geral e homogênea, e não sobre o viés egoístico do interesse individual. É neste aspecto que os direitos individuais se aproximam e, muitas vezes, até se confundem com a satisfação do interesse público; ou seja, na medida em que é interesse precípuo do Estado garantir que todos tenham acesso garantido a direitos como: a livre manifestação do pensamento, à liberdade de crença, à livre expressão da atividade intelectual, à intimidade da vida privada, à inviolabilidade de sua casa, ao exercício de uma profissão, etc.

O direito individual que se aproxima e muitas vezes coincide com o interesse público só pode ser aquele conferido a todos e não quando tomado individualmente. Esta diferenciação é de fundamental importância porque toma o indivíduo como parte integrante de um sistema e não como um fim em si mesmo. Di Pietro, ao abordar a questão, comenta trecho esclarecedor da Introdução da Constituição Alemã, publicada em 1986, que esclarece de forma magistral que:

> A Lei Fundamental é bem mais do que isso, um ordenamento de valores que reconhece na defesa da liberdade e da dignidade humana o seu mais elevado bem jurídico. **Sua concepção do homem, contudo, não é a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas**. Como expressão de que seja tarefa do Estado servir ao ser humano, os direitos fundamentais abrem a Lei Fundamental. [367], (g.n.)

---

[366] ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" in: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005, p. 3.

[367] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

Daniel Hachem[368] formula outro critério de diferenciação. Para ele, os interesses privados podem ser divididos em: direitos subjetivos, interesses legítimos, interesses puros e simples e interesses ilícitos. Os dois primeiros (subjetivos e legítimos) compõem o que o autor chama de "interesse público em sentido amplo" e, nesta condição, prevalecem sobre os outros dois tipos interesse privado (interesses individuais puros e simples e os ilícitos), porque são objetivamente protegidos pelo ordenamento jurídico. Os interesses individuais puros e simples (vontades) e os interesses ilícitos (que podem ser titularizados por pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas), por serem expressão de conveniências pessoais e egoísticas, necessariamente devem se submeter à vontade coletiva que, tutelada pelo sistema normativo, prevalece, fazendo preponderar sempre o bem-estar da coletividade.

É neste contexto que devem ser interpretadas as garantias individuais sacramentadas pela Constituição. Quando a Constituição toma como fundamental o direito ao abrigo do lar, ele o eleva a nível de inviolável porque é do interesse de todos os cidadãos estarem protegidos dentro de sua casa, não podendo estar sujeitos a importunos, nem mesmo os provocados pelo Estado, salvo naqueles casos excepcionais listados no inciso XI do artigo 5º da Carta. Neste caso, aliás, a própria Constituição limitou previamente a supremacia do Estado, tornando a casa um asilo inviolável (a exceção que confirma a regra...).

Os direitos e garantias fundamentais no Estado pós-moderno, portanto, perdem sua característica de meros limitadores da ação do Estado e de suas prerrogativas por razões egoísticas "[...] para transformar-se em instrumentos jurídicos de controle de sua atividade positiva, que deve estar orientada para possibilitar a participação dos indivíduos e dos grupos no exercício do poder."[369]

Neste novo cenário, portanto, o Estado não desempenha tão somente um papel de provedor e limitador (propondo as regras do jogo social), ficando à mercê da vontade do indivíduo. Ao contrário, ele age imbuído de legitimidade gerada por um cidadão que se realiza (vive) em sociedade e é consciente disto. Neste ambiente, a própria dignidade da pessoa se reveste de um prisma solidário que tem o

---

[368] HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 177/178.

[369] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34.

interesse público como vetor e paradigma, confrontando muitas vezes o individualismo nocivo à coletividade.[370]

E nem se afirme, como o faz, por exemplo, Daniel Sarmento[371] que tal posicionamento induza a um "coletivismo totalitário", pensamento que ao contrapor-se ao individualismo, acabou por pregar uma subordinação da pessoa ao coletivo de modo tão radical que acabou por desconsiderar indivíduo por completo, dando ensejo a regimes extremistas como o nazi-fascismo e o comunismo. O que se propõe, na verdade, é o que se convencionou chamar de "personalismo solidário" que, conforme Hachem[372], harmoniza a dignidade da pessoa humana com sua natureza social e política, uma vez que é em sociedade que o homem vive e se se realiza.

Diante desta evolução de entendimentos, não cabe, sob nenhum aspecto, defender uma pretensa supremacia do indivíduo perante a coletividade ou em face do Estado, mas sim, ao contrário, ao reconhecer os direitos fundamentais como "epicentro do sistema normativo"[373], interpretá-los, também, como garantias úteis à sociedade. "Dessa maneira, os direitos fundamentais – sejam de titularidade individual, coletiva ou difusa – sempre hão de representar o interesse público (*lato senso)*, e jamais o interesse privado".[374] Este é o ponto.

IV.3 - A flexibilização do princípio da supremacia do interesse público.

Como vimos, o exercício da supremacia do interesse público pelo Estado, dentro dos parâmetros constitucionais (legitimado), apresenta-se, a nosso ver, como fator imprescindível para a manutenção equilibrada do Estado Democrático. A despeito disto, não se pode mais conceber esta supremacia ou o próprio

---

370 HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 107.

371 SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional" *in* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2007, p. 52.

372 HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. pp. 316/317.

373 LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 140.

374 HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, pp. 231/232.

Direito Administrativo, com base em dogmas e critérios que não condizem mais com o presente contexto constitucional, sob pena de desvirtuarmos a própria razão que os justifica.[375]

Dentro deste parâmetro, defendemos que, por um lado, há claro exagero na posição da doutrina que pretende a negação do princípio da supremacia do interesse público. Concordando com o posicionamento de Di Pietro, para nós: "Negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado".[376] Por outro lado, certo é também que algumas das críticas mais ponderadas ao instituto merecem ser levadas em conta com vista ao aprimoramento constante da prática do exercício do poder.

Diante da flagrante evolução que vem sofrendo o Direito Administrativo na direção da democratização cada vez maior dos atos do Estado, já não se pode conceber uma preponderância do interesse público sem a certeza de que este, de fato, represente a legítima vontade do cidadão, aferido por mecanismos que garantam minimamente esta condição. Como afirma Schier[377], não se pode aceitar mais que a supremacia do interesse público funcione, como de praxe, como "uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais."

A fórmula tradicional de legitimação da Administração, baseada exclusivamente na concessão legalista e genérica de privilégios e prerrogativas, e a aceitação passiva de que a Administração possui um poder inerente - quase divino - que lhe garante um caráter exorbitante e derrogatório dos direitos individuais, já não se sustenta. Ao contrário, este novo constitucionalismo precisa refletir as aspirações do Estado pós-moderno que, segundo Moreira Neto, está fundado em quatro "pilares principiológicos", quais sejam: "os direitos fundamentais, a subsidiariedade, a participação e o conceito de constituição como ordem de valores", sendo certo que, para a efetivação dos dois primeiros, se faz necessário extrapolar as limitações das soluções

---

375 MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 153.

376 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. "Transformações do Direito Administrativo". *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARTINS JR., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

377 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005. p. 219.

apresentadas pela democracia tradicional, representativa, com a disponibilização de meios para aproximação entre a sociedade e a Administração. [378]

O "mito administrativo"[379], construído em torno dos poderes exorbitantes do Estado, já não se sustenta, e deve ser substituído pela legitimação efetiva, promovida por meio de um procedimento que premie a participação dos cidadãos afetados pelos atos do Estado.

Com efeito, a Administração contemporânea precisa imbuir-se de um perfil dialógico e colaborativo, promovendo um processo eficaz de descoberta do interesse público que, nas palavras de Justino de Oliveira, "contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa".[380]

De fato, como lembra Marques Neto, "não faz sentido algum se falar em finalidades públicas se elas não coincidem com alguma aspiração, necessidade ou expectativa dos administrados".[381] Por outro lado, como vimos, não cabe mais o culto ao individualismo radical e abusivo, que em última instância milita contra o equilíbrio social. Não se sustentam mais posições extremadas, nem as que defendem um poder absoluto e autojustificável do Estado, nem as que sustentam a supressão do princípio da supremacia do interesse público.[382]

Neste novo contexto, de consensualidade, o argumento de poder de cunho legalista e autoritário foi flexibilizado de forma a permitir o surgimento de mecanismos em que o diálogo possa encaminhar a solução ótima para as demandas a serem enfrentadas pela sociedade, por meio da atuação do Estado que, imbuído desta legitimidade, poderá impor suas ações de modo mais adequado.

---

[378] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, pp. 6/7.

[379] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 72.

[380] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 228.

[381] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 424.

[382] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *In:* "Transformações do Direito Administrativo". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARTINS JR., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 221.

Conforme concluiu Moreira Neto[383], o Direito Administrativo contemporâneo consagrou a consensualidade como um de seus princípios, justamente por que este é um mecanismo mais eficazes para que as decisões administrativas se tornem mais céleres e menos onerosas para o atingimento do interesse público. Segundo o autor:

> Com ela [consensualidade], o diálogo político e o diálogo administrativo se expandem, se imbricam, se democratizam e se processualizam, para ganhar segurança, precisão e visibilidade, de modo a transformar, aos poucos, uma decisão imposta em uma decisão composta, e, assim, o governo – que era a única solução institucional imperativa de direção política das sociedades, com seu método exclusivista de decisão política próprio das sociedades fechadas -, cada vez mais se torna governança – como alternativa de solução dialogada e negociada: o método optativo de decisão política para as sociedade abertas.[384]

Nesta nova lógica, os direitos fundamentais deixam para trás seu caráter individualista e passam a informar, não apenas o Direito Administrativo, mas todo o Direito, de modo que, mesmo sendo o interesse público prevalente, não despreza este parâmetro (garantias individuais) que está na base de toda construção jurídica constitucional[385].

Nesta ordem contemporânea, os interesses públicos e privados (tomados na foram acima exposta) se complementam, se informam mutuamente por meio de um procedimento legitimatório, tendendo a se conformar, não a se sobrepor, salvo em casos extremos em que uma norma poderá exigir uma solução pré-estabelecida.

Como tivemos oportunidade de apontar, no ambiente de um Estado de Direito e de democracia participativa, não há lugar para práticas despóticas, esvaziadas de legítimo interesse público, mas apenas para aquela ação legitimada pela bem apurada vontade popular. Neste ambiente, mesmo os atos “de

---

383 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p.107.

384 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 30.

385 LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 140.

império" são produzidos por meio de "*instrumentos consensuais*"[386], mais adequados a aferir o atingimento da finalidade publica da ação. Nas palavras de Moreira Neto:

> Destarte, como consectária da participação, a consesualidade aparece tanto como técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade, motor da sociedade civil e do progresso, e a parceria que potencia a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado.[387]

Neste ponto concordamos parcialmente com Binembojm[388] quando ele afirma, citando Santiago Nino, que direitos fundamentais e democracia, estando no âmbito da moral, devem ser institucionalizados a partir de um modelo de democracia participativa. Ocorre que, ao contrário do que sugere o mencionado autor, esta institucionalização não se materializa de modo eficaz senão pela utilização, pelo Estado, de sua supremacia sobre o particular. Com efeito, não há que se falar em uma institucionalização da democracia deliberativa fora do ambiente do Estado, como se os homens estivessem em um nível de desenvolvimento que lhes permitisse prescindir da regulação estatal.

Dentro deste contexto é preciso ponderar que, se é fora de questão que a supremacia do interesse público compõe de forma coerente o sistema democrático, equilibrando as forças sociais e garantindo, em última instância, o gozo dos direitos individuais por todos, também é fundamental entender que o exercício deste poder/dever deve ser reinterpretado – flexibilizado - para retratar de modo mais contemporâneo seu significado e, em especial, seu mecanismo de atuação.

Não se concebe mais a ordem pura e simples. Ela precisa vir chancelada com características democráticas, tais como: a ampla publicidade, o debate, o contraditório, a colaboração, elementos que se efetivam por meio de um procedimento dialógico[389], este sim, apto a flexibilizar o antigo conceito de interesse

---

[386] MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017, p. 2.

[387] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**.** Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26.

[388] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 60.

[389] Neste sentido: MELLO, Shirlei. Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: www.ambito-

público, ligado à vontade dos detentores do poder, e que agora se caracteriza pela vontade legitimadora do cidadão participativo.

Há que se ressaltar que tal flexibilização não caracteriza uma negociação com o interesse público, mas sim, a busca de meios de alcançá-lo com maior eficiência e respeito aos direitos envolvidos, sem perder de vista que a própria composição de um eventual conflito de interesses, também é um interesse público relevante.[390]

Vale lembrar que o exercício dos direitos ligados ao contraditório extrapola a ideia de processo disciplinar (que nos vem à mente num primeiro momento) e, neste contexto, cumpre a função estabelecida pelos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição de 1988 que asseguram a todos o direito a um processo no qual possam externar seu posicionamento, em especial, quando o Estado pretende impor limitações à propriedade ou a outros direitos do cidadão.[391]

Há que se levar em conta que num sistema jurídico ideal a segurança jurídica desempenha uma função vital e seus requisitos - previsibilidade e objetividade – convivem e são complementados pelo caráter flexível dos princípios, promovendo no caso concreto a almejada justiça[392]. Neste ambiente, o Estado movimenta sua estrutura e persegue seus objetivos por meio de uma "atuação responsiva à vontade do povo"[393], que vê protegidos seus direitos e garantias.

E é aí que reside a grande diferença. O novo ambiente constitucional não trouxe consigo a extinção da supremacia do interesse público, mas tão somente exigiu sua readequação, sua flexibilização, de forma que o exercício desta preponderância deve ser precedido pela necessária legitimação que, do ponto de vista técnico, deve ser garantido por meio da procedimentalização, tanto da ação do Estado, quanto da elaboração da própria norma administrativa, conforme passaremos a tratar.

---

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585. Acesso em mar 2017, p. 4.

390 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 16.

391 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Participação Popular na Administração Pública, in Revista de Direito Administrativo, nº 191, p 26-39 – janeiro a março de 1993, p. 34.

392 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 352.

393 BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

IV.4. - A implementação do Interesse Público por meio de políticas públicas tecnicamente concebidas.

A primeira característica desta flexibilização do princípio da supremacia do interesse público, por influência da democracia participativa, que queremos destacar, está ligada a formulação das políticas públicas a serem implementadas pelo Estado que, num verdadeiro ambiente democrático pós-moderno, precisa, de fato, refletir e garantir o bem-estar de todos, ou seja, o genuíno interesse público, fruto do consenso mais amplo possível, apurado por meios institucionais seguros, previsíveis quanto aos meios de apuração e com garantia aos direitos das partes envolvidas.[394]

Não é preciso lançar mão de nenhum esforço de comprovação acadêmica para afirmar que vivemos em um ambiente social em que a ação do Estado em todas as áreas da vida cotidiana tem se sobrelevado. Empiricamente, podemos perceber claramente que em todas as atividades desenvolvidas cotidianamente está presente, em maior ou menor intensidade, a ação do Estado. Conforme anota Justino de Oliveira: "[...] a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e de todos os demais direitos consagrados constitucionalmente dependem, rigorosamente, de uma ação administrativa".[395]

Neste contexto, de alto grau de intervenção estatal nas mais diversas atividades da sociedade, em que o Estado se utiliza dos mais variados mecanismos jurídicos para moldar as políticas públicas, interferindo muitas vezes na fruição das liberdades[396], torna-se evidente a importância do acerto das escolhas feitas pelos governantes e administradores públicos acerca dos rumos a serem trilhados na economia, na educação, na segurança pública e, em especial, no que diz respeito ao trato com as pessoas que mais demandam por serviços públicos e mais necessitam da tutela do Estado, devido a sua situação de hipossuficiência em suas mais variadas formas.

---

394 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 2.

395 OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 179.

396 SUNDFELD, Carlos Ari. DOMINGOS, Liandro. Supremacia ou Administrocacia no Novo Direito Público Brasileiro? *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 32.

Ocorre que, na mesma medida em que aumentam exponencialmente as atribuições do Estado e sua intervenção em todas as áreas, também cresce o descontentamento com a sua ingerência nas mais variadas esferas da vida privada. Este aparente paradoxo, em parte, é causado pelo efeito colateral da própria demanda por um Estado provedor. Por outro lado, este desgaste também é causado pela ineficiência do Estado em resolver conflitos, em compreender e respeitar a posição do indivíduo, o que faz com que perca legitimidade.[397]

Porém, esta latente crise de legitimidade não pode conduzir a uma descrença no Estado, na condição de principal gestor dos interesses coletivos. O que não se sustenta mais, na verdade, é a manutenção de um Estado ensimesmado, perdido em uma burocracia improdutiva, e que se pretende detentor de poderes auto justificáveis e arbitrários[398]. Por outro lado, também não se justifica mais uma sociedade expectadora, passiva, egoísta e desprovida de uma cidadania produtiva e criadora.

Num Estado democrático-participativo as escolhas de rumos feitas pelos governantes devem ser apresentadas à sociedade como fruto de uma deliberação ampla, por meio de programas de ação que, de acordo com o grau de desenvolvimento e nível de democratização, sofrem a influência, no que diz respeito à sua formatação, como vimos, da sociedade civil em geral e, em especial, das coletividades organizadas em razão de interesses comuns. Neste ambiente observasse uma evidente aproximação entre participação e políticas públicas[399], o que muda radicalmente a emanação do interesse público que, alinhado com as expectativas sociais, impregna as políticas públicas e as qualifica.

Somente através de uma gestão pública estruturada, por meio da programação de objetivos embasados na vontade do cidadão, é que o interesse público torna-se determinável, de modo sistêmico e seguro, passando a representar um produto concreto, extraído do inter-relacionamento das forças que compõem a sociedade[400], onde o Estado não diz unilateralmente qual o interesse, mas legitimasse

---

[397] Obviamente existem outras causas, mas para discussão do tema proposto são estas que nos interessam mais de perto.

[398] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 48/49.

[399] SEVERI. Fabiana Cristina. *In:* Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (orgs.). São Paulo: Atlas, 2013, p. 176.

[400] FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

para descobri-lo e exercê-lo. Neste sentido, fazendo remissão às lições de Habermas, Nohara[401] pontua que, somente por meio de um processo político institucionalizado é que se pode alcançar decisões responsáveis, afastando o risco de uma "anarquia desgovernada".

A verdade é que, muito embora o Estado, sem dúvida, seja o protagonista no papel da elaboração e proposição das políticas públicas[402], não se concebe mais que as ações que impactarão na vida dos cidadãos sejam resultado exclusivo de um exercício positivista auto legitimante, ou de um processo ideológico de legitimação estatal.[403] A autoridade da Administração, na implantação destas políticas que interferem no cotidiano do cidadão não pode decorrer, como vimos, de uma razão mítica, que prega a exorbitância sobre o direito comum com base num interesse público contraditoriamente imposto pelo Estado, como num processo de auto imanência.

Por outro lado, é verdade, também não se pode tomar como interesse público a simples apuração da vontade de uma maioria (local ou ampla), como se esse decorresse de uma simples questão aritmética, pois, se assim fosse, restariam relegados os interesses legítimos de grupos de minorias[404].

O interesse público, com efeito, precisa ser apurado por meio de processos democráticos, que resultem em programas de atuação condizentes com as expectativas sociais, e isto só pode ser alcançado por meio de mecanismos de fato democratizantes. Estes programas de atuação e intervenção do Estado, que podem ter os mais variados vieses (fomento, controle inflacionário, assistência social, segurança, educação, desapropriações, transporte público, ordenamento urbano etc), é que se convencionou denominar políticas públicas.

---

[401] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 142.

[402] SUNDFELD, Carlos Ari. DOMINGOS, Liandro. Supremacia ou Administrocacia no Novo Direito Público Brasileiro? *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 35.

[403] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp.. 85/86.

[404] NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 135.

A importância de tratar deste tema aqui, mesmo que de passagem, pode ser retratada no posicionamento de D. L. Sheth[405], para quem, justamente quando as demandas da cidadania se transformam em políticas públicas, é que podemos dizer que a participação encontrou os canais de sua realização.

As políticas públicas, portanto, representam o *feedback* do Estado que, por meio da participação, se sensibiliza com determinada questão tida como importante o bastante para merecer uma atuação específica sua.[406] Como ensina Osório, a governança exercida desta forma diminui a possibilidade fracasso da política a ser implantada. Para ele:

> O pluralismo chega, pois, à gestão pública para ditar o compartilhamento da concepção, a parceria na execução e a diversificação na fiscalização, esta, dotada de novos instrumentos que concorram para reduzir o risco de erros e de fracassos ou, na pior das hipóteses, risco de impunidade dos responsáveis pelos erros e fracassos."[407]

Por meio de políticas públicas construídas em um ambiente de liberdade democrática e de participação efetiva da sociedade, portanto, o interesse público exsurge em sua mais adequada expressão e as garantias individuais, certamente, são respeitadas em toda sua dimensão. Deste modo, o exercício do poder-dever de ação que cabe à Administração, muitas vezes com o uso de prerrogativas em detrimento de alguns indivíduos, restará legitimado e certamente refletirá a vontade da sociedade.[408]

Esta necessária aproximação entre as políticas públicas e os instrumentos jurídicos de gestão reflete a desejada adequação da motivação dos atos administrativos. Esta juridicização da política pública é fruto de um verdadeiro contencioso público que torna mais lógica a apuração das motivações e mais certo o atingimento dos objetivos (interesse público) perseguidos pela Administração.[409]

---

[405] SHETH, D. L. *in:* Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 2002, p. 673.

[406] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

[407] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, pp. 29 e 30.

[408] FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular.. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 449.

[409] Neste sentido: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e Políticas Públicas – O Debate

Como ao tratar da questão das políticas públicas, estamos adentrando um campo de interdisciplinaridade, em que o Direito vai se informar na seara das Ciências Sociais, creio que seja importante deixar esclarecido que, segundo os especialistas, nem toda ação ou decisão política/administrativa é necessariamente uma política pública. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas podem ser conceituadas como ações governamentais em escala ampla e processualmente organizadas, cabendo destaque, neste caso, para a dimensão da ação governamental. A autora ensina que:

> Políticas públicas definem-se como programas de ação governamental, em cuja formação há um elemento processual estruturante: "política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...]".[410]

De acordo com esta ótica as políticas públicas podem ser consideradas verdadeiros arranjos institucionais que representam o Estado em movimento, isto é, denotam o agir do Estado no exercício de sua função precípua de organizar a sociedade e promover o bem comum[411], portanto, encaixando-se perfeitamente no objetivo traçado pelo artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal que, como vimos, materializa o princípio da supremacia do interesse público em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, Massa-Arzabe fornece uma importante conceituação de políticas públicas ao expressar que:

> [...] as políticas públicas podem ser colocadas, sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direitos e objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e

---

Atual *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 178.

[410] BUCCI, Maria Paula DALLARI. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

[411] BUCCI, Maria Paula DALLARI. Op. cit. p. 21.

> condições para ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso destes recursos. [412]

Com base nesta conceituação percebemos, de plano, que uma política pública já nasce impregnada por um caráter jurídico estruturante, que deve ser fruto de um procedimento técnico que convive e suporta o âmbito político do programa. Nas palavras de Juliana de Palma: "No âmbito da Administração Pública, as políticas surgem a partir de comandos normativos que estabelecem o conteúdo da política e a autoridade competente para conduzi-la".[413]

Estes comandos são *frames* que molduram a ação administrativa. Estudar os mecanismos de formação destas ações governamentais e apontar para uma técnica que lhes empreste adequada estruturação é de fundamental importância, tanto para a ciência do direito, como para os atores envolvidos nessa dinâmica. Por certo, quanto maior o grau de técnica aplicada na formação e composição da política pública e das ações administrativas, maiores as chances de que estas produzam um resultado mais eficaz, legitimado[414], o que reduz o atrito entre o interesse público perseguido e o eventual interesse particular afetado ou restringido, justamente o que nos interessa nessa pesquisa.

Sobre o tema Eros Grau destaca que:

> A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública.[415]

É justamente nesse ponto que a política se aproxima do direito, reduzindo a influência de forças autoritárias numa contenção regulada que

---

412 MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50.

413 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e Políticas Públicas – O Debate Atual *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 179.

414 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, pp. 9/10.

415 GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed.. Malheiros. São Paulo, 2008, p. 26.

permite que a influência da sociedade seja percebida. A discussão em torno das políticas públicas, se bem conduzida, soma-se aos instrumentos tradicionais do Direito Administrativo, produzindo uma reflexão mais técnica e abrangente, que viabiliza a tomada de decisões mais acertadas, extrapolando o caráter meramente acadêmico para se tornar relevante do ponto de vista prático[416].

Devidamente concebida, a política é formada sob a inspiração da deliberação e do consenso que são, nas palavras de Gesta Leal : ”termos-chaves na hora de definir a democracia e a política de governo ou de gestão”.[417]

As normas que regulam as políticas públicas são, porém, de natureza diversa da norma convencional, baseada em estabelecimentos de respostas estatais a determinadas condutas particulares, em que a ênfase está na simples coerção. No caso das políticas públicas, são previstas outras possibilidades, muito além da simples imposição, visando a solução do problema enfrentado e não apenas a sua contenção, tendo uma natureza muito mais propositiva.[418]

Uma política pública é composta de outros elementos, estranhos ao direito e próprios do programa que se quer implementar. As políticas públicas podem ser produzidas com a finalidade de surtir efeitos econômicos, sociais, educacionais ou de saúde pública, por exemplo, e, por certo, as respectivas áreas da ciência e a própria Ciência Política irão informar e influenciar a formação do programa de governo.

No entanto, a materialização da política, se dá por meio de uma norma que, quanto mais bem-feita, mais terá condições de conduzir o plano de governo ao sucesso esperado, minimizando o mal-estar e a resistência ocasionada pela atuação simplesmente baseada na “vontade do Estado”, especialmente quando a política pública ao, ser implementada, confronta direitos e garantias individuais que, momentaneamente, podem ser afetados (reurbanização de bairros, planos econômicos com impactos nas finanças pessoais, proibição ou restrição do exercício de determinada atividade econômica em determinada região, restrição ao direito de propriedade em

---

[416] PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e Políticas Públicas – O Debate Atual. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 180 e 193.

[417] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

[418] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 57.

razão do interesse na proteção ambiental, exigência do emprego da função social da propriedade, etc.).

Com efeito, num Estado democrático de direito, os órgãos do Governo exercitam suas funções, em particular as garantidoras de direito e as efetivadoras do interesse público legítimo, com base em normas que lhe dão suporte e estabelecem os objetivos, meios e limites. O caráter jurídico dos programas de governo é, portanto, parte indissociável das ações do Estado, expressadas por meio das políticas públicas. Nas palavras de Patrícia Helena Massa-Arzabe[419]: "direito e políticas públicas sempre estiveram umbilicalmente ligados" e, sob o aspecto que nos interessa aqui, as políticas públicas precisam ser bem concebidas porque, na maioria dos casos, acabarão sendo impostas pelo Estado no uso de sua supremacia para implementação do interesse público.

Salta aos olhos, portanto, a importância da legitimação das políticas públicas que resultarão em atos de imposição por parte da Administração, no momento de sua implementação. Neste sentido Bonavides ensina que:

> No Constitucionalismo contemporâneo a Teoria da Norma Constitucional passou a ter, a nosso ver, a legitimidade como fundamento. A legitimidade é o direito fundamental, o direito fundamental é o princípio, e o princípio é a Constituição na essência; é sobretudo sua normatividade.[420]

Torna-se evidente que não basta mais a previsão legal ou a alusão à normatividade embasada em um princípio sacado para justificar determinadas políticas públicas, mesmo que pretensamente benéficas à população necessitada, por exemplo. Para que determinada ação ou política pública possa ser reconhecida como válida, é preciso que ela tenha sido concebida de modo adequado, legítimo, uma vez que é a legitimidade que lhe empresta validade, pois, como vimos, esta deve ser a essência da normatividade que suportará a execução da política a ser implementada. Há que se insistir que a implementação do interesse público tem: "compromisso ativo com a promoção e efetividade de todos e cada um dos cidadãos, especialmente dos direitos fundamentais". [421]

---

[419] MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51.

[420] BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 47.

[421] ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel

Por certo, o atual contexto social reclama do Poder Público uma nova postura, baseada em uma nova hermenêutica, desenvolvida constitucionalmente, a partir dos direitos fundamentais que, como pondera Schier: "justificam a criação e o desenvolvimento de mecanismos de legitimação, controle e racionalização do poder[422]".

Deste modo, portanto, o sucesso ou o fracasso de uma política pública tem profunda relação com a questão do exercício do princípio da supremacia do interesse público. Isto porque, o estabelecimento de uma ação governamental de envergadura passa necessariamente pela arquitetura de sua implementação e pela questão do conflito de interesses que pode suscitar.

Neste sentido, a qualidade técnica, ou "tecnologia jurídica governamental", como sugere Maria Paula Dallari Bucci[423] é, sem dúvida, elemento fundamental, não só para o sucesso da implantação de projetos de políticas públicas, mas, também, para a manutenção de um programa de governo, especialmente porque as demandas pela atuação do Estado passam pela alocação de recursos e seguem exigindo planejamento do ambiente social, num contexto, em geral, carente em todos os sentidos.

Todo este quadro nos remete à importância da implementação de mecanismos jurídicos para o suporte, estruturação e consecução do interesse público, afastando a ocorrência de lesão às garantias individuais, sem prejuízo da prevalência daquele. Estes mecanismos jurídicos aos quais aludimos tem sua expressão mais contundente no processo que é "a arena de construção de políticas públicas", o meio adequado para o estabelecimento seguro de ponderações de interesses, para o conflito de ideias e para a apresentação de soluções legitimadas, mesmo diante da escassez de recursos.[424]

Neste particular concordamos com Binembojm quando este afirma, citando Habermas, que: "[...] é preciso substituir os fundamentos moral e

---

Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 38.

422 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005. p. 21.

423 BUCCI, Maria Paula DALLARI. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

424 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Direito Administrativo e Políticas Públicas – O Debate Atual. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 194.

transcendental dos direitos do homem, próprios da tradição liberal, por um fundamento procedimental, extraído de sua teoria democrática".[425]

É exatamente isto que propomos aqui. Não se pode cair na armadilha de se imaginar que a elevação dos direitos individuais ao patamar constitucional mitigou o princípio da supremacia do interesse público, e que isto seria uma panaceia promotora da mais alta qualidade de vida. Na verdade, somente o Estado legitimado tem condições de garantir que os direitos individuais de todos sejam preservados de modo justo. Com efeito, é o aferimento da vontade do cidadão, por meio de um procedimento necessário e adequado, que promoverá o equilíbrio almejado, de forma que mesmo no exercício da supremacia do interesse público, para implantação de políticas públicas de grande impacto, a Administração atue afinada com a vontade latente de cada cidadão. É por meio de procedimentos democráticos, com participação efetiva do cidadão, que a atividade da Administração se convalida.[426]

O desenvolvimento de mecanismos capazes de realmente extrair de cada grupo os seus problemas, interesses e expectativas em relação à atuação do Estado é que, a meu ver, representa uma das chaves para a diminuição de conflitos entre o interesse público e os interesses individuais, e não o esvaziamento dos poderes da Administração que, agindo dentro dos parâmetros legais, promove a cidadania e o bem-estar, não residindo na supremacia do interesse público qualquer afronta às garantias constitucionais do indivíduo.

Tal mecanismo, capaz de dotar o Estado da desejada legitimidade, não é outro senão, a processualização das várias esferas de decisão político-administrativa, premiando de modo sistemático a oitiva do maior número de interessados, desde a formulação das políticas públicas - em especial para nossa pesquisa, no âmbito do Executivo - até concepção das grandes ações da Administração, não se limitando a participação a casos esporádicos ou casuísticos.[427]

A previsão legal de um procedimento capaz de permitir ao cidadão a efetiva participação nas decisões de relevância da Administração e na elaboração das políticas públicas, longe de burocratizar o sistema, criará um rito que,

---

[425] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 57.

[426] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva , 2008, p. 64.

[427] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 7.

bem empregado, poderá diminuir a resistência da população atingida por ela (decisão). Neste ambiente, o cidadão se torna partícipe da ação, e não mero coadjuvante da mesma. Conforme enfatiza Juarez de Freitas:

> Outro ponto crucial: nessa altura, sem o menor sentido afirmar que as imposições do *due processo of law* retardam, por si, os processos administrativos, impedindo-os de fluir em tempo útil ou razoável, como requerido pelo artigo 5º da CF, a partir da Emenda Constitucional 45. Primeiro, não se corrobora o absurdo de se pretender a motivação para os atos de mero expediente. Segundo, são proibidas todas as manobras procrastinatórias. Terceiro, a falta da devida processualização das decisões administrativas – essa sim – consubstancia vício que conduz, no mais das vezes, à morosa judicialização dos conflitos, com o aumento desenfreado dos custos de transação.[428]

A antecipação de eventuais conflitos de interesses para dentro do ambiente procedimental no âmbito administrativo, na verdade, é um dos fatores de maior ganho neste contexto que propomos, pois sistematiza e torna técnica a discussão sobre a consecução do interesse público e a necessidade de sua implementação, e ainda traz consigo o elemento essencial para descoberta do interesse público no momento apropriado que é, sem dúvida, a participação por meio da audiência dos interessados.[429]

Certo é que todo condicionamento a ser normatizado e que resulte em limitações de direitos individuais, "só serão legítimos quando vinculados ao interesse público real, importante e claramente identificado"[430] Assim, torna-se imperiosa a acuidade com que se elaboram as políticas públicas e as normas administrativas, especialmente aquelas que embasarão as medidas dotadas de prevalência sobre o particular. É necessário garantir que sejam legítimas para que sejam prevalentes. Dentro desta órbita de raciocínio é forçoso concluir com Eros Grau que:

> [...] podemos afirmar que a norma jurídica é legítima – dotada de legitimidade – quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e

---

[428] FREITAS, Juarez. O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 23.

[429] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra. Livraria Almedina, 1996, p. 40.

[430] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

> consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado. A legitimidade é um conceito material, ao passo que a legalidade é um conceito formal.

Nas precisas palavras do autor citado, é justamente quando devidamente legitimado que "o direito posto corresponde ao direito pressuposto". [431] E esta almejada legitimação do "direito posto" só pode ser alcançada por meio do estabelecimento de mecanismos que propiciem que, efetivamente, a vontade soberana dos cidadãos seja absorvida pela norma que embasa a ação do Estado. Somente por meio de uma adequada processulidade é que se poderá disciplinar e garantir segurança ao mecanismo de apuração da vontade legitimadora do cidadão.[432]

Escorados nas lições de Dahl, podemos afirmar que somente por meio de um processo coerente e razoável, com a garantia da participação dos cidadãos, com efetiva possibilidade de este apresente seus pleitos e pontos de vista é que seria possível a produção de atos que representem a satisfação o interesse público, cujo teor aproxime-se o mais perto possível da harmonia entre todos.

É verdade que "A experiência mostra que a unanimidade legítima, não imposta e duradoura é rara nas questões humanas; o consenso perfeito e duradouro é um objeto inatingível"[433]. Porém, a construção de um consenso possível, já durante a elaboração das normas de impacto administrativo, é um importante avanço em busca da implementação de uma verdadeira democracia participativa e para legitimação das ações do Estado. Tal avanço representa uma notável "revolução metodológica", um verdadeiro "*upgrading* legitimatório", por meio do qual a Administração se equipa com instrumentos adequados para descoberta do real interesse público, sem descurar da proteção aos direitos dos administrados.[434]

Mais uma vez recorrendo às lições de Eros graus podemos aquilatar que, no que se refere especialmente ao uso do poder:

---

[431] GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

[432] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, p. 10.

[433] Dahl. Roberto Alan. Sobre a Democracia. Trad. UnB. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001, p. 67.

[434] MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito do estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017, pp. 8/9.

> A legitimidade do direito (= legitimidade do exercício do poder) deflui da autoridade, entendida esta como produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos que detém o poder e o consenso do grupo social.[435]

Decorre deste raciocínio a importância de uma construção normativa-administrativa tecnicamente bem estruturada, que realmente seja fruto de uma atividade racional, permeada pelo consenso social possível.

Vale ponderar que, quando uma destas normas (no caso que nos interessa: Decretos, Portarias, Regulamentos, etc.) que embasam ações Administrativas, tem como conteúdo uma política pública impositiva (sobre o patrimônio, por exemplo), a situação se agrava, pois, por certo, produzirá grande repercussão/reação do particular. Bem por isto, a primeira preocupação que se deve ter em relação à técnica na elaboração da norma de caráter instrumental, em especial a que suportará um programa/ação de governo, deve ser em relação à existência de um arranjo institucional apto a dar sustentação jurídico-política a ação a ser implementada.

Conforme destacamos anteriormente, a imposição do interesse público no Estado pós-moderno flexibilizou-se, no sentido de não mais estar lastreado apenas na vontade estatal autolegitimante. O princípio da supremacia do interesse público, neste sentido, evoluiu, passando a demandar que a norma que suporta a ação da Administração seja, de fato, legitimada pela vontade do cidadão.

Para alcançar este nível de produção legitimada de normas administrativas de grande relevância, não basta simplesmente abrir-se uma consulta popular ou promover audiências públicas proforma. Na verdade, as melhores práticas de produção normativa atualmente recomendam que o trabalho de elaboração das mesmas seja conduzido por um corpo técnico capaz de compreender as demandas sociais e interpretar índices de qualidade para avaliação das ações da Administração. A atividade destes órgãos técnicos representa, na verdade, uma desejável institucionalização de procedimentos de elaboração normativa que contribui substancialmente com a qualidade e controle dos objetivos e grau de legitimação da normatização produzida, repercutindo de modo contundente na futura prática Administrativa.[436]

---

[435] GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

[436] MORAIS, Carlos Blanco de. Manual de Legística: Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor. Verbo, 2007, p. 225.

Esta opção pela institucionalização, por meio de métodos científicos e abertos à participação popular na produção normativa, proporciona uma maior consistência, especialização e profissionalização dos agentes que militam com esta questão, com reflexos evidentes no resultado da produção normativa que suporta os atos exercidos com supremacia pela Administração.

Esta desejável demonstração de amadurecimento técnico-político no momento da modelagem da norma de suporte de uma política pública ou de uma ação de impacto, permite o envolvimento estruturado de múltiplos entes do Governo, de organizações da sociedade civil e de cidadãos em geral que, conforme o caso, se veem em condições de colaborar na implementação do interesse público, reduzindo substancialmente eventuais traumas ou resistências na implantação da Ação Administrativa.

Tal fenômeno pode ser facilmente vislumbrado e aferido no caso da regulamentação de leis de uso e ocupação do solo, de códigos de obras, em projetos de preservação ambiental, de recuperação de vias, de implementação viária com grande impacto regional, na implantação de redes de transportes públicos, na regulamentação do comércio convencional ou de rua, na regulamentação do uso das vias públicas para outras finalidades não ligadas ao trânsito, no fomento a determinadas atividades profissionais ou na limitação de outras, na regulação da propaganda no espaço público, etc.

Em todos estes casos e muitos outros, em que a atuação da Administração para implementação de políticas gerará impacto na propriedade, em atividades profissionais ou na vida privada de muitas pessoas, pondo certamente em conflito muitos interesses particulares em face do interesse público, mostra-se de suma importância um adequado desenho normativo, permeado de técnica e legitimidade, de modo que, muito embora vá prevalecer o interesse público, este estará conformado, o mais próximo possível, ao desejo da comunidade atingida, tornando legítima a atuação do Estado, diminuindo com isto a um grau aceitável a possibilidade de litígios.

Isto corresponde exatamente com o que ensina Pedro Salazar Ugarte, para quem: ”A democracia é o regime em que a imposição heterônoma dissolve-se – ou, ao menos, legitima-se – mediante a participação autônoma dos destinatários das normas em sua elaboração”.[437] Tal quadro também reflete exatamente

---

[437] UGARTE, Pedro Salazar. Que Participação para qual democracia?. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências

o que pensa Eros Grau, para quem, não é o direito posto que legitima o interesse público: "[são] as aspirações sociais e o interesse social é que legitima o direito (= direito posto)".[438]

Justamente por isto, é preciso que haja conexão efetiva entre a modelagem do programa/ação da Administração (*drafting*) e a prévia análise de impacto da norma de regulação e dos programas de atuação do Estado. Tal conexão é alcançada por meio da chamada "legística material"[439], que entra aí justamente para fornecer elementos técnicos e legitimadores (sondagem junto à população alvo), para que haja uma melhor escolha do conteúdo da norma que embasará a posição de prevalência do interesse público.

Isto porque, para além da boa implementação de um programa de governo, por meio de um *drafting* adequado, o sucesso de uma política pública ou de uma ação estatal, certamente está ligado à correta análise do impacto que esta provocará na sociedade e à avaliação constante dos resultados que vão sendo produzidos (avaliação prévia e concomitante).

Tal análise passa, certamente, pela habilidade das instituições de conviver e aprimorar o entendimento com os grupos de representação social (democracia participativa), até mesmo delegando a eles certas funções, produzindo um ambiente de cooperação e de mobilização em torno das metas do programa de ação, numa clara demonstração de reconhecimento da legitimidade do mesmo.[440]

Conforme aponta Gesta Leal:

> [...] em um sistema de livre expressão, racionalmente fundada, a exposição de múltiplas perspectivas oferece um quadro mais completo das consequências dos atos sociais, auxiliando na construção de melhores normas, melhores leis, melhores políticas públicas, etc."[441]

Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: , Editora 34, 2004, p. 100.

438 GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

439 SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de Uma Melhor Legislação, in: Caderno Escola Legislativa, Belo Horizonte, v 9, nº 14, pp. 7-34, jan/dez. 2007, p. 8.

440 Neste sentido: IMMERGUT, Ellen M.. O núcleo teórico do novo institucionalismo. In: Políticas Públicas. (org.) Enrique SARAVIA e Elisabete Ferrarezi. Coletânea, volume I, Escola Nacional de Administração Pública, ENAP, p. 177.

441 LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 62.

Nesta linha, para que haja uma correta avaliação do possível impacto da norma, em especial da ação Administrativa dela decorrente, é necessário que os métodos e técnicas utilizados lancem mão de um instrumental metajurídico que propicie a participação popular, que pode ser viabilizado de modo mais adequado pela institucionalização de um procedimento adequado e de um corpo auxiliar multidisciplinar permanente de auxílio aos elaboradores das normas administrativas[442].

Vejam que tudo se encaixa.

É fundamental que o processo de construção da norma seja permeável o suficiente para que garanta o exercício de uma cidadania ativa, para que a sociedade possa "monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos de governo e proteção da comunidade".[443] Tal nível de permeabilidade legitimante, por certo, só se alcança por meio da exigência legal de um rito que preveja a participação popular (ampla ou limitada a depender do caso) no momento da elaboração da norma ou da estruturação da ação da Administração (política pública) e também, quando a situação o permitir (ação que se protraem no tempo) durante sua execução.

Nas palavras de Juarez Freitas:

> O controle de políticas públicas, imantado pelo direito fundamental à boa administração pública, requer escrutínio em inovadores termos, que dê conta da inteireza do processo de tomada das decisões administrativas, desde a escolha do agir (em vez de se abster) até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, sempre no encalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico, ao longo do tempo, dos benefícios no cotejo com os custos sociais, ambientais e econômicos.[444]

A constante avaliação da eficácia da ação Administrativa pelo governo é crucial, portanto, para que o mesmo não perca o foco, ou sofra com desvios provocados pela obsolescência ou pela ação desonesta dos mais variados atores envolvidos ativa e passivamente no cotidiano de determinada política pública. Conforme pondera Moreira Neto:

---

[442] SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de Uma Melhor Legislação, in: Caderno Escola Legislativa, Belo Horizonte, v 9, nº 14, pp. 7-34, jan/dez. 200, p. 15.

[443] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 153.

[444] FREITAS, Juarez**.** Direito Fundamental à boa Administração Pública. 3ª edição São Paulo: . Malheiros, 2014, p. 32.

> Pelo controle amplo das políticas públicas, sob os aspectos político, administrativo e judicial, notadamente de seus resultados, seja diretamente, seja pela atuação das funções essenciais à justiça, a sociedade se sentirá cada vez mais responsável e, por isso, mais participante das ações de Estado e mais consciente dos valores republicanos.[445]

Este controle avaliatório efetivo representa, de fato, uma mudança de paradigma de fundamental importância, pois serve de parâmetro de aferimento do atendimento ao interesse público, evitando exageros e desvios.

Salta aos olhos, portanto, a importância da utilização de uma técnica jurídica adequada para a conformação, instrumentalização e operacionalização das políticas públicas, que idealmente devem representar o interesse público. É tão relevante a escolha correta das regras a respeito de quem toma as decisões fundamentais, quais os procedimentos que devem nortear as escolhas a serem feitas por estes e a apuração dos resultados que, para Norberto Bobbio, estas são as características essenciais da própria democracia.[446]

De fato, a viabilização dos direitos individuais e coletivos é tarefa primordial do Estado[447], mas tal tarefa, conforme identificamos, deve ser executada por meio de mecanismos institucionais que premiem o exercício da cidadania, não o individualismo. Tais mecanismos, do ponto de vista jurídico, tem sua expressão mais importante no processo (em sentido lato) que, sem dúvida, é o instrumento mais adequado para viabilização de uma atuação democrática e legitimada da Administração. Com efeito, a processualização da ação administrativa e a busca pela consensualidade mostram-se como tendência do Estado pós-moderno.[448]

Muito embora, o tema "processo" não tenha merecido muita atenção dos estudiosos administrativistas no século XIX[449], sendo considerado

---

[445] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 70.

[446] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 35.

[447] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 17.

[448] Neste sentido: NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 120.

[449] SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo Administrativo em Evolução. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à

assunto adstrito ao Judiciário[450], esta almejada processualização do Direito Administrativo já vem sendo observada pela doutrina pátria há algum tempo, e tem como um de seus motes principais, justamente, a aproximação entre a Administração e os administrados e a promoção de mecanismos que propiciem a maior participação destes nas tomadas de decisões.[451]

Com efeito, este avanço nos mecanismos de tomada de decisão vem ganhado ainda mais força ultimamente, pois, como muito bem pontua Irene Nohara:

> A ideia de processualização que acompanha os desafios do Estado contemporâneo e da pós-modernidade permite que o *iter* de formação dos atos administrativos seja recheado com oportunidades da participação, o que torna a conduta da Administração mais transparente e controlável[452].

Conforme sabemos, a questão central num ambiente de efetiva democracia deliberativa é, sem dúvida, o respeito ao requisito essencial da legitimidade que é dependente, por sua vez, do respeito a procedimentos imparciais de deliberação.[453] Neste sentido Ada Pellegrini Grinover, Cintra e Dinamarco[454] há muito já enfatizavam o caráter legitimador do processo como instrumento adequado ao exercício do poder. Com efeito, o planejamento da participação do cidadão "é uma verdadeira revolução na formulação das políticas públicas"[455], possuindo um caráter pedagógico e inclusivo da contribuição dos interessados na implementação destes procedimentos. Phillip Gil França é taxativo quanto a este ponto ao declarar que: "só se define o interesse público por meio de procedimento".[456]

Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 376.

450 No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 205.

451 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 20.

452 NOHARA. Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 148.

453 NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma introdução. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 34.

454 CINTRA, Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30ª ed. Malheiros. São Paulo, 2014, p. 24.

455 SIRAQUE, Vanderlei**.** Controle Social da Função Administrativa do Estado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

456 FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 56.

Ora, se afirmamos que a manutenção do princípio da supremacia do interesse público no Estado pós-moderno justificasse na medida em que reflete a vontade legitimante do cidadão, o estabelecimento de um mecanismo objetivo de aferimento do interesse público se mostra essencial. Nas palavras de Floriano Marques Neto:

> Diante da multiplicidade de interesses públicos dotados de legitimidade social, parece-nos não mais possível à Administração exercer o papel de hermeneuta autoritária do interesse público, ou seja, adotar a posição de quem, do alto da supremacia e da sua unilateralidade, determina o que seja e o que não seja o interesse geral da coletividade. [457]

O texto destacado nos fornece a exata noção do que estamos empreendendo aqui. De fato, não cabe mais no presente contexto à Administração o papel de interprete exclusivo do interesse público. No atual quadro da história o Estado deve assumir o papel de instrumento de implementação do interesse público, que deve ser devidamente aferido, num processo que premie a legitimação. Portanto, em conformidade do texto supra destacado, o que o Estado perdeu foi sua condição de intérprete exclusivo do interesse público, tarefa que agora deve ser partilhada com o cidadão, mas não o de principal executor do mesmo. Assim, uma vez aquilatado o real (idealmente) interesse público, por meio de um procedimento eficaz, a Administração, de modo verdadeiramente legitimado, faz prevalecer esta vontade que é, em última instância, a vontade do cidadão, e a toda prova, preponderante.[458]

David Duarte não destoa deste entendimento. De forma muito precisa o professor da Universidade de Lisboa demonstra que:

> O Estado pós-social é, assim, na limitação da falta de distanciamento histórico, uma dimensão organizada caracterizada pela ideia de *Estado-soft*, que exerce não apenas um governo por discussão, **como também protagoniza uma ação reguladora revestida de novos mecanismos, particularmente transubstanciada, contudo, pela reformulação dos meios tradicionais, moldados agora pelo**

---

[457] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 157.

[458] É claro que não se pode perder de vista que há casos em que a Constituição, a Lei ou a própria situação exigem uma atuação do Estado que poderá prescindir da apuração da vontade do cidadão (poder-dever). É o caso, por exemplo, da clássica previsão da parte final do inciso XI do artigo 5º da CF (violação da casa em casos de flagrante, desastre ou para prestar socorro...); nos casos do exercício do poder de polícia exercido *in loco*, ou mesmo no caso de decisões administrativas de menor relevância ou que impliquem em mero cumprimento de previsão normativa, entre outros casos.

> **reflexo procedimental da terceira geração dos direitos do Homem e, portanto, inseridos assim no quadro no quadro de um novo *modus operandi.*[459]**(g.n)

Esta concepção da ampliação dos meios de aferimento do interesse público por meio do procedimento pode ser observada no direito comparado, por exemplo, no *Administrative Procedure Act (APA),* do direito norte americano[460]. Em razão desta norma, o *due process of law* passou a ser obrigatório nos processos por ela abrangidos, tendo sido previstos ainda uma série de imposições ao Estado, em especial, quanto a obrigatoriedade da oitiva prévia dos cidadãos antes da tomada de decisões importantes, contrapondo-se à prática de operações "secretas" de outros tempos naquele país.

Com efeito, diante do avanço do ambiente democrático/participativo, torna-se patente que o interesse público só pode ser implementado com êxito por meio de um procedimento que contemple a participação popular, de modo que, cada indivíduo ou grupo que se sinta atingido (ou na iminência de sê-lo) por eventual ação do Estado, possa trazer seus argumentos, contraditar e buscar um consenso possível ou, ao menos, uma alternativa que diminua os efeitos eventualmente nocivos da ação administrativa.[461] Nisto resta notória a flexibilização do princípio da supremacia do interesse público.

Ao tratar desta questão Medauar não economiza predicados ao afirmar que:

> Com isso, é possível vislumbrar no processo administrativo o âmbito no qual se encontram a Administração e os sujeitos interessados na formação do ato; assim considerado, representa uma das mais importantes modalidades da presença valorizada do particular na formação do ato.[462]

---

[459] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra. Livraria Almedina, 1996, pp. 35/36.

[460] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 208/210.

[461] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 220.

[462] MEDUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

De fato, a expressão jurídica mais importante da participação administrativa é a procedimental[463]. Isto porque, o procedimento insere o indivíduo ou o grupo social de modo formal e permanente no mecanismo de tomada de decisão. Rogério Gesta Leal[464], escorado na teoria de Jürgem Habermas, denomina este modelo de atuação administrativa processualizada e consensual de "Teoria Procedimental da Democracia". Já Gustavo Justino de Oliveira [465] prefere denominar este mecanismo de "democracia pelo processo"[466] uma vez que, segundo o mencionado autor, processo e participação são indissociáveis, sendo certo que é por meio do processo administrativo que a participação do cidadão se torna substancial.

Nesse modelo de Administração, envolvido com a sociedade numa dialética produtiva, a complexidade inerente à multiplicidade de conflitos de interesses tende a aflorar antes da tomada de decisão, permitindo o confronto e a conformação de posições, a coexistência de interesses[467], reforçando a decisão finalmente adotada pela Administração, que terá como predicado uma prevalência legitimada.

Em um ambiente assim, a solução do conflito de interesses entre o público e o privado, por meio de um mecanismo apriorístico e verticalizado, cede espaço para procedimentos que garantam o respeito aos interesses privados sem sacrifícios inúteis".[468] Exatamente por isso este deve ser considerado um dos mecanismos mais caros à democracia participativa, pois inclui os cidadãos nas discussões de relevância, tornando a Administração mais hábil a decidir sobre assuntos de relevãncia, produzindo melhores políticas públicas, que passam a contar com a chancela da legitimidade e com uma "aceitabilidade racional".[469]

---

[463] MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 457.

[464] LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14.

[465] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 20.

[466] No mesmo sentido Odete Medauar fala em "democracia pelo procedimento" *in:* MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

[467] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed.. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pp. 210/211.

[468] MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 46.

[469] WERLE, Denílson Luís. Democracia Deliberativa e os Limites da Razão Pública. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 137.

O processo administrativo é, portanto, o elemento de viabilização concreta do exercício da participação do cidadão nas decisões Administrativas.[470] Por meio da implementação de um procedimento concreto, com a previsão da participação dos interessados, dá-se um passo a frente na qualificação cidadã, na medida em que torna possível o estabelecimento de regras que dinamizem e qualifiquem a tão desejada legitimação do ato administrativo. O processo assim entendido consubstancia-se, com efeito, em um "direito fundamental dos cidadãos".[471]

Por meio do processo é possível exigir da Administração uma ação que seja fruto de um conjunto coordenado de atos, nos quais seja admitida a participação dos interessados que poderão trazer elementos da realidade para formação da decisão.[472]

Nesta linha de raciocínio, para que a democracia realmente contribua para promover a justiça social e o bem-estar de todos: "o que é preciso é assegurar oportunidades equitativas de participação política e de influência sobre os resultados do processo democrático".[473] Tal nível de equidade, por certo, só pode ser atingido pelo aprofundamento da democratização, pela qualificação da participação, mas, em especial, pela evolução do processo de colheita e análise das manifestações dos cidadãos interessados, o que só um regramento processual adequado pode alcançar.

Só assim a imperatividade do ato será entendida como resultado de uma apuração eficaz do confronto dos muitos interesses, direitos e deveres envolvidos na implementação do interesse público. Somente por meio de uma procedimentalidade eficaz é que será possível se falar em uma "nova imperatividade", que supere a ideia de imposição unilateral.[474]

Por meio da "processualização democratizada", afasta-se, o quanto possível, o indesejado e temido subjetivismo da autoridade no exercício de seu

---

[470] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/280/r135-31.pdf?sequence=4 Acessado em 15/05/2017, p. 2.

[471] SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo Administrativo em Evolução *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 378.

[472] JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. Saraiva. São Paulo, 2008, p. 64.

[473] VITA, Álvaro de. Democracia Deliberativa ou Igualdade de Oportunidades Políticas? *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 108.

[474] MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70.

poder/dever de buscar o bem-estar social. Por meio do contraditório, entre a Administração e os cidadãos/interessados, promove-se um confronto produtivo de ideias e a objetivação do exercício do poder[475].

Como ensina Moreira Neto:

> Assim é que o antigo conceito de ação pública – por tradição, burocrático, monolítico, centralizado e conduzido pela fé cega no exercício da imperatividade – tende a ceder ante a nova concepção de gestão pública – criativa, flexível, descentralizada e negociada, orientada pela consensualidade, pela visibilidade e pelo controle de resultados.[476]

Esta forma de gestão Administrativa contemporânea, portanto, pressupõe e se justifica exatamente pela implementação generalizada de mecanismos procedimentais de garantia dos direitos individuais nas atividades administrativas[477], e representam a "menor distância entre a Administração e cidadãos, legitimação e poder, sistematização das atuações administrativas, melhor desempenho e controle das atividades, além de justiça nas decisões".[478]

Soma-se a isso o fato de que, a processualização da ação governamental, que é característica fundamental de um Estado democrático[479], conduz a uma desejável institucionalização por meio de um "aprendizado institucional[480]", onde o direito passa a ser enxergado como uma "moldura de políticas públicas" [481]. Este "emolduramento" da política pública e das ações da Administração, por meio do estabelecimento de uma correta processualização, longe de burocratizar as ações do Estado, conforme apontamos, apresenta-se como instrumento hábil para evitar, entre outras mazelas, que haja monopolização das ações por interesse privados através de

---

475 MEDUAUR, Odete. Op. cit., p. 64.

476, Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011, p. 30.

477 DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra. Livraria Almedina, 1996, p. 37.

478 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/280/r135-31.pdf?sequence=4 Acessado em 15/05/2017, p. 6.

479 BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

480 BUCCI, Maria Paula DALLARI. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

481 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (orgs.). Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

interferências corporativas, tornando a Administração verdadeiramente capaz de captar e estimular mesmo os interesses de grupos de cidadãos menos organizados.[482]

Trata-se, portanto, de um verdadeiro *accoutability*[483], que amplia a transparência e a objetividade dos atos da Administração desde sua formação, potencializando a eficiência da participação direta da sociedade, conferindo maior legitimidade na eleição do interesse público a ser atendido.[484]

É por meio do processo, portanto, que se opera a "radicalização da democracia" [485], o seu aprofundamento até a raiz, sendo ele (processo), um instrumento valioso para a implementação de um canal vivo, seguro e eficaz de comunicação do Estado com a vontade do cidadão, extrapolando-se a ideia tradicional de processo, para um conceito de ferramenta de legitimação[486].

Diante disto pode-se afirmar que, de regra, não se coadunam mais com o Estado democrático pós-moderno, as decisões estatais que interfiram na vida do cidadão de modo relevante sem o desencadeamento prévio de um processo permeado pela participação popular[487].

Vale aqui reproduzir mais uma vez as palavras de Marques Neto para quem:

> O fenômeno que parte da doutrina chama de processualidade administrativa implica em. por um lado, assegurar ao indivíduo o direito de participar da decisão acerca de qual interesse público deve ser consagrado e de conter a intervenção desproporcional do poder público para tal consagração. De outro lado, a exigência do processo na função administrativa explicita o fato de que a intervenção estatal é conflitiva, envolve arbitramento de interesses e, por conseguinte, não é indiferente em relação aos interesses existentes na esfera privada.[488]

---

[482] Neste sentido: BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165.

[483] Expressão utilizada por Canotilho ao discorrer sobre a *good governance.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. *In:* "Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, p. 227.

[484] Cf. MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 459.

[485] LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009, p. 134.

[486] Neste sentido. MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65.

[487] OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 23.

[488] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas,

A política democrática procedimental, assim, por meio de regras claras de incentivo à participação popular, insere o indivíduo no ambiente decisório do Estado, de forma a lhe conferir real oportunidade de influir nas decisões relevantes da Administração e de controlar as ações decorrentes, tornando-o, com isto, corresponsável pelos efeitos da gestão de seus interesses e os da comunidade.[489]

O reconhecimento da necessidade desta participação procedimental - que é reflexo da flexibilização do princípio da supremacia do interesse público - tem ainda o mérito de promover um *up grade* em relação aos modelos clássicos de formação de políticas públicas e de controle dos atos da Administração, por meio da ampliação das perspectivas de discussão ("o *melting pot* procedimental")[490], elevando o indivíduo ou grupo social a uma posição central no cômputo dos meios de solução de conflitos, atribuindo-lhe o *status* de protagonista na descoberta do interesse público e nos encaminhamentos de estratégias de solução de controvérsias.

Tal fenômeno, aliás, não tinha passado despercebido por Dinamarco que, mesmo abordando o tema sob o viés mais ligado ao processo judicial, ponderou de modo muito oportuno que:

> Por outro lado, existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perdurar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social.[491]

Dentro deste contexto, a produção de um programa governamental, com a participação procedimental do cidadão, vincula o executor da medida e torna a política livre da esfera da intenção exclusiva do agente público. Por

---

2012, p. 430.

[489] Neste sentido: LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 77.

[490] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra. Livraria Almedina, 1996, p. 39.

[491] DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros: 2000, p. 161.

meio da processualização e da institucionalização das práticas administrativas, a "face política do governo"[492] (discricionária) ganha contornos jurídicos e democráticos, em prejuízo de uma indesejada pessoalidade no trato da coisa pública. É justamente por isso que o processo apresenta-se como instrumento eficaz para emoldurar e explicitar o interesse público, afastando, inclusive, a possibilidade da ação da Administração "orientada pelo interesse secundário".[493]

Este é o ponto de inflexão aqui. Tal mecanismo responde, de forma muito satisfatória, ao almejado equilíbrio entre o exercício da autoridade e o atendimento ao interesse público que se manifesta prevalente, porém, sem abrir mão de garantir a higidez das garantias individuais.

Neste o Estado pós-moderno, democrático e pluralista, o processo propicia uma efetiva evolução em relação ao ambiente conflitivo entre Estado e particular ao garantir a identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, por meio de uma sensível atenuação/flexibilização da unilateralidade na formação dos atos administrativos.[494]

Portanto, a procedimentalização das ações relevantes (em especial a elaboração de políticas públicas e na tomada de decisões de grande impacto), se bem aplicada, atende plenamente o princípio da eficiência, e a eficiência é, sem dúvidas, fator potencializador da legitimidade[495], uma vez que torna previsível e transparente a ação do Estado, diminuindo efeitos colaterais indesejados.

Na verdade, como aponta Marcos Perez[496], é inconteste que o sucesso de uma política pública deixou de depender exclusivamente da ação/vontade da Administração, e cada vez mais está escorado em procedimentos que premiem a adesão da sociedade, o que passou a ser fator fundamental para a eficiência da autuação administrativa.

---

[492] BUCCI, Maria Paula DALLARI. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

[493] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 102.

[494] MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 463.

[495] GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado. São Paulo: Manole, 2003, p. 86.

[496] PEREZ, Marcos Augusto. *In:* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), São Paulo: Saraiva, 2006, p. 167.

Outro aspecto relevante e positivo da procedimentalização das ações administrativas tem a ver com a estabilidade gerada pelas decisões que são fruto de um processo permeado pela participação do cidadão. Isto porque, uma vez decidida certa questão, de modo democrático, há previsibilidade suficiente para gerar segurança, afastando a necessidade de que a ponderação seja necessária em cada caso concreto, podendo a decisão alcançada atingir uma gama de indivíduos em igual situação.

Neste sentido vale trazer aqui a ressalva feita por Sainz Moreno, que ilustra bem esta que, é mais uma importante diferença entre nossa posição e a de Humberto Ávila quanto à efetivação do interesse público, segundo o autor:

> Não é missão da Administração descobrir, em cada momento e frente a cada caso, o que convém ao interesse público, sua tarefa , ao contrário, é concretizar e aplicar uma ideia previa de interesse público, determinada por um procedimento democrático.[497]

Este é exatamente o nosso pensamento. A processualização da atuação Administrativa, com a utilização de técnicas que favoreçam a participação popular, sem abrir mão da coerência jurídica, é, portanto, um instrumento eficaz para combater o formalismo auto-justificante de que foi tomada a Administração Pública, que no geral, age de forma não responsiva e alheia às críticas dos cidadãos[498], mas ao mesmo tempo, e não menos importante, propicia um mecanismo adequado para a aferição *a priori* do interesse público[499], tornando-se elemento eficiente de legitimação e de estabilização da ação administrativa, apurada por meio do consenso e dentro de parâmetros de legalmente estabelecidos.

Apurado o interesse público dessa forma, no momento oportuno, não há que se falar em ponderação caso a caso, quando da execução de cada ato, o que tornaria impossível a governança.[500]

---

[497] MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976, p. 327.

[498] BINEMBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

[499] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 218/219.

[500] SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo administrativo em Evolução. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 384.

Esta verdadeira "tecnologia jurídica"[501], se bem aplicada, repercutirá na organização das ações de governo, fomentando práticas tendentes à legitimação do interesse público por meio do o exercício do contraditório e outros meios de oitiva popular, que a um só tempo qualificam a política e as ações administrativas decorrentes, e impedem a implementação de uma tecnocracia evidentemente indesejada e improdutiva.

Nas palavras de Marcos Perez:

> Criam-se, desse modo, as bases para o nascimento de uma legitimidade fruto da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas, ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar.[502]

Tem-se, pois, que a atuação da Administração, por intermédio de soluções institucionais, se apresenta como uma via altamente desejável, na medida em que também cria um ambiente de constante aprimoramento[503] e, no caso brasileiro, corresponde a previsão da própria Constituição de 1988, que estabeleceu "as grandes linhas" institucionais para a atuação da Administração (art. 37 da CF).

A legitimação da atuação da Administração por meio da procedimentalização e institucionalização da participação popular, portanto, é fator primordial para o estabelecimento de políticas duradouras e eficazes, e funciona como uma blindagem contra mazelas e caprichos políticos. Nisto reside a importância da institucionalização das políticas públicas e das práticas Administrativas em geral, uma vez que institucionalizar significa exatamente promover a adequada estruturação e adequação da ação governamental.[504]

---

[501] Do ponto de vista prático Schwind destaca que: "Neste contexto, surgem preocupações específicas, com as seguintes: 1. Necessidade de se dar publicidade dos acordos administrativos, até mesmo para se garantir a possiblidade de controle dos atos praticados; e 2. preocupação com a isonomia, possivelmente com a instituição de mecanismos de competição entre os interessados como forma de garantir que todo o processo seja pautado pela impessoalidade e pela objetividade. SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo Administrativo em Evolução. *In*: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 385.

[502] PEREZ, Marcos Augusto. *In:* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

[503] Neste sentido: MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

[504] Neste sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17.

A participação por meio do processo representa, ainda, uma complementação ao processo democrático representativo, na medida em que compensa os efeitos deletérios da oligarquia partidária[505], ampliando os pressupostos objetivos da decisão administrativa.[506]

Com efeito, a construção normativa/administrativa procedimentalizada e institucionalizada, num ambiente democrático de caráter participativo, como vimos, serve de ferramenta apta a captar a real vontade daqueles que estarão sujeitos à norma, não permitindo que as próprias regras processuais, ou manobras técnicas, distorçam a vontade popular em prol do desejo de grupos de controle político (interesse secundário). A processualização permite que o governo aja como real disparador de processos de transformação, tornando o conflito entre o interesse público e o particular menos belicoso.[507]

E nem se diga que os mecanismos processuais que venham a garantir a participação dos cidadãos acabarão por causar lentidão da atuação Administrativa. Muito pelo contrário, esse mecanismo minimiza a possibilidade de judicialização o que, por si só, representa um grande ganho.

É importante notar também que a procedimentalização se apresenta como mecanismo adequado para minimizar alguns efeitos colaterais que a própria participação pode produzir, tais como: a manipulação dos cidadãos por agentes que representam interesses econômicos; a captura do governo pela sociedade, no que Marcos Perez, citando Sartori denomina de "extremismo do participacionismo"[508]; a cooptação de Associações pelos partidos políticos; a manipulação das massas por meio das redes sociais eletrônicas, etc.

Atenta a este ponto, Lídia Helena F. da Costa Passos, em sua Tese sobre o interesse público pondera que:

> Os mecanismos jurídicos de participatividade das forças sociais nos processos decisórios de sociedades altamente complexas

---

[505] DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra. Livraria Almedina, 1996,, p. 112.

[506] MEDUAUR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69.

[507] Cf. MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 465.

[508] PEREZ, Marcos Augusto. *In:* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), São Paulo: Saraiva, 2006, p. 172.

> (conselhos normativos, orçamento participativo, democracia participativa, audiências públicas, negociação ambiental, etc.), até certa medida, relativizam os aspectos negativos da cooptação, por viabilizarem a intervenção mais qualificada, mais informada, mais transparente e crítica das constelações de interesses que estão na base dessas estruturas de decisão normativa.[509]

Por fim, cumpre registrar que, do ponto de vista legal, já foram concretizados alguns avanços rumo a uma procedimentalização que garanta a participação do cidadão nos processos decisórios. Podemos citar como exemplos, no âmbito federal, as seguintes leis:

- Lei Federal 8.987/95 – que prevê a participação dos usuários quando da prestação de serviços por concessionários e permissionários;

- Lei Federal 9.427/96 – que prevê audiência pública no caso de decisões que afetem os consumidores de energia elétrica;

- Lei Federal 9.472/97 – que prevê a consulta pública quanto aos regulamentos dos serviços de telecomunicações e ainda prevê audiência pública no caso de decisões que atinjam o consumidor em assuntos relativos ao mercado de petróleo e derivados;

- Lei Federal – 9.784/98 – Lei de Processo Administrativo Federal – que prevê a possibilidade de consulta pública quando o processo envolver assunto de interesse geral;

- Lei Federal 10.257/01 – que prevê audiências públicas e participação popular no caso de decisões sobre o uso e a ocupação do solo, especialmente quando da discussão da lei que fixa o zoneamento urbano;

Cumpre ainda destacar aqui, a recente edição da Lei Federal 13.460 de junho de 2.017 que "Dispõe sobre a <u>participação</u>, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública." (g.n.)

Esta lei, que de acordo com seu artigo 25, só começará a entrar em vigor trezentos e sessenta dias após sua publicação (para municípios com menos de quinhentos mil habitantes o prazo para entrar em vigor é maior, chegando a setecentos dias), estabelece e incentiva formas de participação do cidadão enquanto "usuário" dos serviços públicos.

---

[509] PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Interesse Público: Crítica de sua Legitimidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, p. 132. Tese (Doutorado), Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito – USP/SP, São Paulo, 2006.

Muito embora esta norma represente um avanço na direção da participação que defendemos aqui, ela ainda é muito tímida, uma vez que segundo seu artigo 6º, a participação terá lugar, tão somente, no que diz respeito à prestação dos serviços (inciso I), ou quanto à obtenção de informações a respeito destes (inciso VI). Os artigos 10 e 13 estabelecem, ainda, que esta participação se dará por meio de manifestação dirigida à Ouvidoria do órgão ou entidade prestadora do serviço, e o artigo 18 também prevê a participação dos usuários por meio de Conselhos que, também, poderão acompanhar os serviços e participar da avaliação dos mesmos.

Como se vê, muito embora esta Lei preveja, de forma taxativa, uma importante forma de participação, ainda representa um avanço muito tímido, pois restrito ao "controle de qualidade" da prestação de serviços públicos.

A participação que defendemos aqui vai além, incidindo nos processos de formação da vontade estatal de relevância, na elaboração das políticas públicas e das ações de impacto, legitimando-as desde a sua origem pela participação do cidadão na fase essencial da concepção do ato, flexibilizando o princípio da supremacia do interesse público na mesma medida em que o torna mais eficaz e democrático.

V – CONCLUSÕES

Conforme procuramos demonstrar durante a exposição de nossa pesquisa, o princípio da supremacia do interesse público continua sendo um dos principais pilares do Direito Público, em especial do Direito Administrativo. Acompanhando todo avanço experimentado por este dinâmico ramo da ciência jurídica, constatamos que o princípio que estabelece a prevalência do interesse público sobre o particular também evoluiu, incorporando novos elementos democráticos em sua composição essencial, preservando, porém, a sua relevância, especialmente porque se mantém útil e necessário para o estabelecimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

Pudemos demonstrar que, deixando para trás o viés autoritário e auto justificante de outras épocas, o instituto modernizou-se, superando o seu caráter impositivo e vertical, baseado em uma autoridade quase mítica, para se impor como instrumento de busca pelo bem-estar de todos, conforme objetivo fixado pelo artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, onde se encontra matizado.

A despeito das críticas que lhe foram dirigidas, conforme pudemos retratar, o princípio manteve-se hígido, em nada conflitando com a proteção constitucional às garantias individuais. Isto porque, conforme nos esforçamos em comprovar, somente por meio da implementação do interesse público legítimo é possível garantir, a todos, de modo isonômico, a fruição dos direitos individuais não egoísticos. Nesta senda, pudemos ponderar qual a natureza real deste direito individual que a sociedade pós-moderna protege, qual seja, um interesse de um cidadão que se reconhece inserido na sociedade, e que é consciente desta sua dimensão.[510]

Apontamos ainda que, para manutenção de uma sociedade solidária, é imprescindível que o Estado, cada vez mais demandado, tenha condições de impor o interesse público quando necessário, muitas vezes contra a vontade do indivíduo ou de um grupo. Pudemos registrar que, sem esta prerrogativa, o Estado jamais conseguiria cumprir seu objetivo maior de implantar um ambiente de mínima condição de convivência equilíbrio social, pois, dificilmente, o indivíduo abriria mão de seus direitos em prol do coletivo.

Mas, em especial, procuramos comprovar - e este é o núcleo de nossa tese - que o princípio da supremacia do interesse público mantem-se

---

[510] Conforme conceito defendido Celso Antônio Bandeiro de Mello *in:* BANDEIRA DE MELLO. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183

relevante porque se flexibilizou, deixando-se irrigar pelos novos paradigmas do Estado social de direito participativo, no qual o interesse público permanece prevalente.

A pesquisa demonstra, também, de que modo esta supremacia deve ser consubstanciada e construída no ambiente de democracia participativa. Indicamos que é por meio da elaboração de políticas públicas tecnicamente bem concebidas e permeadas pela vontade legitimante do cidadão consciente que o Estado, de fato, encontra caminhos para impor, quando necessário, o interesse público.

Apresentamos, em complemento, as razões pelas quais acreditamos que, somente pela previsão legal de procedimentos em que a participação popular é garantida, o Estado poderá aquilatar com maior eficiência qual é o real interesse público a ser implementado. Destacamos que a procedimentalização da formação das políticas públicas e das ações de grande impacto da Administração não implicam em burocratização, morosidade ou perda de eficiência, mas, ao contrário, apresenta-se como fator que contribui para a implementação da democracia participativa. Defendemos, escorados nas lições de renomados autores, que é por meio do processo que se conseguirá reduzir os conflitos de interesse e melhorar a aceitação das ações que o Estado precisa implementar, muitas vezes de forma impositiva.

É certo que ainda há um longo caminho a se trilhar em termos de busca por um interesse público realmente legitimado. É preciso trabalhar pela edição de um corpo normativo que preveja, nas várias esferas de governo, procedimentos com a participação dos cidadãos nas decisões administrativas de relevância. Tais procedimentos, por outro lado, se tornarão cada vez mais dinâmicos e efetivos, na medida em que avançarem os esforços para a implementação de uma governança mais ágil, que utilize recursos eletrônicos (processos administrativos eletrônicos, meios eletrônicos de capitação de opinião, etc,), fazendo com que, tanto a publicidade dos atos, quanto a própria participação e o controle de resultados, sejam viáveis e eficazes.

Enquanto não atingimos tal nível de governança, é preciso que todos estejamos atentos quanto a esta nova forma de interpretar o interesse público, flexibilizado, mas prevalente, uma vez que democratizado e informado pela vontade legitimante do cidadão que o reposiciona como mecanismo adequado para a busca do bem de todos.

- BIBLIOGRAFIA:

- ALESSI, Renato. Principi di diritto ammistrativo: i soggeti attivi e l´esplicazione dela funzione ammistrativa. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978. T. 1.

- ALEXY, Robert**.** Conceito e Validade do Direito. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. Colisão de direito fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>. Acesso em: 14 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47414.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constucionales, 1993.

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito administrativo. *In:* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 325-336.

- AMARAL, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo, 2ª ed., vol III. São Paulo: Ed. Almedina, 2014.

- ARAGÃO. Alexandre Santos de. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *In:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005. pp. 1-22.

- ARANA MUÑOZ, Jaime Rodriguez. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público:

Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

- ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

- ÁVILA, Humberto. "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular", *In:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. (org.) SARMENTO, Daniel, Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito administrativo brasileiro. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio**.** Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Grandes Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009.

- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- BARROSO, Luís Roberto. "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público". Prefácio da obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

_____. Interpretação e aplicação da constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.6 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BINEMBOJM, Gustavo**.** Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, ou em: http://www.mundojuridico.adv.br

_____. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia – Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª edição. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

- BONAVIDES, Paulo**.** Teoria Constitucional da Democracia Participativa. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. Teoria Geral do Estado. Malheiros Editores. 10ª ed. São Paulo, 2015.

- BORGES, Alice Gonzalez**.** Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007. Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234> Acesso em 11/10/2016.

- BUCCI, Maria Paula Dallari Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

- CANOTILHO, JJ Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. *In:* "Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

- CARVALHO FILHO. José dos Santos**.** Interesse Público: Verdades e Sofismas. *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

_____. Manual de Direito administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- CASSAGNE, Juan Carlos**.** Derecho Administrativo, 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

- CASSESE, Sabino. A Crise do Estado. Tradução: Moreira, Ilse Paschoal e ORTALE, Fernanda Landucci. Campinas-SP: Saberes Editora, 2.010.

- CINTRA, Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

- COELHO, Fábio Ulhoa**.** Direito e Poder. São Paulo: Saraiva, 2010.

- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. *In*: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (orgs.). Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os BRICS. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CRETELLA JR. Princípios Informativos do Direito Administrativo. *In:* Revista do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. Vol. 93. pp. 1-10. 1968.

- CUNHA, Daniel Antônio. COSTA, João Leonardo e Batista Jr., Onofre Alves. Canais de Participação na Democracia Brasileira. *In:* MURTA, Antônio Carlos Diniz (org.). Intervenção do Estado e Autonomia Privada – Integração e Sistematização. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

- DAHL, Robert Alan**.** Sobre a Democracia. Trad. UnB. Ed. Universidade de Brasília: Brasília, 2001.

- DIAS, Maria Tereza Fonseca. Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado. *In:* PEREIRA, Flávio Henrique Unes; CAMMAROSANO, Márcio *et* al. O Direito Administrativo na Jurisprudência do STF e do STJ: Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 399-408.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella**.** Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Existe um Novo Direito Administrativo? *In* : Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, v. 48, p. 63-76, 2004.

_____. Participação Popular na Administração Pública. *In:* Revista de Direito Administrativo, nº 191, p 26-39 – janeiro a março de 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45639> Acessado em: 12 abr. 2017.

_____. ”O Direito Administrativo”. *In:* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Martins Jr., Wallace Paiva. Tratado de Direito Administrativo Vol 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. MARTINS JR. Wallace Paiva “Transformações do Direito Administrativo”. *In:* Tratado de Direito Administrativo Vol 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

- DROMI, Roberto. Sistema Jurídico e Valores Administrativos. Tradução: Equipe Editorial Ciudad Argentina e The TR Company. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.

- DUARTE, David. Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

- DWORKIN, Ronald**.** Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2002.

- FALLA, Fernando Garrido. Las trasnformaciones del régimen administrativo. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. "Interesse Público", São Paulo, 23/08/2011. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/31> Acesso em 01 nov. 2017.

- FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

- FERRO, Murilo Ruiz. Pontos de convergência entre as teses doutrinárias brasileiras quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 170 p.p. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014.

- FIGUEIREDO, Lúcia Valle**.** Curso de Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- FIGUEIREDO, Marcelo. Breve Síntese da polêmica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia: tese consistente ou devaneios doutrinários. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. "Supremacia do Interesse Publico versus Supremacia dos Direitos Individuais. *In:* Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, ALVES, Carlos Vinícius (Org.). São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

- FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: Gestão Pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

- FREITAS, Juarez**.** O Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

- GABARDO, Emerson e HACHEM, Daniel Wunder**. "**O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo" *In:* Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, (coord.) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e Ribeiro, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

- GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado. São Paulo: Ed. Manole, 2003.

- GASPARINI, Diógenes**.** Direito Administrativo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- GRAU, Eros Roberto**.** O Direito Posto e o Direito Pressuposto. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- HABERMAS, Jürgen**.** A Crise de Legitimidade no Capitalismo Tardio. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1999.

- HACHEM, Daniel Wunder. Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

- HORA, Marco Aurélio Senko da**.** A relativização da supremacia do em face do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9º Região. Curitiba, v. 36, n. 67, p. 631-657, jul./dez. 2011. Disponível em: <www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar..2315593> acesso em: 08/01/2016.

- IMMERGUT, Ellen M. O núcleo teórico do novo institucionalíssimo. *In*: Políticas Públicas. SARAIVA, Enrique e FERRAREZI, Elisabete (Org.). Coletânea, volume I, Escola Nacional de Administração Pública, ENAP, 2007. Disponível em: <https://perguntasaopo.files.wordpress.com/2012/02/immergutt002.pdf> Acesso em: 13/04/2016.

- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- LEAL, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – Novos Paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

- LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da Supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº. 36, p. 123-153, abr/jun. 2009.

- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

_____. et al (orgs.). Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo – Vol. 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

- MARRARA, Thiago (org.). Direito Administrativo: Transformações e Tendências, Ed. Almedina. São Paulo, 2014.

- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena, Dimensão Jurídica das Políticas Públicas, *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

- MEDUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

_____. Direito Administrativo em Evolução. 2ª Ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2003.

- MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. *In:* Âmbito Jurídico**,** Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7585> Acesso em mar 2017.

- MORAIS, Carlos Blanco de. Manual de Legística: Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor. Ed. Verbo, 2007

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo**.** Mutações do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Curso de Direito Administrativo. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

_____. Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Novas Tendências da Democracia: Consenso e Direito Público na Virada do Século – O Caso Brasileiro. I*n* Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio de 2008. Disponível em: <http://www.direito_do_estado.com.br/rere.asp> Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Para a Compreensão do Direito Pós-Moderno. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 701/714.

_____. Poder, Direito e Estado: O Direito administrativo em tempos de Globalização. Rio de Janeiro: Fórum, 2011.

- MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.

- MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. *In:* Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (coords.). Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

- MOURA, Emerson Affonso da Costa. Um Fundamento do Regime Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

- MÜLLER, Friedrich**.** Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia. Trad: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., 2009.

- NOBRE, Marcos. Participação e Deliberação na Teoria Democrática: Uma introdução. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

- NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. "Reflexões Críticas Acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo, *In:* Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo, org. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

_____ . As Audiências Públicas e o processo administrativo brasileiro. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/280/r135-31.pdf?sequence=4> acessado em 15/05/2017.

- OSÓRIO, Fábio Medina**.** Direito Administrativo Sancionador. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr/junh. 2000 (reed. mar. 2015). ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222. Acesso em: 15 Mar. 2017. doi:http://dx.doi.org/10.12660/rda.v220.2000.47527.

- PALMA, Juliana Bonacorsi de. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, PP. 177/201.

- PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. Interesse Público: Crítica de sua Legitimidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006. Tese (Doutorado), Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito – USP/SP, São Paulo, 2006.

- PEREZ, Marcos Augusto. *In:* Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), São Paulo: Saraiva, 2006.

- REIS, Fábio Wanderley. Deliberação, Interesses e "Sociedade Civil". *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves**.** Interesse Público: um conceito jurídico determinável. *In*: Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coords.). São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

- MORENO, Fernando Sainz. Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa. Madrid: Civitas, 1976.

- ROSSI. Giampaolo. Principi di Diritto Amministrativo. 2ª ed. Torino: Giappichelli Editore, 2015.

- SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". *In*: Interesses Públicos versus Interesses Privados:

Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2007, pp. 23-116.

- SCHIER, Paulo Ricardo. "A 'Supremacia do Interesse Público' no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo" *In:* Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio De Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2005.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Júris, 2005. pp. 219-248.

- SEVERI. Fabiana Cristina. *In:* Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (orgs.). São Paulo: Atlas, 2013.

- SERRANO JÚNIOR. Odoné. Introdução à Contemporânea Teoria dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2010.

- SHETH, D. L. *In:* Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa. SANTOS, Boaventura de Souza (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

- SCHWIND, Rafael Wallbach. Processo Administrativo em Evolução. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

- SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada Liberdade-Autoridade – A tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In;* Revista latino-Americana de Estudos Constitucionais 1.(2003) p.p. 607/630 – Texto disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf > Acesso em: 06 fev. 2017.

- SIRAQUE, Vanderlei**.** Controle Social da Função Administrativa do Estado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: A Qualidade da Lei no Quadro da Otimização de Uma Melhor Legislação. *In*: Caderno Escola Legislativa, Belo Horizonte, v 9, nº 14, p.p. 7-34, jan/dez. 2007.

- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. 1ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. DOMINGOS, Liandro. Supremacia ou Administrocacia no Novo Direito Público Brasileiro? *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 31/38.

- SCHWIND, Rafael Wallbach. *In:* ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATO, Vitor Rhein. (coords.) Direito Público em Evolução – Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013, PP. 375/387.

- UGARTE, Pedro Salazar. Que Participação para qual democracia?. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

- VITA, Álvaro de. Democracia Deliberativa ou Igualdade de Oportunidades Políticas? *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

- WERLE, Denílson Luís. Democracia Deliberativa e os Limites da Razão Pública. *In:* COELHO, Vera Schattan P., e NOBRE, Marcos (org.). Participação e Deliberação – Teoria Democrática e Experiências Institucionais no Brasil Contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.