ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R-e-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

REPENSANDO O "PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR"

Humberto Ávila

Advogado em Porto Alegre. Professor da Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS). Doutor em Direito (Doctor juris) e Certificado de Estudos em Metodologia da Ciência do Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito e Especialista em Finanças pela Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica brasileira — do Direito Administrativo e também do Direito Tributário — sustenta que dentre aqueles princípios que regulam a relação entre o Estado e o particular está o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". O grande publicista BANDEIRA DE MELLO afirma:

> *"Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último".*[1]

Decorreria desse "princípio" a posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com os particulares, malgrado sua limitação pelo ordenamento jurídico.[2] No bojo desse "princípio" — descrito como um "princípio de supremacia" — está a ligação das normas administrativas ao interesse público que visam a preservar, bem como o exercício da

---

[1] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 29.

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 30 e 33.

função administrativa pelos órgãos administrativos, aos quais é defeso representar interesses meramente pessoais, senão que devem atuar sob o influxo da finalidade pública instituída pela lei. É também a partir desse "princípio" que se procura descrever e explicar a indisponibilidade do interesse público e a exigibilidade dos atos administrativos, assim também a posição de supremacia da administração e os seus privilégios frente aos particulares, especialmente os prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial e a presunção de validade dos atos administrativos.[3]

A dogmática do Direito Tributário, em sintonia com aquela do Direito Administrativo, descreve esse "princípio" entre aqueles que regulariam a relação entre o poder tributário e o contribuinte. BARROS CARVALHO descreve-o como um "princípio constitucional implícito" de grande importância para a interpretação das normas de Direito Público.[4] DERZI explica-o como um "princípio implícito" que não limita diretamente o poder de tributar, mas direciona a ponderação das limitações constitucionais estabelecidas.[5]

A adequação do interesse público (não da sua supremacia) para a teoria do Direito Administrativo foi devidamente esclarecida. Não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhe ótima aplicação concreta. Por isso que a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função. A utilidade do interesse público é manifestada também na descrição dos seus vários tipos (primário, secundário, etc.).[6]

Só a um primeiro olhar, contudo, é adequada a descrição desse "princípio de supremacia". Apesar de o dito "princípio" ser descrito como um princípio fundamental do Direito Público, ele é explicado — e aqui começa o problema — com duas características específicas. Primeiro, ele seria um »**princípio jurídico**« (ou norma-princípio), cuja função primordial seria regular as relações entre o Estado e o particular. Sua pressuposta validade e posição hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro permitiriam que ele fosse descoberto *a priori*, sem o prévio exame da sua referência ao ordenamento jurídico (»axioma«)[7]. Segundo, ele não seria apenas um princípio, mas um »**princípio relacional**«: ele regularia a

[3] Idem, ibidem, pág. 31 e 30.

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 98.

[5] DERZI, Misabel de Abreu Machado. Notas a BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pág. 21, 35.

[6] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Idem, pág. 56. ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn. 117.

[7] Sobre o assunto, conferir: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 29.

»supremacia« do interesse público sobre o particular, não relativamente ao funcionário público, que não pode representar senão o interesse público, mas com referência à »relação entre o Estado e o particular«. O seu conteúdo normativo pressupõe, portanto, a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor do interesse público.

O problema — como mais tarde será demonstrado — não é propriamente a descrição e a explicação da importância do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mas o modo mesmo como isso é feito. A importância do interesse público (que determina os fins e fundamentos legítimos da atuação estatal), do bem comum (como o mais compreensivo e abstrato fim, verdadeiro fundamento da permanência da vida social, a ser entendido como *medida* ou *proporção* estabelecida entre bens jurídicos exteriores conflitantes e distribuíveis) ou mesmo dos fins estatais (qualquer interesse público tornado próprio para o Estado), como ISENSEE os define[8], não são objeto primordial de nossa análise. A finalidade deste estudo é, apenas, analisar criticamente o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". Ele, tal como vem sendo descrito pela doutrina, não se identifica com o bem comum. Bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não, o direcionamento dessa composição em favor do "interesse público".[9] O discutido "princípio da supremacia" explica, antes, uma »regra de preferência«, como adiante demonstrado.

Nossa tarefa é, pois, responder a duas perguntas intimamente relacionadas entre si. Primeira: — Pode o "princípio" em tela ser descrito como um princípio jurídico instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, como uma norma-princípio? Segundo: — Pode ser ele descrito como um princípio estrutural ou condição para a explicação do Direito Administrativo, isto é, como um postulado normativo?

A. DEFINIÇÕES PRELIMINARES

Uma descrição unitária dos princípios jurídicos enfrenta soberbas dificuldades, como bem demonstrou GUASTINI.[10] O uso do termo

[8] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57.

[9] Sobre o tema, ver: REALE, Miguel. *Lições preliminares do Direito*. 23. ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 60. VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Vol. 1, Definitions du droit. 3. ed. Paris, Dalloz, 1982. pág. 66, 73, 200.

[10] GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, pág. 276. O autor fala de uma diferenciação tipológica dos princípios. Iden, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Milano, Giapichelli, 1996, pág. 115 e ss. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 93. Ver também DERZI, Misabel de Abreu Machado, in: (Notas) BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pág. 41 (princípios podem ser conceitos ou tipos).

"princípio" está longe de ser uniforme. E não há qualquer problema nisso. Problema há, sim, quando fenômenos completamente diversos são explicados mediante o emprego de denominação equivalente, de tal sorte que um só termo passa a fazer referência igual e indistintamente não só a fenômenos pertinentes a planos ou ciências distintas como também a explicar fenômenos diversos descobertos em um mesmo objeto-de-conhecimento. É o que vem ocorrendo com os "princípios". Eles passam a significar tudo, e, por isso mesmo, terminam por não significar coisa alguma.

Daí resultam várias conseqüências. A dogmática jurídica, em vez de descrever e explicar o ordenamento jurídico, passa, em virtude da equivocidade dos seus enunciados, a encobri-lo ou não desvendá-lo. As teorias jurídicas passam a padecer de *inadequação sintática*, na medida em que utilizam termos iguais para explicar fenômenos desiguais, instalando, na ciência do Direito, o germe da ambigüidade. A interpretação e a aplicação do Direito, com a finalidade de explicar aquilo que o ordenamento determina, proíbe ou permite, passa a explicar, também, aquilo que não encontra sequer referibilidade indireta ao objeto descrito. A teoria jurídica padece, nesse caso, de *inadequação semântica*.[11]

Faz-se necessário estipular o significado de "princípio". Isso é somente possível se forem feitas *distinções* quanto à *finalidade* de sua utilização e o *objeto de conhecimento* do qual ele é extraído e ao qual deve manter referência. Compreender é distinguir. Dos vários significados atribuídos aos "princípios" podemos identificar três principais variantes, por sua vez delimitadas segundo sua finalidade e seu fundamento.

I - PRINCÍPIO COMO AXIOMA

Axioma (usado, originalmente, como sinônimo de postulado) denota uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la.[12] Por isso mesmo são os axiomas aplicáveis exclusivamente por meio da lógica, e deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais.[13]

A literatura jurídica faz uso do termo "axioma" para explicar tipos de raciocínio jurídico aceitos por todos, e por isso mesmo não-sujeitos ao debate. A veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se fossem auto-evidentes. O "princípio da supremacia do

[11] Sobre o assunto, ver: BORGES, José Souto Maior. O problema fundamental da base empírica para a ciência do Direito e seus reflexos em questões indecidíveis pela doutrina do Direito Tributário. In: *Ciência Feliz: sobre o mundo jurídico e outros mundos*. Recife, Fundação de cultura do Recife, 1994, pág. 116. Também pág. 124.

[12] Á. SZABÓ. Axiom, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Vol. 1, Basel, Schwabe und Co., 1974, pág. 737. Também: L. OEING-HANHOFF, idem, pág. 743.

[13] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pág. 59 e 60.

interesse público sobre o particular" é definido como um axioma justamente porque seria auto-demonstrável ou óbvio.

II - PRINCÍPIO COMO POSTULADO

Postulado, no sentido kantiano, significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essas condições sejam preenchidas no próprio processo de conhecimento.[14] Os postulados variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam. Daí dizer-se que há postulados normativos e ético-políticos.

Os postulados normativos são entendidos como condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico. Eles, também por isso, não oferecem argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como pode ser obtido o conhecimento do Direito.[15] As condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica são postulados normativos.[16] Entre eles, vale salientar os seguintes: o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão das suas normas (*postulado da coerência*); só é possível conhecer a norma com a análise simultânea do fato, e descrever os fatos com recurso aos textos normativos (*postulado da integridade*); só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua pré-compreensão pelo sujeito cognoscente, definida como a expectativa quanto à solução concreta, já que o texto sem a hipótese não é problemático, e a hipótese, por sua vez, só surge com o texto (*postulado da reflexão*).[17]

O que a doutrina comumente denomina de »princípio como idéia normativa geral« (ou princípio explicativo), como fundamento ou

---

[14] EISLER, Rudolf. *Kant-Lexikon*, Hildersheim u.a., Georg Olms Verlag, 1994, p. 427. KANT. Kants Werke, Akademie Textausgabe, V, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlin, Walter de Gruyter und Co., 1968 (1902), pág. 135 (244).

[15] ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, S. 77.

[16] ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung; Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2. ed. 1972. ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. ed. 1990. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. München, Beck, 1991, pág. 437 ff. ENGISCH, Karl. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. ed., Heidelberg, 1963, pág. 15 ff. KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*, 2. ed. 1997, pág. 127 ss. KAUFMANN, Arthur. *Analogie und Natur der Sache*. 2. ed. Heidelberg, Müller, 1982. pág. 38. SCHÜNEMANN, Bernd. *Zum Verhältnis von Norm und Sachverhalt bei der Rechtsanwendung, vor Ober- und Untersatz im Justizsyllogismus und von Rechts- und Tatfrage im Prozessrecht*. In: FS Aurthur Kaufmann, pág. 299.

[17] Sobre esse uso de postulados, em vez de princípios, sobretudo: ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 75. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pág. 16. Conferir: BYDLINSKY, Franz. *Fundamentale Rechtsgrundsätze*. Springer, Wien, 1988.

pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele, são verdadeiros postulados normativos. Esses fundamentos jurídicos decorreriam da idéia de Direito e do princípio da justiça, mas embora possuam caráter normativo, não possuem a qualidade de normas de comportamento, dada a sua falta de determinação.[18] BANDEIRA DE MELLO define princípio como "*mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servido de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico*".[19]

Há, também, postulados ético-políticos, como condições de conhecimento do fenômeno jurídico do ponto de vista das ciências políticas. Condições comumente aceitas como necessárias ao convívio social e explicativas do surgimento das normas existentes podem ser havidos como postulados ético-políticos, na medida em que procuram investigar e explicar as *causas* do surgimento de determinadas normas jurídicas, e não propriamente o seu conteúdo de acordo com um sistema jurídico.[20]

III - PRINCÍPIO COMO NORMA

Norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite. A norma-princípio tem fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito. Caracteriza-se estruturalmente por ser concretizável em vários graus: seu conteúdo depende das possibilidades normativas advindas dos outros princípios, que podem derrogá-lo em determinado caso concreto. Daí dizer-se que os princípios, à diferença das meta-normas de validade, instituem razões *prima facie* de decidir. Os princípios servem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito. Deles decorrem, direta ou indiretamente, *normas de conduta* ou *instituição de valores e fins* para a interpretação e aplicação do Direito.[21]

---

[18] Nesse sentido: FORTHOFF, Ernst. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Vol. I, Allgemeiner Teil, 10. ed., München, Beck, 1973, pág. 70. WOLFF, Hans/BACHOF, Otto/STOBER, Rolf. *Verwaltungsrecht*, I, 10. ed., München, Beck, 1994, pág. 264-5. Sobre essa problemática, conferir: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 572.

[19] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 572.

[20] Sobre o tema: ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn. 30.

[21] Inicialmente: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pág. 55. Sobre a distinção entre princípio e regra, sobretudo ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 216-217; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 77. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Milano, Giappichelli, 1996, pág. 115

A teoria geral do Direito define os princípios jurídicos como normas de otimização concretizáveis em vários graus, sendo que a medida de sua concretização depende não somente das possibilidades fáticas, mas também daquelas jurídicas; eles permitem e necessitam de ponderação ("abwägungsfähig und -bedürftig"), porque não se constituem em regras prontas de comportamento, precisando, sempre, de concretização.[22] Justamente porque consistem em normas jurídicas, ainda que carecedoras de concretização, não possuem fundamento de validade *auto-evidente* ou meramente reconduzível ao *comumente aceito*, antes decorrem da idéia de Direito positivamente constituída, dos textos normativos ou do seu conjunto, ou, ainda, dos fins positivamente instituídos pelo Direito.[23] A solução de uma colisão de normas-princípios depende da instituição de regras de prevalência entre os princípios envolvidos, a ser estabelecida de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função das quais será determinado o peso relativo de cada norma-princípio. A solução de uma colisão de princípios não é estável nem absoluta, mas móvel e contextual. A regra de prevalência, segundo a qual determinada norma-princípio em determinadas condições tem preferência sobre outra norma-princípio, institui uma hierarquia móvel entre ambas as medidas, já que pode ser modificada caso alterado o contexto normativo e fático.[24]

O importante é que uma relação de prevalência ("Vorrangrelation") entre as normas-princípios só pode ser determinada em casos concretos, quando a norma-princípio com peso respectivo maior sobrepõe-se, momento em que se estabelece uma relação de prevalência condicional ("bedingte Vorrangrelation") entre as normas-princípios envolvidas: a norma-princípio "A" sobrepõe-se à "B" sob determinadas condições "X", "Y" e "Z".

As regras jurídicas, de outro lado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.[25]

---

e ss. Ver também: LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, pág. 26. LARENZ, *Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. München, Beck, 1991, pág. 474.

[22] VOGEL, Klaus. *Steuergerechtigkeit und soziale Gestaltung*. In: Der offene Finanz- und Steuerstaat. Müller, Heidelberg, 1991, pág. 499. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, pág. 26. LARENZ, *Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. ed. München, Beck, 1991, pág. 474.

[23] LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, pág. 178.

[24] ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 216-218. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Milano, Giappichelli, 1996, pág. 145.

[25] ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 216-217; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 77. Sobre a limitação da subsunção

IV - DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

As definições acima estipuladas evidenciam, antes de tudo e sobretudo, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo "princípio" é secundário, a não ser — e é este o caso — que a utilização do mesmo termo termine por explicar — confundindo-os — diferentes fenômenos. A diferença entre os fenômenos é evidente. Um axioma não se confunde com uma norma-princípio, já que essa, ao contrário daquele, deve ser necessariamente reconduzida a fontes materiais de produção normativa e deve ser aplicada com referência a pontos de vista prático-institucionais.[26] Um postulado normativo não se confunde com uma norma-princípio, na medida em que a norma não explica (apenas) as condições de conhecimento do Direito, senão que revela o seu próprio conteúdo relativamente ao comportamento ou à aplicação de outras normas constantes no ordenamento jurídico.

Diante disso, é preciso delimitar qual o significado do debatido "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". Duas questões serão postas e, nos limites desta análise, discutidas. A primeira questão analisa se esse referido "princípio" pode ser descrito como um princípio jurídico ou norma-princípio de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro (parte "B"). A segunda questão analisa se o debatido princípio pode ser entendido com uma condição para a explicação do ordenamento jurídico brasileiro (parte "C"). Objeto da análise será também o significado do interesse público para o esclarecimento do ordenamento jurídico-administrativo, bem como as relações que ele mantém com o bem comum, com as finalidades estatais e com o interesse particular.

O objetivo primordial do presente trabalho é diminuir a equivocidade que a descrição e a eventual aplicação deste "princípio" proporcionam. Ao final, será demonstrado, de um lado, que a atividade administrativa (e a interpretação das normas de Direito Público, especialmente de Direito Administrativo), não pode ser exercida sob o influxo deste "princípio", e, de outro lado, que o interesse público (ou interesses públicos) pode possuir

---

na aplicação do Direito, ver nosso: *Subsunção e concreção na aplicação do Direito*. Livro comemorativo do cinqüentenário da PUC-RS, Porto Alegre, Edicpuc, 1997, pág. 413 e ss. As metanormas que regulam a existência e eficácia de outras normas, e que são normalmente denominadas princípios (p. ex. irretroatividade, anterioridade, legalidade) seriam melhor definidas como meta-regras de validade, já que mantêm uma relação de colisão específica com as outras normas-princípios. Elas não oferecem razões de decidir concretizáveis em vários graus, como as normas-princípios *prima facie*, mas pressupostos de validade de outras normas, com as quais mantêm uma relação hierárquica de validade material.

[26] ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 75. Sobre o caráter institucional e prático do Direito, sobretudo: WEINBERGER, Ota. *Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts*, Wien, Manz, 1988.

significado jurídico, mas não pode ser descrito como prevalente relativamente aos interesses particulares.

B. PODE ELE SER CONSIDERADO UMA NORMA-PRINCÍPIO?

A análise da primeira questão implica, de um lado, explicar a definição de norma-princípio fornecida pela Teoria Geral do Direito e, de outro, verificar se o ordenamento jurídico brasileiro corrobora sua existência como norma-princípio. Quanto ao primeiro aspecto, será demonstrado que o conceito de norma-princípio contém elementos que não podem ser encontrados no referido "princípio". Quanto ao segundo, será demonstrado, primeiramente, que a análise sistemática dos direitos fundamentais e das normas de competência feita à luz da atual metodologia jurídica não permite a descoberta do citado "princípio" e, secundariamente, que seu conteúdo é objetivamente indeterminável, além de ser indissociável dos interesses particulares e não poder ser deles separado ou a eles contrariamente descrito.

I - LIMITES CONCEITUAIS

A incompatibilidade do "princípio" da supremacia do interesse público sobre o particular com o conceito de princípio jurídico fornecido pela teoria geral do Direito só pode ser bem demonstrada com a referida distinção entre princípios e regras. O elemento »fundamento jurídico de validade«, se o objeto a ser descrito é um princípio jurídico, deve sempre ser verificado.[27]

Com os esclarecimentos anteriores pode-se perguntar, então, se o dito "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular" é, ou não, uma norma-princípio. Do modo como a teoria geral do Direito modernamente analisa os princípios *prima facie*, cujo significado resulta de uma recíproca implicação entre os princípios, não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida "prevalência", em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma

[27] GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, pág. 276. O autor fala de uma diferenciação tipológica dos princípios. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 93. Ver também DERZI, Misabel de Abreu Machado, in: (Notas) BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997, pág. 41 (Princípios podem ser conceitos ou tipos).

tensão entre os princípios não se apresenta de modo principial, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principialmente independente dos interesses privados correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade).

O referido "princípio" é — tal como seria definido pela teoria geral do Direito — uma »regra abstrata de preferência no caso de colisão« (»Kollisionspräferenzregel«) em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*. A questão sobre o seu fundamento de validade fica irrespondida, e o método, por meio do qual ele pode ser descoberto ou por meio do qual ele poderia funcionar como fundamento de uma dada decisão concreta, permanece nebuloso, como adiante aprofundado.

Como as normas-princípios resguardam interesses diversificados e abstrata e estaticamente contraditórios, a sua interpretação sistemática (e sincrônica) acaba por evidenciar uma relação de tensão ("Spannungsverhältnis") entre elas, aqui explicada por meio do »postulado da reciprocidade« ("Gegenseitigkeitspostulat"). O que pode ser descrito em abstrato é somente uma espécie de dependência entre as diferentes normas jurídicas e os bens jurídicos por elas protegidos. Uma relação de prevalência só pode ser verificada, entretanto, diante do caso concreto.

O importante foi registrado por ALEXY: "*Essa relação de tensão não poderia ser resolvida no sentido de uma absoluta prevalência de uma dessas obrigações do Estado, nenhuma dessas obrigações ganha diretamente a prevalência. O conflito deve ser resolvido, muito mais, por meio de uma ponderação entre os interesses conflitantes*".[28] Em vez de uma »relação abstrata de prevalência absoluta«, deve ser descrita uma »relação concreta de prevalência relativa«, cujo conteúdo depende das circunstâncias do caso e cujos efeitos só são desencadeados caso verificadas as condições de prevalência do princípio envolvido.[29]

II - LIMITES NORMATIVOS

1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO DE VALIDADE

Há — como já mencionado — também fundamentos normativos para negar o qualificativo de "princípio" ao referido princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

A ele faltam fundamentos jurídico-positivos de validade. Ele não pode ser descrito como um »princípio jurídico-constitucional imanente«,

[28] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 80.

[29] Idem, ibidem, pág. 83.

mesmo no caso de ser explicado com um princípio abstrato e relativo, pois ele não resulta, *ex constitutione*, da análise sistemática do Direito.

Primeiro, porque a Constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17) e das normas-princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria (não o é, como se verá[30]) em favor dos interesses privados em vez dos públicos. A Constituição brasileira institui normas-princípios fundamentais, também partindo da dignidade da pessoa humana: direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos;[31] o asseguramento da posição dos indivíduos e de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público[32]; etc. A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é uma Constituição cidadã, justamente pela particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal.

Dessa garantia em favor da vida e dos direitos privados resulta — assim o arguto ALEXY — um ônus de argumentação ("Argumentationslast") em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional. Seu conteúdo, porém, é diverso de uma regra absoluta ou relativa de prevalência. Esse ônus diz respeito, apenas, a uma valoração abstrata e relativa do *individuum* (incluindo, aí, seus interesses) na Constituição brasileira, no sentido de um *ônus de argumentação em favor do indivíduo*, a exigir que "*devam corresponder razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais*".[33] O dever de fundamentação e a exigência expressa de repartição de competência para qualquer atividade do Estado relativamente à esfera privada corroboram essa idéia.

A questão de saber se um ônus argumentativo tal qual o »*in dubio pro libertate*« constitui uma norma-princípio com fundamento de validade ou deve ser descrito apenas como uma presunção não deve ser aqui respondida. Para nós basta a constatação de que se o "princípio da

---

[30] RODI, Michael. *Die Rechtfertigung von Steuern als Verfassungsproblem*. München, Beck, 1994, pág. 46.

[31] Sobre esse tema, no Direito alemão, ver: MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 10. ed. München, Beck, 1995. pág. 22.

[32] A respeito dessa problemática no Direito alemão: HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970,. pág. 530.

[33] ALEXY, Robert. *Individuelle Rechte und kollektive Güter*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pág. 216-217

supremacia do interesse público sobre o particular" pudesse ser descoberto por meio da dedução, isto é, fosse uma idéia direcionadora obtida por meio da análise conjunta de vários dispositivos[34], teria ele certamente um conteúdo de sentido bem diverso de uma supremacia do interesse público sobre o particular. Uma tal prevalência é, entretanto, uma questão de concretização do Direito. De modo similar afirma MÜLLER:

> *"Não é nem metódica nem constitucionalmente apropriado dizer, se deve ser atribuída ou se deixar reconhecer a prevalência realmente para "a" liberdade, na forma de uma norma envolvida numa questão jurídica, ou se a outro dispositivo. Alem disso, não é correto tratar o princípio como 'presunção'".*[35]

Não se pode olvidar que a qualificação jurídica de um princípio permanece questionável se ele se apresenta em absoluta contradição com outras normas-princípios, se ele não se deixa reconduzir à natureza das coisas ou à idéia de Direito (como, por exemplo, a segurança, o bem comum como repartição de bens exteriores).[36]

Uma relação de prevalência, como a abrangida pelo discutido "princípio", colide com a análise sincrônica do Direito, exigida pela unidade da Constituição ou do sistema jurídico. Sobre isso, HÄBERLE:

> *"Somente depois que todas as — reconhecidas — tensões entre os interesses públicos e privados forem compreendidas, e que ao princípio do Estado de Direito e do Estado Social de Direito possam corresponder prescrições não indiretamente sobre o interesse particular, mas diretamente sobre o interesse público e que sua posição seja encontrada no conjunto da Constituição, será o interesse público um princípio jurídico imanente. Somente depois disso é que são postas as questões teóricas relativas ao interesse público. "*[37]

Essa conseqüência decorre de uma característica fundamental da relação entre os princípios, bem esclarecida por CANARIS: "...*eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação*".[38] Mas então a descoberta do debatido princípio é metodicamente insustentável: a descoberta de uma prevalência do interesse público sobre o interesse particular exige dois objetos autônomos. Esse não é, porém, o caso. Ambos os interesses estão atrelados *in abstracto* e somente podem ser descritos como *resultado* de

---

[34] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, pág. 98.

[35] MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin, Duncker und Humblot. 1997, pág. 264.

[36] Idem, ibidem, pág. 100.

[37] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristiches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970. pág. 526.

[38] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker und Humblot, 1983, pág. 55.

uma análise sistemática. Somente *in concreto* possuem eles conteúdo objetivamente mínimo e assumem uma *relação condicionada de prioridade*. Não antes.

2. INDETERMINABILIDADE ABSTRATA

Além disso, esse "princípio" possui um conteúdo não só indeterminável, como, caso descrito como princípio geral, inconciliável com os interesses privados. De outro lado, é questionável se "o" interesse público pode ser descrito objetivamente, considerando-se que ele se relaciona com diferentes normas e conteúdos (p. ex. normas de competência e normas que prescrevem direitos e garantias), é concretizado por meio de diversos procedimentos (p. ex. judicial, administrativo) e constitui-se por meio de um permanente processo diacrônico de compreensão do Estado em uma dada comunidade (p. ex. compreensão do significado de Estado de Direito).[39]

O importante é que a indeterminabilidade empírica vai de encontro ao postulado da explicitude das premissas, decorrente da própria segurança jurídica.[40]

3. INDISSOCIABILIDADE DO INTERESSE PRIVADO

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. **Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado** (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HÄBERLE, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: "*Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição*".[41] Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma »conexão estrutural« ("*ein struktureller Zusammenhang")*.[42]

---

[39] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970. pág. 719: "*Como valor direcionador da administração possui o interesse público diferenciadas densidades normativas*". RUPP, Hans Heinrich. *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 117. HÄBERLE, Peter. *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht*. Rechtstheorie 14 (1983), pág. 274: "*Sua função varia conforme às relações fáticas e o grau de concretização*".

[40] Sobre esse assunto, ver: ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs. Frankfurt am Main, 1995, pág. 81.

[41] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970, pág. 526.

[42] RYFFEL, Hans. *Öffentliche Interessen und Gemeinwohl. Reflexionen über Inhalt und Funktion*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 21. RUPP, Hans Heinrich. *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche*

Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos.[43] A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principialmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência. Daí a afirmação de HÄBERLE: "*Eles comprovam a nova, aberta e móvel relação entre ambas as medidas...*".[44]

4. INCOMPATIBILIDADE COM POSTULADOS NORMATIVOS

Outro argumento a excluir um fundamento de validade a esse princípio de supremacia é a parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos de normas constitucionais, sobretudo com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática, hoje aceitos pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Sendo o Direito o meio mediante o qual são estabelecidas *proporções* entre bens jurídicos exteriores e divisíveis, deve ser estabelecida uma *medida* limitada e orientada pela sua máxima realização.[45] Daí dizer-se — como o faz ALEXY — que a proporcionalidade não consiste em uma norma-princípio, mas consubstancia uma *condição* mesma da realização do Direito, já que não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência.[46] A instituição simultânea de direitos e garantias individuais e de normas de competência *implica* (logicamente) o dever de ponderação, cuja exata medida só é obtida mediante a obediência à proporcionalidade.

Em face disso, resulta claro que eles não podem coexistir no mesmo sistema jurídico, pelo menos com o conteúdo normativo que lhes têm atribuído a doutrina e a jurisprudência até o momento: de um lado, o debatido "princípio" que direciona a interpretação para supremacia na relação entre os interesses; de outro, os referidos postulados que

---

Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 117.

[43] ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 243.

[44] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970, pág. 528.

[45] Sobre o tema, ilustrativo ver: ARISTÓTELES. *Etica Nicomachea*, vol. 1 (testo greco a fronte), Milano, Rizzoli, 1994, pág. 339 (1131b, 10 e ss.).

[46] ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Frankfurt am Main, 1994, pág. 100.

direcionam a interpretação, não para uma principial prevalência, mas para a máxima realização dos interesses envolvidos.

A proporcionalidade ("Verhältnismässigkeitsgrundsatz") determina que um meio deva ser adequado, necessário — isto é, dentre todos os meios adequados aquele menos restritivo — e mantenha relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma.[47] O postulado da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da ponderação) exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção (não podem ficar em relação de desproporção).[48] Essa é a **condição negativa**. Os interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição ("Gegenüberstellung"), devem ser de tal forma ponderados, que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização ("optimale Wirklichkeit") a cada um deles. Essa é a chamada concordância prática ("praktische Konkordanz"),[49] a **condição positiva** da qual se ocupou HESSE com rara clareza: *"Os traçamentos de limites ("Grenzziehungen") devem, por conseguinte, ser proporcionais no respectivo caso concreto; eles não podem ir além do necessário para estabelecer a concordância de ambos os bens jurídicos".*[50]

O Ministro LUIZ GALLOTTI, decidindo sobre a suspensão de obra pela autoridade administrativa, reconheceu a importância dos interesses de terceiros de boa-fé, em função dos quais — complementa-se — é necessária uma *ponderação multipolar*, precisamente porque os *interesses paralelos* devem ser preservados por meio de uma decisão unitária:

> *"Os parágrafos do citado artigo 305 (CPC), embora referentes a hipótese de demolição, claramente traduzem o espírito da lei, no sentido de conciliar o interesse público com os demais interesses em causa, ordenando que a construção não seja demolida, mesmo quando contraria as condições legais, se por outro meio se puder evitar o dano ao bem comum".*[51]

O Supremo Tribunal Federal (STF) vem, reiteradamente, decidindo que qualquer medida deve obedecer ao "princípio" da proporcionalidade, decorrente

---

[47] HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, pág. 245. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, pág. 217.

[48] HIRSCHBERG, Lothar. Idem, pág. 247.

[49] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg, CF Müller, 1995. pág. 28. JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, pág. 84.

[50] HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed., Heidelberg, CF Müller, 1995. pág. 28.

[51] Recurso de mandado de segurança, DJ 16.12.64, pág. 04649 (negrito não presente no original).

dos direitos e garantias fundamentais instituídos na CF/88.[52] É que, se ao Estado incumbe respeitar os valores consagrados na Lei Maior, um *pensamento conseqüente* leva à utilização de instrumentos metódicos idôneos ao seu *máximo* desenvolvimento. Dois lados da mesma moeda.

Uma medida é *adequada* se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado desejado. "*É inadequado tentar tapar o sol com uma peneira*". O STF (Rp nº 930-DF, DJU 02.09.77) declarou inadequado exigir atestado de "condições de capacidade" para os corretores de imóveis se isso não é adequado ao exercício da profissão e a lei não o exigia.

A medida é *necessária* se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos dos sujeitos envolvidos. "*É desnecessário amputar a perna para solucionar o rompimento de menisco*". O STF (ADIn nº 855-2, DJU 01.10.93) declarou inconstitucional a lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à vista do consumidor, não só por impor um ônus excessivo às companhias, que teriam de dispor de uma balança para cada veículo, mas também por que o interesse público e a proteção dos consumidores poderiam ser atingidos de outra forma, menos restritiva.

A medida é *proporcional* se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. "*É desproporcional matar um pardal com um tiro de canhão*" (JELLINEK). O mesmo STF (Rp nº 1077, RTJ 112:34-67) declarou inconstitucional a criação de taxa judiciária, de percentual fixo, por considerar que, em alguns casos, seria tão alta que impossibilitaria o exercício de um direito fundamental — obtenção de prestação jurisdicional —, além de não ser *razoavelmente* equivalente ao custo real do serviço.

Pois bem. Se a proporcionalidade e a concordância prática forem considerados postulados normativos, como o são pela doutrina e pela jurisprudência com o nome de "princípios", então resulta claro que ambas as categorias direcionam a interpretação de forma bem diversa. De um lado, estão os aqui denominados **postulados de medida** a direcionar uma ponderação pautada pela máxima realização dos direitos envolvidos, sem uma solução pré-concebida; de outro, o "princípio da supremacia" a direcionar a aplicação para a prevalência do interesse público sobre o particular. Em vez de o debatido "princípio" instituir uma decisão valorativa sobre interesses ou bens e direcionar a aplicação de outras normas[53], como qualquer norma-princípio, ele direciona o processo recíproco e dialético da ponderação ("dialektische Wechselprozess der Abwägung") por meio de uma regra abstrata de prevalência em favor do interesse público ou o limita intensamente. "*Podem existir casos nos quais o interesse público ainda hoje receba a supremacia. Decisivo é apenas que os*

[52] Sobre o tema e a jurisprudência, conferir: BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

[53] LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München, Beck, 1979, pág. 23.

tribunais fundamentem normativamente esta superior hierarquia e não sucumbam à uma fórmula tradicional ou a postulados em vez de dar uma fundamentação", esclarece HÄBERLE.[54] E mesmo quando se tratasse apenas da finalidade de interesse público como princípio geral — e não, portanto, da sua prevalência sobre o interesse privado —, seria o postulado da proporcionalidade substancialmente limitado e, por isso mesmo, modificado.[55] O que acaba tornando-se evidente é a especial importância do procedimento — incluindo, aí, sua normativa fundamentação — para a determinação e instituição autoritativa do interesse público, tanto maior quanto mais discutido for o interesse da coletividade.[56]

Aqui deve ser apenas compreendido que o "princípio" sob exame limita intensamente a necessidade, acima tratada como elemento integrante da proporcionalidade. E isso ocorre, porque ele estabelece um fim utópico inconciliável com a fundamentada relação meio-fim e com o dever de explicitação das premissas da argumentação jurídica. O dever de necessidade exige, e pressupõe, uma determinabilidade empírica do fim.[57] E assim completa LUHMANN: "*Bem comum não é um fim pensável*".[58] Por isso, seria inaplicável em muitos casos a proporcionalidade ou, pelo menos, seria ele totalmente limitado, já que a relação meio-fim não seria objetivamente determinável, caso fosse o interesse público aceito como *estruturador* de uma dada relação jurídica. O essencial é que mesmo que o elemento da necessidade não seja descrito como um dever decisivo e que a proporcionalidade seja aplicada mesmo sem relação a fins determinados ou determináveis, ainda assim deve ser feita uma ponderação entre os interesses conflitantes.[59] Eis o juridicamente decisivo. Com razão esclarece JAKOBS:[60]

---

[54] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970, pág. 527.

[55] MARTENS, Wolfgang. *Öffentlich als Rechtsbegriff*. Bad Homburg, Gehlen, 1969, pág. 190. SCHNUR, Roman. *Gemeinwohl in den Verfassungen und Gesetzen*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 61. RUPP, Hans Heinrich. *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 118.

[56] RYFFEL, Hans. *Öffentliche Interessen und Gemeinwohl. Reflexionen über Inhalt und Funktion*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 27-8. RUPP, Hans Heinrich. *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 120.

[57] HIRSCHBERG, Lothar. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Göttingen, 1981, pág. 158.

[58] *Apud* HIRSCHBERG, Lothar. Idem, pág. 158.

[59] Idem, ibidem, pág. 171.

[60] JAKOBS, Michael Ch. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*. Köln, Carl Heymanns, 1985, pág. 86 (negrito não presente no original). SCHNEIDER, Harald. *Die*

> *"Outras similitudes entre o princípio da proporcionalidade e aquele da concordância prática resultam da constatação de que ambos consistem em processos de ajuste ou equilíbro ("Ausgleichverfahren") e que ambos* ***excluem*** *a abdicação de um bem jurídico com base em uma ponderação orientada por uma prevalência".*

Não são convincentes os possíveis contra-argumentos no sentido de que o debatido "princípio" de nenhum modo direcionaria a ponderação dialética em favor do interesse público, já que — como qualquer norma-princípio — possuiria exceções ou somente consiste numa idéia norteadora quer para a administração, quer para a análise sistemática do Direito. Tal como ele é descrito — como um »princípio« »jurídico« de »supremacia« —, ele não encontra fundamento de validade, simplesmente porque não pode ser descoberto no ordenamento jurídico por meio de qualquer método (dedução ou indução, análise das palavras ou do seu conjunto, etc.). As exceções, que a aplicação condicional concreta de uma norma-princípio revela, devem manter-se dentro de uma quantidade mínima, sob pena de não mais serem consideradas exceções. O que não é, definitivamente, o caso. *O mais importante é a descrição e determinação intersubjetivamente controlável dos critérios para a definição do interesse público*. A determinação desses critérios, porém, só sucede mediante a criação jurisprudencial de regras de conflito, em função das quais o interesse público recebe prevalência em determinados casos de conflito com os interesses privados, quando isso ocorrer.[61] E se esses critérios devem ser obtidos por meio da análise da Constituição e das normas contidas nas leis — o que BANDEIRA DE MELLO com razão afirma [62] —, perde a expressão »interesse público« a sua relevância normativa como norma-princípio.[63] Dito mais claramente: *"A expressão 'bem público' sempre representa a abreviatura daquilo que a Constituição entende por limites permitidos ou não"*.[64] Disso, porém, resulta uma importante consequência: em vez de um princípio de preferência, deve ser atribuída a importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas — e não, portanto, o citado "princípio" — é que são *juridicamente decisivas*. Sobre a necessidade de previsão normativa, ver o voto de MOREIRA ALVES a respeito de matéria administrativa:

Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten. Baden-Baden, Nomos, 1979. pág. 203.

[61] RYFFEL, Hans. *Öffentliche Interessen und Gemeindwohl. Reflexionen über Inhalt und Funktion*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 17.

[62] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 56.

[63] SCHNUR, Roman. *Gemeinwohl in den Verfassungen und Gesetzen*. Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 39, Berlin, Duncker und Humblot, 1968, pág. 64, 66.

[64] Idem, ibidem, pág. 72.

> *"Se a legislação local posterior determinou, como reconhece o acórdão recorrido, que os requerimentos de licença de construção fossem apreciados à luz da jurisprudência vigente ao tempo de sua apresentação, não pode a administração pública sobrepor o seu critério de avaliação a esse respeito ao da própria lei. Essa circunstância afasta o argumento "a fortiori" com base na revogação de licença de construção, cuja obra não foi iniciada,* ***sob o fundamento de conveniência ditada pelo interesse público, pois, neste caso, essa conveniência não foi apreciada nem afastada pela lei vigente****".*[65]

O Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE asseverou, em julgamento sobre matéria processual:

> *"Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição do direito do cidadão das "razões de Estado"; não é o que sucede na suspensão de segurança (...)".*[66]

Essas decisões não tratam diretamente da existência, ou não, do "princípio" em causa. Não obstante, demonstram a necessidade de previsão normativa para qualquer intervenção estatal, ficando o "interesse público" sem significado autônomo. Como foi visto, é característica própria das normas-princípios terem seu sentido resultante de limitações e complementações advindas de outras normas-princípios. Cada qual, porém, contribui, limitando ou acrescendo, para a determinação do significado das outras normas-princípios envolvidas. Resta saber, portanto, qual a contribuição que o dito "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular" traz para a interpretação sistemática do Direito e como isso pode ser intersubjetivamente controlado por instrumentos racionais de interpretação.

Da constatação de que os órgãos administrativos possuem em alguns casos uma posição privilegiada relativamente aos particulares [67]

---

[65] Recurso Extraordinário 93108/SP, DJ 13.02.81, pág. 00754 (negrito não constante do original).

[66] Agravo Regimental em Suspensão de Segurança, DJ 09.05.97, pág. 18138.

[67] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Mallheiros, 1997, pág. 30. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1753/DF, DJ 12.06.98, pág. 00051, Ministro Sepúlveda Pertence: "(...) A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo".

não resulta, de modo algum, na corroboração da supremacia do interesse público sobre o particular. Essa posição indica, tão-só, que os órgãos administrativos exercem uma função pública, para cujo ótimo desempenho são necessários determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas.[68] E essas regras procedimentais (não regras que instituem finalidades) decorrem tanto das normas constitucionais como do desinteresse pessoal que define a função administrativa ("Selbstlösigkeit"). ISENSEE bem o afirmou: "*À liberdade dos cidadãos corresponde a vinculação normativa dos funcionários públicos*".[69] Isso tudo não tem nada a ver com uma regra geral de prevalência.[70] No Direito Administrativo, especialmente no caso do serviço público, estão o desinteresse pessoal e o bem comum necessariamente ligados. Eles devem, porém, ser diferenciados, tal como ISENSEE o esclarece:

> *"O bem público e o bem particular determinam fins, enquanto o desinteresse pessoal e o interesse pessoal marcam caminhos. No primeiro caso trata-se de objeto, no segundo, de procedimento; aqui de programa, lá de realização".* [71]

A constatação de que os funcionários não representam interesses outros além do público não resulta do interesse público propriamente dito (definido, aliás, pela finalidade), mas do desinteresse, por sua vez reconduzido à função pública e ao princípio republicano.[72] E é o princípio republicano que estrutura o bem público, a ser constatado no direito positivo.[73] Perquirir sobre as causas que levaram o legislador a instituir prazos maiores para a administração ou a atribuir determinadas características ao ato administrativo, por exemplo, é objeto da ciência política. Seu aspecto jurídico circunscreve-se a descrever e explicar o sentido e o alcance das normas que instituiram determinadas prerrogativas que os particulares não possuem. Esse aspecto normativo, contudo, nada tem a ver com um princípio de supremacia.

Um princípio (como postulado) fundamental do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, deve consistir em algo bem diverso de um princípio de supremacia. E se fosse deduzível do direito

---

[68] Sobre a questão, essencial analisar a obra de FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 1997, pág. 54 e 55.

[69] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn. 62.

[70] Idem, ibidem, § 57 Rn. 30.

[71] Idem, ibidem, § 57 Rn 9 e 37, 28.

[72] ISENSEE, Josef. *Staat und Verfassung*. in: HStR I, § 13, RN. 106.

[73] HÄBERLE, Peter. *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht*. Rechtstheorie 14 (1983), pág. 283. Sobre esse assunto, conferir: ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo, Malheiros, 1998. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

positivo uma norma-princípio de prevalência, seria possível a dedução de uma norma-princípio antinômica à debatida, assecuratória dos interesses privados garantidos aqui-e-acolá na Constituição, como já analisado. Procurar um postulado normativo explicativo de um ordenamento jurídico-administrativo que protege interesses tão diferenciados constitui tarefa difícil. Além disso, é necessário esclarecer que o Direito Administrativo regulador das atividades externas da administração ("Aussenverwaltungsrecht") prescreve — contrariamente ao que faz o Direito Administrativo interno ("Innenverwaltungsrecht") ou o Direito Administrativo privado ("Verwaltungsprivatrecht") — justamente a relação entre o Estado e o cidadão. Não a pressupõe como algo pré-decidido ou mesmo a ser decidido em favor do interesse público.

Uma norma de preferência só pode ser uma norma individual e concreta, algo bem diverso de uma tendência abstrata. [74]

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante conseqüência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.

Essas ponderações reconduzem a discussão para resultado diverso: se o ordenamento jurídico regula justamente uma relação de tensão ("Spannungsverhältnis") entre o interesse público e o particular, bem exemplificada pela repartição de competência nos vários níveis estatais e pelo contraponto da instituição de direitos fundamentais, por sua vez só ajustável — com a ajuda de formas racionais de eqüidade [75] — por meio de uma ponderação concreta e sistematicamente orientada, então a condição racional para o conhecimento do ordenamento jurídico deve ser outra, precisamente consubstanciada no »**postulado da unidade da reciprocidade de interesses**« ("Gegenseitigkeitspostulat").[76] Ou nas palavras de LADEUR:

---

[74] SCHNEIDER, Harald. *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*. Baden-Baden, Nomos, 1979. pág. 237.

[75] ALBRECHT, Rüdiger Konradin. *Zumutbarkeit als Verfassungsmassstab*, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, pág. 78.

[76] Sobre a questão, de forma similar: FRIAUF, Karl Heinrich. *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gesetzgebung über Steuern vom Einkommen und vom Ertrag*, in: Steuerecht und Verfassungsrecht, (Hrsg.) ders, DStJG 12 (1989), pág. 8. Sobre a necessidade de atentar para o impulso decorrente dos direitos fundamentais para a redefinição do direito administrativo, ver: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 57.

> *"Ponderação de bens é uma figura dogmática que não mais submete os direitos a limites imanentes e explícitos, isto é, a regras de preferência estáveis (p. ex. em favor do interesse público), mas procura trabalhar situativa e estrategicamente um complexo, uma conexão de interesses de generalização limitada, sobretudo por meio da formulação de standards ou de valores flexíveis."*[77]

Conclui-se, ao final, duplamente. De uma lado, que um princípio de supremacia e a compreensão formal do Direito Administrativo devem ser ultrapassados em favor de prescrições materiais, no sentido de normas jurídicas substanciais, só desvendáveis mediante a análise sistemática das normas constitucionais materiais, vale dizer, daquelas normas que dizem respeito, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, aos bens jurídicos que se quer descrever e explicar. De outro lado, que uma dogmática material só é explicável com a ajuda de uma hierarquização constitucional imanente das normas materiais (e de seus contrapontos formais).

B. PODE SER ELE UM POSTULADO NORMATIVO DE ACORDO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

I - DELIMITAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO

1. PLURALIDADE SIGNIFICATIVA

A segunda questão, referida como teorético-científica, trata da adequação do referido princípio da supremacia do interesse público sobre o particular para explicar o sistema jurídico-administrativo e a relação Estado-cidadão. Ela, no entanto, será tratada de modo reduzido.[78]

Eis a pergunta: — Qual o significado geral que o interesse público pode possuir em um Estado de Direito? Essa é uma questão de teoria geral do Direito Público. Algumas observações devem ser feitas aqui, sem que sejam, no entanto, tratadas as questões ético-jurídicas ou ético-políticas relacionadas ao tema.

Inicialmente, deve ser aprofundada uma distição já feita. Interesse público pode referir-se sobretudo a duas realidades: a uma norma ou (conjunto delas) que encontre fundamento jurídico de validade em um dado ordenamento jurídico; ou a uma idéia que represente uma necessidade

---

[77] LADEUR, Karl-Heinz. *»Abwägung« - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*. Frankfurt am Main, Campus Verlag, 1984, pág. 218.

[78] Quanto à perspectiva político-jurídica e histórica, ver: ISENSEE, Josef. *Staat und Verfassung*. in: HStR I, § 13. STOLLEIS, Michael. *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974. HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenaeum, 1970. HÄBERLE, Peter. *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht*. Rechtstheorie 14 (1983), pág. 257-284.

racional para a comunidade política.[79] No primeiro caso, trata-se de uma »**norma-princípio**«, cuja definição já foi analisada.

Quando o grande publicista BANDEIRA DE MELLO descreve — nomeando ora como axioma ora como princípio — a supremacia do interesse público afirmando ser um "...*pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados*"[80], refere-se ao interesse público como uma necessidade racional para a comunidade política, cuja validade precede a qualquer positivação. Não se trata, aqui, de uma norma princípio ou de um postulado normativo, mas do bem comum como princípio fundamental da ética comunitária ou da política jurídica.[81] Trata-se de um postulado ético-político, portanto.

A investigação sobre a causa do surgimento do desinteresse intrínseco ao exercício da função administrativa pelo funcionário, da indisponibilidade dos interesses públicos e da executabilidade do ato administrativo, da posição privilegiada da administração e dos seus "privilégios" relativamente aos administrados não é objeto da Ciência do Direito. Objeto dessa investigação consiste em importantes postulados ético-políticos, ao seu modo inconfundíveis com normas jurídicas (regras ou princípios).

Já a análise desses elementos (posições, direitos, bens) enquanto ínsitos à função administrativa e instituídos pelo ordenamento jurídico diz, sim, respeito à Ciência do Direito. Nesse âmbito de conhecimento, entretanto, não são *auto-evidentes*, como os axiomas. Nem surgem de *per se*. Resultam, antes, de normas, sem as quais não existiriam juridicamente. A sua explicação deve manter-se fiel a esse objeto. E mesmo quando há expressa menção normativa ao interesse público, definido pela finalidade relacionada à comunidade, nada é dito sobre a sua supremacia.[82] Nesse âmbito, em vez de postulados, teríamos ou uma norma-princípio, cuja existência, no entanto, não restou corroborada, mas foi antes mesmo refutada, ou um postulado normativo, cuja referibilidade ao ordenamento jurídico ora se discute.

E o que pode e deve ser dito relativamente a esta segunda questão é que um postulado explicativo do Direito Administrativo não pode ser uma regra de prevalência, mesmo que essa preferência seja "apenas" abstrata

---

[79] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 37 e 38.

[80] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 9. ed., São Paulo, Mallheiros, 1997, pág. 30.

[81] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 9 e 37, 38.

[82] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 136.

e relativa. Ao contrário de uma regra de preferência, poder-se-ia falar sobre o bem comum como idéia por detrás das normas e dos fins estatais, mas que representaria a unidade de uma multiplicidade de interesses públicos verificáveis no Direito e na sociedade (o que terminaria, por via diversa, por corroborar o aqui formulado postulado da reciprocidade, em vez do "princípio da supremacia").[83] Importante, porém, a advertência de SCHMIDT-ASSMANN: "*A determinação do bem comum é antes de tudo uma questão de direito positivo, que para respondê-la deixa normalmente à disposição prescrições procedimentais e materiais*".[84]

2. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

O "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular" pressupõe a verificação de algumas condições, sem as quais ele não pode ser havido como uma *condição necessária à explicação do ordenamento jurídico* (postulado normativo): o interesse público deve ser descrito ou explicável separadamente do interesse privado, ou ser dele dissociável, para que possa ser concebida, ainda que abstratamente, uma posição de supremacia em favor do primeiro; a relação bipolar entre os citados interesses deve ser de significado geral e fundamental para a explicação do Direito Administrativo, a qual pressupõe uma relação Estado-cidadão; o interesse público deve ser determinável normativa e objetivamente, mesmo no caso concreto, sob pena de ser insustentável uma supremacia intersubjetivamente controlável.

II - A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE PRIVADO
1. RELAÇÃO COM O INTERESSE PÚBLICO

Como já observado — embora isso nem sempre mereça a devida atenção — na definição de interesse público estão também contidos elementos privados.[85] ISENSEE esclarece:

> *"Na prática política é bastante discutido o que proporciona o interesse público numa concreta situação, se ele obtém a primazia frente a interesses particulares colidentes ou como deve ser obtido um ajuste. Mas não se trata de medidas inconciliáveis ou antinômicas. Então o bem comum inclui o bem de suas partes (...) Interesses privados podem transformar-se em públicos. Bonum commune e bonum particulare exigem-se reciprocamente. Essa*

[83] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 2.

[84] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 137.

[85] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970. pág. 526. ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1989, pág. 243.

> *principial coordenação exclui uma irreconciliável contraposição. A tensão entre ambos é, no entanto, evidente".*[86]

Todo o exposto conduz à negação de uma supremacia. Quando — e isso não é um caso necessário — o interesse público contrapor-se ao privado, não tem o primeiro, *ipso facto*, a primazia. Muito menos *a priori*. SCHMIDT-ASSMANN trata exatamente da questão: "*Não há uma automática supremacia dos interesses públicos*".[87] Deve haver, outrossim, uma ponderação, não somente dos interesses reciprocamente implicados, mas, também, dos interesses públicos entre si. Os interesses públicos são, como lembra LEISNER, igualmente carecedores de ponderação, tal como os interesses privados. Eles devem ser, entre si, ponderados, pois podem apresentar-se em situações de conflito interno ("*Insichkonflikte"*).[88] Ou nas palavras do referido autor:

> *"A unidade dos interesses públicos parece ser uma necessidade estatal fundamental, além da unidade da entidade estatal; daí não resulta a mais valência ("Höherwertigkeit") deste mesmo interesse relativamente aos interesses dos cidadãos. No 'interesse público' estão múltiplos interesses em si não necessariamente supravalorados que são, sim, entre eles carecedores de ponderação, mas daí não hierarquicamente superiores".*[89]

2. SUA FUNÇÃO NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS

A análise do Direito Administrativo desenvolvida sob o influxo da contraposição entre o Estado e o cidadão e entre o interesse público e o privado deve ceder frente a uma descrição e explicação do Direito Administrativo que incorpore a multiplicidade das relações administrativas, também definidas como relações jurídicas multipolares ("multipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse").[90] Caminho ainda a ser descoberto pela

---

[86] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 19.

[87] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 137.

[88] HÄBERLE, Peter. *Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht*. Rechtstheorie 14 (1983), pág. 282.

[89] LEISNER, Walter. *Der Abwägungsstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?* Berlin, Duncker und Humblot, 1997, pág. 140. Ders.: *Privatinteressen als öffentliches Interesse*. DÖV 7 (1970), pág. 217 ff.

[90] SCHMIDT-PREUSS, Matthias. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: das subjetive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pág. 8. A doutrina administrativa alemã — no que deve ser devidamente ponderada, tendo em vista a diferença entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão nesse aspecto — descreve, para alterar a definição de relação administrativa, aquelas situações em que o particular exerce um Direito seu relativamente a outro particular, mas por intermédio da função administrativa, hipóteses em que não há uma *contraposição* direta de interesses, mas vários interesses envolvidos, como, por exemplo: a pretensão de impugnar ou de

doutrina do Direito Administrativo é justamente explicar o seu objeto — Direito Administrativo brasileiro — tendo em vista as normas de Direito Administrativo decorrentes de novas figuras até então inexistentes, sobretudo em consideração àquelas relações jurídicas que não envolvem estritamente uma contraposição entre interesse público e privado: administração cooperativa e Estado cooperativo (decorrência da privatização de serviços públicos ou mesmo da necessidade de fiscalização e cooperação em novas áreas como meio ambiente, saúde pública, comunicações, telefonia, correios, mídia eletrônica, as quais não revelam tanto relações antinômicas, mas uma coordenação recíproca entre vários interesses), novos conceitos basilares do Direito Administrativo (resultado da modificação de titulares dos serviços: como fica a *definição de serviço público* sem ter como titular o Estado, como fica a proteção de *interesses* numa sociedade pluralista e diversificada), Direito Administrativo multipolar (decorrência dos vários interesses envolvidos: individuais, sociais, de grupos, etc.).[91]

Em vez de uma relação bipolar, esclarece SCHMIDT-PREUSS sobre a relação administrativa, "*direciona-se esta para a forma de 'relações administrativas poligonais', nas quais direitos subjetivos se defrontam entre si ("untereinander in Frontstellung stehen"). A seguir aumentam as vozes que partem da orientação global do Direito Administrativo baseada na relação bipolar-clássica Estado-cidadão e de seus decorrentes limites para referirem-se à compreensão de relações multi-pessoais*".[92] A contraposição de ambos os interesses não ocorre nesses casos, muito menos, e por conseqüência, uma relação de prevalência. Com razão HÄBERLE:

> *"A diferenciação das atuais relações de interesses públicos e privados apresenta profundas transformações. Do desenvolvimento do primado do interesse público (...) está o Judiciário a reforçar os interesses privados para uma ponderação diferenciada, orientada para o caso particular e para a constituição. A 'jurisprudência do bem particular' ("Privatwohlrechtsprechung") torna-se uma parte — indireta — da 'jurisprudência do bem comum' ("Gemeinwohlrechtsprechung")".*[93]

---

suspender, em favor do particular, uma autorização administrativa anteriormente concedida ou a obtenção de uma medida administrativa qualquer em face de outro particular (particular x particular x Estado). Sobre essa questão, no Direito Tributário alemão, ver: ECKHOFF, Rolf. Vom konfrontativen zum kooperativen Steuerstaat. *Steuer und Wirtschaft*, 2/1996, pág. 107 ss., 110, 111.

[91] SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 26, 27, 57, 129, 131.

[92] SCHMIDT-PREUSS, Matthias. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: das subjetive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pág. 17.

[93] HÄBERLE, Peter. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, Athenäum, 1970. pág. 726.

3. PRIVADO COMO INDIVIDUAL

A afirmação de que o interesse privado, no final das contas, também serve indiretamente ao interesse público não encontra corroboração principial, já que pode ser distinguido quando o particular deve juridicamente ser visto como *individuum* e quando deve ser compreendido como parte da comunidade. Nem sempre ficam os interesses privados absorvidos completamente pelo interesse público, mas interesses próprios dos individualmente atingidos também podem ser dignos de ponderação.[94]

Se ambos os interesses não podem ser verificados separadamente, se uma relação unitária bipolar entre Estado e cidadão não mais possui o significado fundamental no sistema jurídico interno, torna-se impensável um postulado explicativo do Direito Administrativo que seja baseado na supremacia do interesse público sobre o particular. O conhecimento do Direito Administrativo não se submete a essa condição.

Por fim, é importante lembrar que "o" interesse público não é determinável objetivamente. Há muitas dificuldades para a determinação do significado de »interesse«: ele representa, antes de tudo, um fenômeno psíquico, cuja descrição deve ser necessariamente feita com referência ao ordenamento jurídico. Igualmente a expressão »público«. A esse respeito MARTENS:[95]

> *"No Estado Constitucional Democrático são fundamentalmente as normas constitucionais que regulam quais interesses devem, nos seus pormenores, ser seguidos como interesses do Estado e como isso deve suceder, e isso será necessariamente determinado pelo legislador nos limites por elas estabelecidos. Sem essa juridicização ("Verrechtlichung") por meio da Constituição e das leis é, também na democracia, juridicamente irrelevante à invocação a interesses públicos e talvez adequado para a fundamentação de exigências político-jurídicas, cujos conteúdos orientam-se por objetos de interesse e por isso podem ser tão multiformes quanto esses".*

A possibilidade de uma definição abstrata mínima sem o recurso à concretização das normas constitucionais apresenta-se da mesma forma questionável.[96] A mesma dificuldade apresenta-se na aplicação das normas.

---

[94] SCHMIDT-PREUSS, Matthias. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: das subjetive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pág. 174.

[95] MARTENS, Wolfgang. *Öffentlich als Rechtsbegriff*. Bad Homburg, Gehlen, 1969, pág. 185.

[96] MARTENS, Wolfgang. *Öffentliche als Rechtsbegriff*. Bad Homburg, Gehlen, 1969, pág. 173, 178. SCHMIDT-PREUSS, Matthias. *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: das subjetive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*. Berlin, Duncker und Humblot, 1992, pág. 179.

Seria possível descrever os interesses públicos como finalidades administrativas diacronicamente diferenciadas e normativamente limitadas. Dito de outro modo: tentar-se-ia explicar um princípio unitário a ser determinado no caso concreto, e não uma regra de prevalência relacionada a interesses privados.[97] Em vez de um "princípio de prevalência", seria valorada a importância do bem comum, o qual, porém, estaria intimamente relacionado com os objetivos estatais, com as normas de competência, com o conteúdo dos atos administrativos e com os direitos fundamentais.[98]

Resta, ao final, questionável, se a sua descrição teórica será ou poderia ser útil para a descrição e explicação do Direito Administrativo. Esta seria uma questão a ser respondida na teoria geral do Direito Administrativo. Não aqui.

CONCLUSÕES

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

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

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

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

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

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

[97] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 20. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*. Berlin u.a., Springer, 1998, pág. 134.

[98] ISENSEE, Josef. *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: HStR III, § 57 Rn 54, 55 und 115. HÄBERLE, Peter. *Die Gemeinwohlproblematik in Rechtswissenschaftlicher Sicht*. Rechtstheorie 14 (1983), pág. 275.

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

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes conseqüências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular (ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse "princípio". Aí incluem-se quaisquer atividades administrativas, sobretudo aquelas que impõem restrições ou obrigações aos particulares. Segundo: a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principial ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Como isso deve ser feito, é assunto para outra oportunidade.

O esclarecimento dos fatos na fiscalização de tributos, a determinação dos meios empregados pela administração, a ponderação dos interesses envolvidos, pela administração ou pelo Poder Judiciário, a limitação da esfera privada dos cidadãos (ou cidadãos contribuintes), a preservação do sigilo, etc. são, todos esses casos, exemplos de atividades administrativas que não podem ser ponderadas em favor do interesse público e em detrimento dos interesses privados envolvidos. A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, **ao máximo**, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.

O objetivo desta análise crítica do "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular" é apenas iniciar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, curiosamente inexpressiva. Não tem por finalidade — nem o poderia — renegar a grandiosa contribuição dos mestres citados, mas, antes, prestar a homenagem da reflexão sobre suas valiosas lições.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1888**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.