

A FALÁCIA DA DESCONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA
SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO
SOBRE O PRIVADO

*THE FALLACY OF DECONSTRUCTION THE
PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC
INTEREST ON PRIVATE*

*Larissa Pinha de Oliveira**

Resumo: Estuda-se tema central para o direito administrativo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado diante do movimento de desconstrução da noção que segue alinhado à tendência contemporânea de mitigação e enfraquecimento de institutos tradicionais da disciplina. Para além da sistematização, investiga-se em que medida as principais críticas investidas contra o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular são de fato reais ou meramente aparentes.

Palavras-chave: Interesse público; Supremacia; Desconstrução; Falácia.

Abstract: The present article studies a central theme for the administrative law: the principle of the supremacy of the public interest over private, especially against the movement of deconstruction the

* Professora Assistente de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bacharel em Direito e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ). Aluna especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Direito Administrativo) da Universidade de São Paulo (USP).

notion that contemporary intends to mitigate and weaken traditional institutes of the discipline. Beyond systematization, this study investigates to what extent the main criticisms attacks against the principle are real or merely apparent.

Keywords: Public interest; Supremacy; Deconstruction; Fallacy.

Introdução

A problemática da supremacia do interesse público sobre o privado, conquanto recorrente na academia brasileira revela-se tema ainda inesgotado, capaz de despertar permanente atenção por parte da doutrina. Questão de centralidade incontestada para o direito administrativo, alçada à verdadeira “pedra de toque” do regime jurídico-administrativo¹, a referida primazia conhece na contemporaneidade desafios e confrontações decorrentes de tendência atual de desconstrução e redução de institutos tradicionais do direito administrativo, reflexo de influência crescente do direito comunitário europeu e do direito norte-americano² em *terrae brasilis*.

Sem que se precise aqui avançar na discussão ideológica e política de fundo que constitui o substrato desta aproximação entre sistemas jurídicos distintos ou na proeminência cada vez mais evidente de uma lógica econômica advinda do movimento denominado *Law and Economics*³, fato é que o direito administrativo hodierno tende, em boa medida, a convergir com as concepções dominantes

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo* (Coords. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010, p. 1.

3 Acerca do assunto conferir: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law&Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

estrangeiras vigentes, incorrendo no que Celso Antônio Bandeira de Mello denominou de *síndrome da dependência*, no *servilismo intelectual*⁴, porquanto assume para si o colapso de determinados institutos⁵, ainda que sem correlação com a realidade jurídica brasileira ou em desacordo com as disposições constitucionais.

Independente disto, poder-se-ia fazer um inventário ilustrativo dos diversos caminhos perfilhados pelos autores no exame da supremacia do interesse público sobre o interesse privado: há quem sustente tratar-se de princípio central e inerente ao Direito⁶, noção de primeira grandeza⁷ radicada implicitamente em diversos dispositivos da Constituição⁸. Quem reconheça a sua função conformadora, porém alerte para a dificuldade em se definir precisamente os seus contornos⁹. Autores que defendem a fundamentalidade da referida supremacia porquanto partilham de uma mesma compreensão acerca do interesse público enquanto resultado “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”¹⁰.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, 2009, jan./fev./mar. 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 jun. 2013, p. 2.

5 Maria Sylvia Di Pietro faz alusão à repercussão, por vezes acrítica das crises estrangeiras no Brasil: “Fala-se em crise do serviço público; crise do princípio da supremacia do interesse público; crise do princípio da legalidade; crise dos contratos administrativos e de suas cláusulas exorbitantes.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit., p. 2.

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 96.

7 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 o direito administrativo (Coords. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010, p. 85.

8 OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro?* Revista de Direito Administrativo, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000.

9 MUNÓZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (Coords. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A noção jurídica de “interesse público”*. In: *Gran-*

Já a perspectiva crítica, questionadora desse princípio vetor do Direito Administrativo foi inaugurada por Humberto Ávila em artigo no qual conclui pela impossibilidade de se atribuir *status* jurídico de regra ou princípio à supremacia do interesse público sobre o particular¹¹. Dentre as várias objeções feitas pelo autor, a censura principal recai sobre uma prevalência *a priori, in abstracto*, em qualquer caso, do interesse público, notadamente diante do amplo catálogo de direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira. Esta posição de combate ao referido princípio da supremacia; ou melhor, ao que os autores apresentam como sendo o conteúdo desta norma, foi posteriormente compartilhada e desenvolvida por outros autores quando da publicação de livro coletivo¹². Em linha de ataque bastante similar, ora se advoga a inexistência do aludido princípio, ora se defende a necessidade de drástica reformulação.

Pois bem. O presente estudo tem por objetivo investigar a problemática posta, examinando os distintos delineamentos antagônicos para o Direito Administrativo. Objetiva-se problematizar algumas teses veiculadas pelos autores que advogam a desconstrução do princípio da primazia do interesse público sobre o particular. A finalidade, para além de oferecer sistematização, é de considerar a hipótese de as antíteses serem, ao menos em parte, mais aparentes do que reais. De lançarem mão de estratégia argumentativa conhecida como “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*), segundo a qual a versão defendida pelo oponente é distorcida, para sofrer posterior ataque¹³. Ao deturpar e enfraquecer a tese do outro, torna-se mais fácil a sua oposição.

des Temas de Direito Administrativo (Celso Antônio Bandeira de Mello). São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183.

- 11 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.”* In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 12 SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- 13 KAHANE, Howard. *Logic and contemporary rhetoric: the use of reason in everyday life*. California: Wadsworth Publishing Company, 1971, p. 33 a 36.

1. Contra a indeterminação, a razoabilidade

O exame da problemática envolvendo a supremacia do interesse público sobre o particular pressupõe breve incursão na noção de interesse público. A rigor, a expressão não apresenta conceituação uniforme, manifestando dificuldade, escassez ou falta de consenso. Pode-se afirmar, na linha de Celso Antônio Bandeira de Mello que “não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo *de per se* evidente, que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos”.¹⁴ Há, inclusive, quem estabeleça um paralelo entre o interesse público e o amor: impossível de ser apreendido em sua inteireza, enfraquecido em sua potência diante de qualquer tentativa de definição¹⁵.

Nesse sentido, a expressão interesse público apresenta-se polisêmica, permeada de acentuada carga valorativa. O que não representa novidade, porquanto reflexo de uma realidade social cambiante, permissiva de larga mobilidade de sentido, afinada à permanente tensão entre estabilidade e dinamismo próprios das Constituições contemporâneas. O interesse público se depara com a acentuada celeridade, com a mutabilidade própria das situações ou relações da contemporaneidade, sendo certo que a própria Administração Pública se põe como agente da celeridade em nome da eficiência de sorte a acompanhar as demandas que se sucedem, sem que se possa, todavia, afastar a possibilidade de a ligeireza traduzir inconstância ou comprometimento legal/programático.

Sem embargo, uma das críticas lançadas à primazia do interesse público sobre o particular diz respeito exatamente a sua indeterminabilidade abstrata¹⁶. Questiona-se se a apontada fluidez, plas-

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A noção jurídica de “interesse público*. Op. Cit., p. 181.

15 MUNÓZ, Guillermo Andrés. Op. Cit., p. 30.

16 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*.” In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 191.

ticidade da noção não ofereceria risco aos direitos fundamentais, porquanto a defesa de uma vitória *a priori* e em qualquer caso do interesse público importaria na assunção de uma postura arbitrária, *policial*, de permanente tensão com o valor capital da segurança jurídica.

No entanto, a despeito de não constituir noção pronta e acabada, isso não afasta a obrigatoriedade do agir estatal necessariamente ter de se reconduzir a esse conceito jurídico indeterminado, o interesse público¹⁷. No horizonte do Estado Democrático de Direito, a função administrativa é instrumento, verdadeiro *dever-poder*, prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico para o alcance da finalidade legal, do interesse da sociedade, da comunidade¹⁸.

Assim, entende-se que mesmo os conceitos fluidos, indeterminados possuem uma densidade mínima a partir da qual se concretizam¹⁹. Este conteúdo mínimo possui conexão com a normatividade constitucional enquanto produto de um consenso fundamental²⁰. E, é nesse contexto que o princípio da razoabilidade²¹ assume relevante papel na conformação e no condicionamento dos conceitos jurídicos indeterminados.

Razoabilidade é noção cuja gênese remonta à filosofia grega²², princípio²³ atrelado à noção de equilíbrio, ao padrão do justo, do

17 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 29.

19 Idem. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 29.

20 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 172 e 173.

21 Adota-se aqui a nomenclatura princípio da razoabilidade, sem embargo da controvérsia doutrinária envolvendo a adoção das noções razoabilidade e proporcionalidade. A opção justifica-se em virtude da razoabilidade abarcar a proporcionalidade, apresentando um espectro normativo maior, para além da relação motivo, meio e fim.

22 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.199. A firma Aristóteles “que o proporcional é um meio-termo, e o justo é o proporcional”.

23 Segundo Humberto Ávila, a razoabilidade e a proporcionalidade seriam postulados normativos. O autor utiliza a nomenclatura postulados para identificar as normas que não se sujeitam à ponderação. Segundo ele, a razoabilidade em si não é propriamente ponderada, ela é um critério para que os valores, os direitos sejam ponderados. ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 179,180.

meio-termo. Divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade²⁴. É conceito que atua na demarcação do que Celso Antônio Bandeira de Mello convencionou chamar de *zona de certeza negativa* e *zona de certeza positiva*²⁵. Na *zona de certeza negativa*, o conceito indeterminado não abriga a hipótese, não há qualquer dúvida. Na *zona de certeza positiva* é certo que o conceito indeterminado alberga o caso. Ou seja, em diversas situações é indubitável que exista ou não a *utilidade pública*, o *interesse social*, a *dignidade da pessoa humana*, a *reputação ilibada*, o *interesse público*. O que importa em afirmar que a razoabilidade “limita a ação do Poder Público pela certeza negativa e condiciona a conduta do Estado pela certeza positiva. Isto é: a demarcação destas zonas de certeza acontece por um ato de valoração propugnado pela norma da razoabilidade”²⁶.

Veja-se a hipótese: se o Poder Público, diante de uma finalidade albergada pela lei opta pela medida mais gravosa a direitos individuais em detrimento de providência igualmente apta e menos impactante, vulnerando o subprincípio da necessidade, observa-se a ausência do interesse público, porquanto violada a máxima de que o meio empregado há de ser o mais leve, o menos gravoso para os direitos fundamentais.

Sem embargo do manifesto paradoxo de que a própria norma constitucional da razoabilidade revela conceito indeterminado²⁷,

24 Acerca dos três subprincípios da razoabilidade: 1) Adequação: também chamado de subprincípio da idoneidade, da pertinência, da aptidão. Estabelece uma relação de aptidão, de idoneidade ou adequação da medida (lei, ato administrativo etc.) para alcançar o objetivo a que se propõe (finalidade); 2) Necessidade: Pode ser traduzido pela expressão proibição do excesso, ou seja, entre duas medidas deve se optar por aquela que gera o menor ônus, a medida mais branda, mais suave, menos onerosa; 3) Proporcionalidade: o que se ganha com a medida deve ser mais lucrativo do que aquilo que se perde. É a ponderação entre os prejuízos (ônus) e os benefícios (bônus). Sobre o assunto, conferir: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 81 e ss.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Op. Cit., p. 28-32.

26 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 171.

27 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 177.

o fato é que a indeterminação de um conceito não pode servir de entrave a sua aplicação, notadamente porque a discricionariedade genérica, abstrata ao nível da norma não produz necessariamente discricionariedade no nível fático, empírico²⁸. Distintos são os níveis de indeterminação a depender da hipótese. Assim, “quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge o seu grau mais elevado. Essa indeterminação diminui quando o princípio é considerado nos diferentes ramos do direito”²⁹.

Exemplificando: dentre os fundamentos constitucionais da desapropriação ordinária encontra-se o *interesse social*, noção indubitavelmente plástica e permeada de fluidez. Contudo, não resta dúvida que no caso do projeto do *Porto do Rio*, um dos macroprojetos imobiliários sediados no Rio de Janeiro, o interesse social a justificar eventuais desapropriações apenas restará configurado se for resultado de um projeto urbanístico público, inclusivo dos cidadãos cariocas, a justificar e legitimar o dispêndio de vultosos recursos públicos³⁰.

Assim, como antes marcado, a norma da razoabilidade e consequentemente os seus subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade constituem importantes ferramentas na densificação, na atribuição de consistência aos conceitos jurídicos indeterminados (ou *conceitos jurídicos determináveis*, como preferimos). Conceito indeterminado não é noção esvaziada, despida de significado. Há uma determinação razoável, inicial perpetrada pela dogmática jurídica³¹. A razoabilidade incide nessa objetivação, na consolidação desse conteúdo mínimo, reduzindo a indeterminação dos conceitos. Desta maneira, desponta como mecanismo jurídico fundamental no combate à imprecisão, à ambiguidade.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Op. Cit., p. 28-32.

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Op. Cit., p. 98.

30 Acerca do assunto, consultar: <<http://www.soniारabello.com.br/porto-do-rio-sera-mesmo-uma-maravilha-3/>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

31 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 173.

2. Supremacia *a priori*, *in abstracto*, dos direitos fundamentais?

Dentre as críticas desferidas ao interesse público e a sua superioridade localiza-se a tese de que o princípio da supremacia traduziria verdadeira regra de prevalência³². Sustenta-se que a noção admitiria apenas uma medida de concretização, a primazia estabelecida “*a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados”³³. Distante da singularidade fática e normativa, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular afastaria a necessidade de ponderação: sua ascendência restaria evidente em todos os casos, visto que impossível a sua concretização gradual.

Outro argumento utilizado por Humberto Ávila para negar a qualificação de norma-princípio à supremacia do interesse público sobre o particular seria a sua ausência de referibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro. Frente ao amplo catálogo de direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição brasileira (artigos 5º a 17), bem como das demais normas protetivas dos denominados direitos de primeira geração, a única regra abstrata de prevalência possível de ser firmada via processo dialético seria aquela em favor dos interesses privados e não dos públicos³⁴. Ante à tamanha proteção da esfera individual perpetrada pela Constituição cidadã, consolidado estaria um ônus argumentativo em favor do interesse particular, este sim digno de prioridade³⁵. O autor, fazendo alusão a Friedrich Müller, acrescenta 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 ideia de Direito.”³⁶

32 ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 186.

33 Ibid.

34 Ibid. p.188.

35 Ibid. p. 189.

36 Ibid. p. 190.

Boa parte da argumentação de Humberto Ávila encontra guarida no artigo escrito por Daniel Sarmento. Lançando mão da possibilidade de defesa de um princípio da interesse público em versão “fraca”, moderada, segundo o qual haveria apenas uma precedência *prima facie* (e não uma primazia *a priori* e absoluta) do interesse público sobre o particular, Daniel Sarmento faz referência à necessidade de “uma fortíssima carga argumentativa para a superação do direito fundamental em proveito do interesse público em confronto”.³⁷ Contudo, adverte que o princípio da supremacia do interesse público, seja na sua versão “forte” ou “fraca”, justamente por não conferir primazia aos direitos fundamentais, deve ser rejeitado porquanto inadequado à ordem constitucional brasileira³⁸. Assim, aduz que nas hipóteses de conflito, cabível apregoar uma precedência *prima facie*, *a priori* dos direitos fundamentais, de maneira que “o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a “vitória” do direito fundamental”.³⁹

Cumprе salientar que ambos os autores fazem alusão à incompatibilidade da primazia do interesse público sobre o interesse particular com o princípio (postulado) da proporcionalidade (razoabilidade), uma vez que ao estabelecer uma prioridade, proeminência *a priori*, cabal do interesse público, restaria suprimida qualquer possibilidade de balanceamento, de ponderação. Firmada a regra abstrata de prevalência, de direcionamento em favor do interesse público, sacrificado imediatamente estaria o direito fundamental contraposto⁴⁰.

37 SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 134.

38 *Ibid.* p. 135.

39 *Ibid.* p. 136.

40 SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, p. 133 e ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, p. 197.

Pois bem. Percebe-se que boa parte dos questionamentos apontam para uma alegada superioridade *in abstracto*, a princípio, em qualquer caso do interesse público sobre o particular. No entanto, como bem afirmado pela Professora Maria Sylvia Di Pietro, “a ideia de que o interesse público **sempre, em qualquer situação**, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação (a não ser, talvez, em regimes totalitários)”⁴¹. O que ocorre, em boa medida, é uma distorção, um desvirtuamento da tese tradicional para travar-se, então, posterior ataque.

Com efeito, os autores que pretendem firmar uma perspectiva crítica destacam a problemática de se estabelecer uma regra interpretativa de primazia, de direcionamento que dispense as circunstâncias do caso concreto e se firme em *abstracto*, em princípio em favor do interesse público. Contudo, incorrem em contradição na medida em que sustentam uma preferência *a priori* dos direitos fundamentais sobre o interesse coletivo⁴². Ora, se o que se pretende combater é a criação de qualquer regra de prevalência que possa subverter o processo dialético de ponderação, “pautada pela máxima realização dos direitos envolvidos, sem uma solução pré-concebida”⁴³, qual o sentido, então, de se defender uma prevalência *a princípio, in abstracto*, do interesse privado sobre o interesse público? Não se estaria incorrendo na mesma falácia tão antes criticada? Na afirmação de uma primazia dos direitos fundamentais às avessas?

Mais ainda: sendo este o principal motivo para se negar o *status* jurídico de princípio à supremacia do interesse público sobre o particular, o mesmo raciocínio não poderia ser feito para se negar qualquer vitória de antemão em favor dos direitos fundamentais? Isso porque, como bem alerta Humberto Ávila, para que a descoberta de qualquer princípio seja metodicamente sustentável, qual-

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Op. Cit., p. 94.

42 SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 136.

43 ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 197.

quer interesse (seja público ou particular) só pode assumir uma relação de condicionada prioridade *in concreto*, não antes⁴⁴. Logo, para que a crítica seja na sua inteireza coerente, a lógica tem de ser a mesma diante de qualquer caso: interesse público ou privado.

Também é passível de questionamentos a concepção de direitos fundamentais veiculada pelos autores supramencionados. Há um forte tendência à examiná-los tão-somente sob o prisma dos direitos fundamentais de primeira geração, dos direitos individuais. Tal postura revela uma perspectiva individualista subjacente à valorização demasiada do conceito de pessoa ou da centralidade de valores como a liberdade, igualdade, segurança, propriedade sob a égide da Constituição de 1988. Espécie de retorno ao liberalismo e seus fundamentos, tais como a liberdade de iniciativa e competição⁴⁵. Contudo, imperioso afirmar também a fundamentalidade dos direitos sociais⁴⁶ e sua relevância na construção do núcleo essencial do interesse público, para além do ideário liberal oitocentista. A contemporaneidade reclama uma noção de interesse público capaz de expressar e albergar um sentido social. Daí porque adequada a observação de que a referida noção reclama um reexame “à luz dos postulados democráticos vigentes nas Constituições atuais, permeadas pelas exigências do modelo social do Estado de Direito.”⁴⁷

Do mesmo modo, o argumento de que a primazia do interesse público sobre o particular não resulta da análise sistemática do Direito, porquanto incabível de ser depreendida por meio da dedução⁴⁸ também não merece prosperar. Ora, a Constituição de 1988

44 Ibid. p. 191.

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Op. Cit., p. 101.

46 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 51.

47 GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (Coords. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 196.

48 ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 188.

foi resultado de um “processo dialético de forças opostas”⁴⁹ e o seu texto, a despeito das reformas constitucionais posteriores, constitui reflexo de uma assimetria entre conservadores e progressistas, albergando tanto uma *gramática de direitos fundamentais*⁵⁰ quanto interesses do conjunto social, dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade. Nessa linha, sem embargo da relevância dos direitos fundamentais consignados na Constituição brasileira, o referido princípio da supremacia, conquanto não expresso, pode e deve ser reconduzido a diversos dispositivos constitucionais tais como: o princípio da função social da propriedade, do valor social do trabalho, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), dentre outros⁵¹. Ou seja, possui clara referibilidade à normatividade constitucional brasileira.

Desta maneira, percebe-se que há uma tentativa de radicalização e desvirtuamento da noção de primazia do interesse público, no intuito de sublinhar o seu caráter apriorístico e abstrato. Contudo, forçoso perceber que a doutrina administrativista clássica jamais afirmou isso, até porque seria de uma simplificação não condizente com a envergadura intelectual desses autores. Conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello, o que há é um interesse singular, um interesse individual do sujeito que pode, eventualmente, contrapor-se ao interesse do todo, ao interesse da coletividade entendido como aquele “igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos”.⁵² O que importa em reconhecer que o interesse público pode também estar na satisfação de determinados interesses privados⁵³, ou seja, que o interesse das partes não

49 PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. xvi.

50 SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p. 97.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 96.

52 Idem. *A noção jurídica de “interesse público”*. Op. Cit., p. 183.

53 BARROSO, Luís Roberto. *Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público*. In: *Interesses públicos versus interesses*

é adverso ao interesse do todo e que o interesse público não é “um interesse *a se stante*, autônomo, *desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe o todo*”.⁵⁴ Por isso, revela-se artificial e despida de sentido tanto o exagero em relação a uma primazia apriorística do interesse da coletividade quanto a contraposição propositalmente acentuada entre o interesse público e o interesse privado⁵⁵.

3. Desapropriação e a supremacia do interesse público sobre o particular

Pretende-se neste tópico problematizar a afirmação feita por Gustavo Binembojm de que a desapropriação não constitui hipótese de prevalência absoluta do interesse público sobre o particular. Na perspectiva do autor, o caso seria de acomodação entre os dois interesses “mediante adoção de uma solução intermediária, pela qual ambos são preservados em alguma medida, sem a supressão total de qualquer deles”⁵⁶. Desta maneira, o constituinte teria antecipado o juízo de ponderação entre os interesses em jogo, decidindo pela possibilidade da desapropriação, mediante o pagamento de indenização que, nos termos do artigo 5º, XXIV⁵⁷, da Constituição brasileira, há de ser justa, prévia e em dinheiro. Gustavo Binembojm

privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- 54 MELLO, Celso Antônio bandeira de. *A noção jurídica de “interesse público”*. Op. Cit., p. 181.
- 55 Na lição de Humberto Ávila, o conteúdo normativo da supremacia do interesse público sobre o privado pressupõe a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular. Humberto. Op. Cit., p. 175.
- 56 BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público.* (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 165.
- 57 Art. 5º, XXIV: A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

também sustenta que a hipótese do simples confisco, caso, por exemplo, da desapropriação prevista no artigo 243⁵⁸ da Constituição, seria hipótese de primazia absoluta do interesse da coletividade.

Bem, quanto à possibilidade de caracterização de uma primazia a princípio, *in abstracto* do interesse público, independentemente das circunstâncias fáticas, da singularidade do caso, nota-se que também o autor incorre no equívoco de sustentar uma concepção de supremacia do interesse público que não encontra correspondência, respaldo na doutrina administrativista tradicional. Conforme já salientado, eventual supremacia só pode ser aferida *in concreto*, só assume contornos definitivos diante da facticidade. Logo, também aqui radicaliza-se a perspectiva clássica para depois combatê-la, desconstruí-la, o que já examinamos ser estratégia argumentativa logicamente inconsistente, esvaziada de significado.

Outrossim, admitir a hipótese de desapropriação confiscatória como exemplo de prevalência absoluta do interesse público importa no reconhecimento de que na ponderação entre dois princípios existe a possibilidade de que um deles seja completamente afastado. Ao contrário da tese difundida por Robert Alexy de que os princípios são aplicados de forma gradual, incidindo em medidas diferentes, porquanto a aplicação integral seria prerrogativa das regras, é admissível imaginar hipóteses em que a questão foi integralmente regulada por somente um dos princípios, um dos interesses⁵⁹. Segundo Binembojm, esse o caso da desapropriação confisco, caso em que não há meio termo, mas sim, a exclusão integral do interesse individual.

58 Art. 243: As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

59 Essa possibilidade de que também os princípios (e não apenas as regras) possam ser aplicados de modo integral já havia sido defendida por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54 e OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Op. Cit., p. 54.

De fato, a hipótese chama atenção para o que se entende por interesse privado no direito administrativo. Interesse privado é todo aquele juridicamente protegido, albergado pelo ordenamento pátrio, de forma que a noção pressupõe conformidade, afinamento com a legislação para poder merecer guarida. Desse modo, a rigor, somente seria caso de configurar um conflito entre o interesse público e o interesse privado se as condutas são previamente legítimas, lícitas. Na hipótese da desapropriação confisco, em que pese o cultivo de plantas psicotrópicas ser conduta repudiada pelo ordenamento jurídico, a rigor, não seria propriamente caso de conflito/ponderação. Além de ser possível identificar um interesse privado a ser resguardado. Trata-se da observância pelo Poder Público das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁶⁰ na configuração, delineamento da hipótese do cultivo ilegal, bem como na sua tramitação. Ora, se a penalidade aplicada ao expropriante no caso é das mais gravosas: consubstancia-se na perda da propriedade sem o pagamento de qualquer indenização, é justo e razoável que a conformação de sua ocorrência se dê segundo os ditames, os parâmetros constitucionais.

Também a tese de que a desapropriação ordinária não constitui exemplo de supremacia do interesse público sobre o particular não merece prosperar. Ora, a desapropriação é procedimento de direito público por intermédio do qual o Estado compulsoriamente transfere para si a propriedade de terceiro por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. Trata-se “de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado”⁶¹, aplicação concreta do princípio da primazia do interesse público sobre o particular, porquanto ao proprietário é co-

60 Artigo 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Artigo 5º, LV, da Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Op. Cit., p. 865.

minada a perda de um bem contra a sua vontade. Com efeito, é forçoso reconhecer que todas as formas de intervenção do Estado na propriedade (tanto as restritivas quanto as supressivas) constituem expressão da primazia do interesse público em diferentes medidas. A desapropriação certamente constitui a mais gravosa delas.

O argumento de Gustavo Binembojm é logicamente questionável pois não há propriamente acomodação ou adoção de solução intermediária na desapropriação. Não há reposição do patrimônio do expropriado por intermédio do pagamento da indenização. O que há é a primazia do interesse público sobre o particular *ainda* que esse interesse particular seja levado em consideração (e de fato o é, ao menos em tese, com o pagamento da justa e prévia indenização de acordo previsão constitucional). A obrigação constitucional de indenizar importa no reconhecimento pela legislação de que o interesse privado, pessoal deve ser considerado, não deve ser nulificado, mas não que, em algum momento, o interesse privado possa impedir que a desapropriação seja consumada. Não se trata de hipótese de preservação de ambos os interesses conflitantes, há, evidentemente, primazia do interesse público.

Em primeiro lugar, porque pode-se questionar a própria justiça da indenização. Conquanto condição necessária à desapropriação de bens necessários ao interesse social e à utilização pública, *justa indenização* é noção que apresenta indeterminação semântica, vagueza de sentido, expressão plurívoca. Ainda que tomada em boa medida pela jurisprudência e doutrina como o preço/valor de mercado⁶², não é possível dizer que o “conceito constitucional te-

62 Nesse sentido, conferir fragmento da ementa: STJ, EDcl no AgRg nos EDcl no Resp 1320202/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 16.10.2012: “O Laudo Pericial ocupa importância de maior destaque e essencialidade no processo judicial de desapropriação, pois, sem a sua criteriosa elaboração, a quantificação do valor indenizatório, devido ao expropriado, pode resvalar para o domínio da indesejável incerteza ou da perigosa álea estimativa. 2. É da jurisprudência assentada nesta Corte Superior que a indenização cabível ao expropriado deve refletir o valor atual do bem objeto da desapropriação, incluindo no cálculo a valorização natural decorrente da evolução do mercado, a teor do art. 12, § 2º da LC 76/93”.

nha, ontologicamente, este sentido; ou seja, a expressão justa indenização não é sinônima de preço de mercado, necessariamente.⁶³ Assim, cabe indagar se, para além das fórmulas técnicas utilizadas pelos tribunais no estabelecimento do preço a ser pago ao expropriado devem ser incluídos ou não fatores externos relacionados à valorização do imóvel⁶⁴, elementos subjetivos específicos atinentes ao proprietário do bem (se o bem objeto da expropriação é o seu único imóvel, se eventualmente sua única fonte de renda, etc.), de maneira a prestigiar não só a equidade no pagamento da indenização ao proprietário, mas também a justeza na aplicação dos recursos públicos.

Cabe salientar que a problemática envolvendo o conceito de *justa indenização* pode ainda ser agravada se o expropriante for pessoa jurídica de direito público. Isso porque, nesses casos, fixado na ação de desapropriação, o valor em dinheiro deverá ser pago por intermédio do sistema de precatórios⁶⁵, instrumento previsto no ordenamento jurídico para o reconhecimento de dívidas estatais. O cenário relativo à fila dos precatórios no Brasil é demasiado caótico, de maneira que a recomendação é evitar-se a todo custo a via judicial frente à possibilidade de condenação (e a morosidade daí resultante).

Em segundo lugar e principalmente, não há propriamente acomodação, arranjo intermediário na desapropriação ordinária, simplesmente porque pode o expropriado não ter interesse algum na indenização. O proprietário normalmente não deseja a perda da propriedade. Ele almeja permanecer na condição de proprietário de um bem singular, único por diversas razões (de cunho afetivo,

63 RABELLO, Sonia. Justa indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social e o enriquecimento sem causa. In: *Revisitando o instituto da desapropriação* (Coords. Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 204.

64 *Ibid.* p. 191.

65 Artigo 100 da Constituição: “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

até). Basta pensar no exemplo de alguém que possua um sítio de extremada beleza natural e que se veja repentinamente despojado de sua propriedade em virtude de desapropriação efetuada pelo Poder Público no intuito de ampliar as fronteiras de determinado parque nacional. Sendo a desapropriação imperativa, compulsória, impossível de ser impedida, só restará ao proprietário a discussão acerca do *quantum* indenizatório. Contudo, quantia alguma, ainda que em valor superior ao de mercado será capaz de recompor a perda daquele bem em especial. O fato de o expropriado fazer *jus* a uma indenização não afasta o fenômeno: o interesse público prevaleceu sobre o interesse privado. Daí porque não há como negar que a desapropriação ordinária consubstancie hipótese de prevalência *in concreto* do interesse público. Indubitável a possibilidade de polarização excludente.

Considerações finais

Dentre as definições apresentadas pelo Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa acerca da palavra *falácia*, destacam-se as seguintes: “raciocínio ou afirmação falsa ou errônea com aparência de verdadeira; raciocínio logicamente plausível, mas enganoso”.⁶⁶ Já quanto ao vocábulo *espantinho*, assevera o dicionário: “indivíduo feio ou descuidado com sua aparência. Quem é inútil, desastrado, sem préstimo”.⁶⁷

Cumprido esclarecer: quando se afirmou, ainda no início desse estudo, da adoção pelos detratores do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular de estratégia argumentativa destinada a erigir uma versão paralela e extremada, carregada em tintas

66 Novíssimo Aulete *Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Lexicon, 2011, p. 638.

67 *Ibid.* p. 594.

fortes da primazia do interesse da coletividade, buscou-se demonstrar a sua ausência de referibilidade à doutrina administrativista clássica. Para citar apenas dois autores: Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella de Pietro. A presente investigação procurou evidenciar a incursão dos críticos na denominada “falácia do espantalho” (*straw man fallacy*).

Inicialmente, forjou-se o espantalho (o *frankenstein*): uma prevalência *in abstracto, a priori*, definitiva, em qualquer caso do interesse público. Em seguida, partiu-se para o ataque: criticou-se a sua indeterminabilidade abstrata, o seu caráter de regra de prevalência, a sua ausência de correlação ao ordenamento jurídico brasileiro, a sua intensa investida contra os direitos fundamentais, notadamente os direitos de primeira geração, etc. E, por último, aproveitando-se de algum descuido terminológico que, por óbvio, não possui o condão de invalidar ou enfraquecer toda uma produção dedicada à disciplina atribuiu-se a culpa pela celeuma doutrinária aos doutrinadores tradicionais, os verdadeiros criadores/defensores da criatura monstruosa. Vale dizer: desvirtuada e reduzida à tese do outro, simplificado estava o trabalho de oposição.

Claro, não se desconsidera aqui a complexidade na análise empreendida pelos críticos. Nem o fato de que nem sempre que o Estado alega interesse público há efetivamente interesse público. Não obstante, a presunção é que a atuação estatal é legítima, manifesta interesse público; presunção que, como notório, é relativa, pode ceder diante de prova em contrário. Ou seja, a presunção não se impõe sempre, em todas as hipóteses, é o comum das vezes. A regra é presumir que aquilo que a Administração está afirmando ser interesse público realmente seja. E, sendo, regra é que predomine sobre o interesse privado. Notadamente porque interesse público é noção inserida na solidariedade, encontra sua legitimação também nos direitos individuais e, assim, na normatividade constitucional.

Repita-se: não é acertado afirmar que a doutrina clássica defende a tese de que o interesse público, seja ele qual for, sempre terá supremacia em detrimento do particular. Somente a primazia *in concreto* de um interesse público legal, constitucional, entendido como o interesse da sociedade capaz de albergar os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais), é que merece acolhida.

O que importa em reconhecer que o tal espantinho, afinal de contas, não afugenta ninguém, deixa a plantação às aves de rapina.

Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 199.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.” In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. (Org. Daniel Sarmento). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo direito administrativo? In: *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo* (Coords. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo* (Coords. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro). São Paulo: Atlas, 2010.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (Coords. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KAHANE, Howard. *Logic and contemporary rhetoric: the use of reason in everyday life*. California: Wadsworth Publishing Company, 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo* (Celso Antônio Bandeira de Mello). São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. O neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, 2009, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 jun. 2013, p. 2.

MUNÓZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello* (Coords. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Novíssimo Aulete Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Lexicon, 2011, p. 638.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000.

PILATTI, Adriano. *A constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RABELLO, Sonia. Justa indenização nas expropriações imobiliárias urbanas: justiça social e o enriquecimento sem causa. In: *Revisitando o instituto da desapropriação* (Coords. Edésio Fernandes e Betânia Alfonsin). Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law&Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. (Coords. Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Fórum, 2012.