

**A UTILIZAÇÃO DA REGRA DA  
PROPORCIONALIDADE COMO FORMA  
DE CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO  
DA SUPREMACIA DO INTERESSE  
PÚBLICO QUANDO EM CONFLITO COM O  
INTERESSE PRIVADO**

***USING THE RULE OF PROPORTIONALITY FOR THE  
IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF SUPREMACY  
OF PUBLIC INTEREST WHEN IN CONFLICT WITH  
PRIVATE INTEREST***

*Natália Hallit Moyses*

*Procuradora Federal*

*Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Interesse Público; 1.1 Evolução Histórica; 1.1.1 Noção Clássica; 1.1.2. Noção Moderna; 1.2 O Conteúdo Conceitual de Interesse Público; 1.3 O Interesse Público Primário e o Interesse Público Secundário; 2 O Princípio da Supremacia do Interesse Público; 2.1 O Significado de Princípio; 2.2 A Crítica e a tentativa (Frustrada) de Desconstrução do Princípio; 2.3 A Regra da Proporcionalidade Como Forma de Satisfação do Princípio da Supremacia do Interesse Público

quando em conflito com o Interesse Privado; 2.3.1 Breve explicação sobre a Lei da Colisão e a Regra da Proporcionalidade; 2.3.2 A Aplicação da Regra da Proporcionalidade ao Princípio da Supremacia do Interesse Público quando em Conflito com o Interesse Particular; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho pretende demonstrar que apesar do princípio da supremacia do interesse público não gozar de aplicação absoluta no ordenamento jurídico, permanece como princípio implícito e reclama uma aplicação ponderada quando em conflito com os interesses individuais, consoante a regra da proporcionalidade. Para tanto, o conteúdo conceitual de interesse público será delimitado, explicitando-se a diferença entre interesse público primário e secundário. Fixados os limites conceituais de interesse público, o significado do princípio da supremacia do interesse público será analisado, bem como a moderna crítica doutrinária quanto à sua prevalência na atual ordem jurídica constitucional. Será defendida a aplicação da regra da proporcionalidade, proposta na teoria do direito de Robert Alexy, ao princípio da supremacia quando houver conflito entre interesse público e privado, como forma de satisfação do referido princípio, obstando condutas arbitrárias por parte da administração pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interesse Público. Princípio da Supremacia do Interesse Público. Conflito entre Interesse Público e Interesse Privado. Regra da Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This academic work intends to demonstrate that despite the principle of supremacy of public interest does not enjoy absolute application in law, remains implicit principle and calls for a weighted application when in conflict with individual interests, according to the rule of proportionality. Thus, the conceptual content of public interest shall be limited, explaining the difference between primary and secondary public interest. Set the conceptual boundaries of public interest, the meaning of the principle of supremacy of public will be examined as well as the modern doctrinal criticism about its prevalence in current constitutional law. Will defended the application of the proportionality rule, proposed in the theory of the right of Robert Alexy, the principle of supremacy when there is conflict between public and private interest as a way of satisfying the above principle, hindering arbitrary conduct on the part of public administration.

**KEYWORDS:** Public Interest. Principle of Supremacy of Public Interest. Conflict between Public Interest and Private Interest. Rule of Proportionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 proclamou em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No entanto, no âmbito das relações sociais, conflitos entre o interesse público e o interesse privado ocorrerão, atraindo a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, informador do direito administrativo e da conduta dos agentes públicos.

Até antes do advento da Constituição da República de 1988, embora o conceito de interesse público tenha sido objeto de discussões jurídicas, inexistia dúvida sobre a sua prevalência em face do interesse privado, quando em conflito.

Na realidade, como afirma Di Pietro<sup>1</sup>, o direito administrativo instituiu princípios e institutos que derogaram em grande parte os postulados básicos do individualismo jurídico, tais como:

- i) o reconhecimento de privilégios para a administração pública opõe-se ao ideal de igualdade de todos perante a lei;
- ii) a criação, pelo Estado, de entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e os indivíduos;
- iii) a atribuição de uma função social à propriedade privada derroga o caráter absoluto com que esse instituto era visto no direito civil do século XVIII;
- iv) a imposição de normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade;
- v) a aplicação da cláusula rebus sic stantibus atinge o princípio da força obrigatória dos contratos.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 92.

Contudo, a partir do estabelecimento da nova ordem constitucional, especialmente em razão da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces da República e do Estado Democrático de Direito, deu-se início a um necessário reexame do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, sob os pontos de vista do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

O movimento de doutrinadores<sup>2</sup> contra o princípio da supremacia do interesse público, seja para excluí-lo do mundo jurídico, seja para reconstruí-lo porque pretensamente superado pela supremacia dos interesses privados introduzido pela Constituição da República de 1988, merece especial destaque, precipuamente porque põe em risco a base de todos os ramos do direito público.

Os críticos indagam como poderia o interesse individual ser observado já que a administração pública tem o dever de atender aos anseios da coletividade. Da mesma forma, alegam a inviabilidade de se falar em supremacia do interesse público sobre o particular diante da existência dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

A despeito da tentativa de mitigação ou erradicação do princípio em questão, a sua importância é inolvidável no ordenamento jurídico, sendo necessária a compreensão de que longe de legitimar posturas autoritárias da administração pública, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa, além de embasar o controle do exercício das competências discricionárias.

Portanto, ao invés de negar a sua existência, devemos combater sua utilização indevida, que ocorre quando o princípio é empregado para justificar decisões administrativas arbitrárias ou vinculadas à busca de interesses pessoais.

Além disso, o princípio da supremacia do interesse público reclama uma aplicação pautada na regra da proporcionalidade, cabendo ao administrador ponderar os interesses em conflito, considerando os direitos fundamentais eventualmente envolvidos.

Nesse panorama, o presente trabalho perseguirá o conteúdo conceitual de interesse público, percorrendo a sua evolução histórica;

---

<sup>2</sup> Tais como Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm.

demonstrará a importância do princípio da supremacia do interesse público com um dos pilares do direito brasileiro, bem como a necessidade de aplicação da regra da proporcionalidade ao citado princípio quando em conflito com interesses privados como meio de satisfação dos interesses e direitos envolvidos no caso concreto.

## 1 O INTERESSE PÚBLICO

Atualmente, tem-se questionado no direito administrativo sobre a efetiva superioridade ou, até mesmo, a existência de um interesse público norteador das atividades administrativas.

A crítica doutrina aponta o interesse público como sendo a gênese do direito administrativo reacionário e autoritário. Contudo, já advertia Borges<sup>3</sup>, há a necessidade de distinguir a supremacia do interesse público de “suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo.” O problema, pois, não é do princípio, mas de sua aplicação prática.

### 1.1 Evolução Histórica

A investigação acerca do conteúdo conceitual de interesse público na modernidade leva necessariamente ao estudo de sua evolução histórica.

#### 1.1.1 Noção clássica

A noção clássica de interesse público, segundo Carvalho Filho<sup>4</sup>, desempenha papel mais expressivo a partir da constituição do Estado de Direito. Dentre os postulados fundamentais sobressai o que identifica sua função primordial, qual seja, a de gerir os interesses das coletividades perseguindo o bem-estar e a satisfação dos indivíduos.

Na antiguidade não havia espaço para definir o interesse público, em razão de diversas condições políticas, sociais e econômicas. No direito romano, entretanto, notadamente à época de Ulpiano, já se encontravam

3 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, fev/mar/abr, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

certos axiomas que se relacionavam ao interesse do Estado, conquanto este ainda não configurasse o instrumento de representação popular. Naquela época, se o interesse era do Estado, a norma seria de direito público e, se dos indivíduos, seria de direito privado<sup>5</sup>.

Logo, a interpretação do interesse público levava em consideração dois vetores: um relativo ao interesse do próprio Estado e outro pertencente à coletividade, com representação do Estado. Observe-se que direta ou indiretamente, o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para identificá-lo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas. Igualmente, as relações jurídicas se viram permeadas pelo influxo da mesma ideia.

Ao tratar das linhas conceituais do Direito Administrativo, Bielsa citado por Carvalho Filho<sup>6</sup>, partiu da premissa de que esse ramo se constitui de normas que regulam a ação dos órgãos da administração pública e a situação dos administrados, quer quando impõe deveres, quer quando reconhece direitos e interesses legítimos, realçando a bipolarização do interesse público como do Estado e da coletividade.

No Império, época em que apenas a Europa, principalmente a França, começava a vicejar o Direito Administrativo, considerava-se esse ramo como aquele que rege direitos, interesses sociais e interesses de ordem pública, ao passo que o Direito Civil disciplinava os direitos e interesses privados<sup>7</sup>.

Ainda com a visão clássica, o interesse público esteve associado à própria noção de Estado e aos objetivos perseguidos. Carvalho Filho<sup>8</sup> recorda que a ligação do interesse público com os fins do Estado se afigura plenamente compreensível, pois seria inimaginável que o Estado se preordenasse a fins e interesse privados, refugindo à sua missão fundamental de organizar a coletividade e prestar-lhe a devida satisfação quanto a seu bem-estar.

---

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69.

6 *Ibidem*, p. 69.

7 *Ibidem*, p. 70.

8 *Idem*, p. 70.

Carvalho Filho<sup>9</sup> arremata que na visão dos clássicos a noção de interesse público sempre foi alvo de cogitação, ainda que entrelaçada à ideia de Estado, de poder e de finalidade de sua atuação. Por mais que a noção tenha sido modelada sob o impacto de cenário bem diverso, não havia como deixar de lado o sentimento de que certos interesses são grupais, coletivos, metaindividuais, tanto diretamente como indiretamente.

### 1.1.2 Noção Moderna

Os tempos modernos aprofundaram a necessidade de refletir melhor sobre o sentido de interesse público, pois com a criação do Estado de Direito e a elevação dos direitos e interesses da coletividade, destacou-se o sentimento de que o Estado, em última instância, apenas se justifica em função dos interesses da sociedade, ou seja, o móvel de sua instituição repousa no intuito de servi-la e administrar seus direitos e interesses<sup>10</sup>.

O Direito Administrativo, então, passou a realçar o elemento finalidade nas atividades administrativas de forma que o fim último do Estado seria o interesse público. Logo, em cada conduta estatal caberia analisar o elemento teleológico da administração e, dependendo do alvo a alcançar, poder-se-ia distinguir a legalidade ou a arbitrariedade da conduta<sup>11</sup>.

Ao mesmo tempo, a finalidade se atrelaria à própria causa dos atos, pois o fim a ser atingido pelo ato administrativo só poderia descortinar-se por meio dos motivos revelados no processo gracioso ou expressos na fundamentação<sup>12</sup>.

Na doutrina francesa tomou dianteira a investigação sobre a finalidade dos atos da administração: o interesse público foi o elemento que serviu como parâmetro para identificar as condutas legítimas dos administradores públicos. Vedel, citado por Carvalho Filho<sup>13</sup>, após diferenciar o interesse público sob os aspectos político e jurídico, assinala, em relação a este último, que o Estado deve ter como alvo a salvaguarda da tranquilidade, da segurança e da salubridade, além do fato de que a

9 CARVALHO FILHO, 2010, p. 70.

10 *Idem*, p. 71.

11 *Idem*, p. 71.

12 *Idem*, p. 71.

13 *Idem*, p. 71.

busca de um objetivo de interesse público é condição positiva da própria legalidade dos atos estatais.

Associado o interesse público à finalidade das atividades do Estado, logo surgiu a figura que demarcou a dissociação entre tais elementos: o desvio de finalidade (ou desvio de poder). De acordo com Rivero, citado por Carvalho Filho<sup>14</sup>, ocorreria o desvio quando a administração pública perseguisse fim diverso daquele previsto no direito, desviando-se, por conseguinte, do fim legal que o poder lhe confiara. Na verdade, segundo o autor, a administração não poderia direcionar-se para outro fim que não o interesse público.

Tais postulados sobre o interesse público reproduziram-se em praticamente todos os sistemas jurídicos modernos, indicando claramente a sua inafastabilidade quando se trata de demarcar a fisionomia do Estado de Direito. Não por outra razão, Meirelles, citado por Carvalho Filho<sup>15</sup>, declarou que não se compreende o ato administrativo sem fim público, concluindo que a finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.

Aos poucos, os estudiosos do direito público foram destacando a importância do interesse público como necessário à legitimidade dos atos administrativos. Não se desconhece que o agente expressa a sua vontade quando pratica atos em nome da administração, no entanto, o fim público é sua condição de validade.

## 1.2 O conteúdo conceitual de interesse público

Visto que a doutrina moderna assimila a ideia do interesse público à finalidade do Estado, cumpre proceder a uma breve análise sobre sua aceção e contorno jurídico.

Nesse sentido, o significado de interesse público é amplo, constituindo matéria de grande dificuldade na doutrina. Como não se alcançaram os limites conceituais do interesse público, afirma-se tratar de conceito jurídico indeterminado.

---

14 Idem, p. 71.

15 Idem, p. 72.



Deste modo, delinear o limite conceitual do interesse público é de grande importância, pois evita abusos por parte da administração pública. Na busca de seu sentido e contorno jurídico, Cerqueira<sup>16</sup> leciona que a expressão “público” significa aquilo que é relativo ao povo<sup>17</sup>. Então, quando se fala em interesse público, discorre-se necessariamente sobre os interesses do povo, os interesses da sociedade como um todo, cuja promoção é incumbida ao Estado e às instituições públicas.

Para Ribeiro<sup>18</sup>, o interesse público só é aquele positivado no ordenamento jurídico, seja por regras ou por princípios. Então, para que o interesse público seja, de fato, superior, é necessário um direito subjetivo específico a ele congruente. Com isso, as balizas do interesse público já estariam fixadas no ordenamento jurídico que pelo princípio democrático exterioriza no sistema as aspirações e reclames coletivos.

Na explicação de Mello, o interesse público, o interesse de todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado). Afirma, como exemplo, que um indivíduo poderá ter interesse em não ser desapropriado, porém não poderia ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, mesmo que este, eventualmente, possa ser utilizado em seu desfavor. O autor traz a seguinte reflexão:

Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse de todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para

---

16 CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O interesse público e suas implicações nas relações processuais previdenciárias*: uma análise sob a perspectiva da atuação da advocacia pública como função essencial à justiça. Disponível em: <<http://unafe.org.br/index.php/artigos-juridicos/>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

17 Comparato (1997) traz o conceito de povo como titular da soberania democrática. O jurista preleciona, ainda, que a soberania popular não pode ser absoluta. O jurista retoma a velha distinção aristotélica entre a democracia pura e simples – em que a maioria do povo exerce o poder supremo no seu próprio interesse – e o regime político moderado, a democracia justa, em que o bem comum predomina sobre todos os interesses particulares. E conclui aduzindo que o bem comum, hoje, tem um nome: são os direitos humanos, cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum dignidade de pessoas.

18 RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 117.

todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um<sup>19</sup>.

O ilustre jurista argumenta que embora seja clara a existência de um interesse público contraposto a um dado interesse individual, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.

Destaque-se, também, a lição de Justen Filho<sup>20</sup> para o qual o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. Para o autor, é indispensável tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso.

Gabardo e Hachem<sup>21</sup> aduzem com propriedade que o interesse público, na sua leitura atual, não é algo abstrato, etéreo, inatingível. Seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo e a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição. A qualificação de determinado interesse como público é promovida pela Constituição e, a partir dela, pelo Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido.

Ademais, Binenbojm<sup>22</sup> pondera que a despeito da dificuldade em torno da caracterização do que seja interesse público, pode-se afirmar

---

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

20 JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, ano II, n. 6, p. 39, 2005.

21 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 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 41.

22 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

que, *lato sensu*, a expressão aponta para os fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e as medidas do poder público.

Finalmente, Carvalho Filho<sup>23</sup>, arremata ensinando que o interesse público se antagoniza com a ideia de isolacionismo e egocentrismo, ultrapassando as fronteiras dos interesses individuais e representando uma demanda de satisfação por parte das comunidades. Ainda que nem sempre sejam personalizados, os grupos sociais têm anseios próprios e interesses específicos a serem satisfeitos. Quando cabe ao Estado administrar tais interesses, deve-se ter em mira os grupos e os benefícios que reclamam. Infere-se, pois, que o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral e não individual; enfim, busca o bem comum.

A despeito da variedade de entendimentos sobre o conteúdo conceitual de interesse público, não se pode olvidar que enquanto o particular busca a satisfação do seu interesse individual, compete à administração pública o dever de satisfazer os interesses da coletividade, sob pena de desvio de finalidade.

Ressalte-se, ainda, que a indeterminação do conceito de interesse público não pode servir de empecilho à aplicação das normas constitucionais<sup>24</sup>.

Em suma, como bem assevera Nohara<sup>25</sup>, apesar de ser um conceito vago que pode ser preenchido por variados conteúdos, a depender de um consenso político, isso não quer dizer que não haja uma estrutura de conceito (mesmo que indeterminada) que evidencie situações argumentativas nas quais se possa ao menos excluir determinadas interpretações inadequadas do seu âmbito de delimitação de sentido.

---

23 BINENBOJM, op. cit., p. 73.

24 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 97-98, 2010.

25 NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 137, 2010.

No entanto, há uma diferenciação a ser feita entre interesse público primário e interesse público secundário, a qual, por influência do direito italiano, a doutrina administrativista, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, passou a adotar.

### 1.3 O interesse público primário e o interesse público secundário

Ensina Mello<sup>26</sup> que o interesse público primário corresponde ao interesse geral, da coletividade, dos grupos sociais como um todo, ao passo que o interesse público secundário é o que pertence ao próprio Estado como pessoa jurídica pública.

Para Mancuso<sup>27</sup>, o ideal é que esses interesses coincidam. Há, porém, situações em que um ato é interessante do ponto de vista fiscal, financeiro ou programático do Estado, mas é insustentável sob o prisma da moralidade, revelando uma descoincidência entre os valores interesse público e interesse fazendário.

Para elucidar a explicação, o jurista exemplifica situações nas quais pode ocorrer a ausência de sintonia entre os interesses primários e secundários: quando o Estado resiste injustamente ao pagamento de indenizações procedentes, quando denega pretensões bem-fundadas feitas por administrados ou quando cobra tributos ou tarifas de valor exagerado.

Já Justen Filho<sup>28</sup> argumenta que o interesse secundário, também chamado de interesse da administração pública, não é público. Não seria sequer um interesse na acepção jurídica do termo, mas sim meras conveniências administrativas alheias ao direito. Ademais, somente os sujeitos privados podem tentar obter a maior vantagem possível, observados os limites do direito. O Estado não pode fazê-lo, pois apenas possui legitimidade para atuar com o escopo de realizar o bem comum e a satisfação geral. Segundo o ilustre doutrinador, o exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público.

Relembre-se, contudo, que o Estado não é o titular, como pessoa jurídica, de nenhum interesse público; seu titular é a coletividade e, ainda

26 NOHARA, op. cit., p. 63.

27 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110.

28 Idem, p. 39.

quando se admite classificá-lo em primários e secundários, o escopo é demonstrar que a titularidade é sempre do grupo social, distinguindo-se apenas pelo fato de alguns interesses serem diretamente vertidos para ele e outros o serem indiretamente, através do Estado. Então, se é o Estado que representa o interesse público, ninguém mais pode garanti-lo a não ser o próprio Estado<sup>29</sup>.

Todavia, de acordo com a senda percorrida pela moderna doutrina, não se negaria a existência conceitual do interesse público, mas sim a do princípio da supremacia do interesse público.

## 2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em sua maioria, sustentam a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado implícito no texto constitucional.

Muitas vezes é chamado simplesmente de princípio do interesse público ou princípio da finalidade pública<sup>30</sup>, presente tanto na elaboração da lei como na execução em concreto pela administração pública.

Di Pietro<sup>31</sup> preleciona que o princípio surgiu exatamente na época em que o período do primado do individualismo terminava. Em fins do século XIX, a reação ao egocentrismo cedeu lugar à busca da justiça social, numa transformação que modificou os parâmetros da função do Estado, exigindo-lhe um novo perfil no que tange à propriedade e à liberdade dos indivíduos e dele resultava naturalmente a postura de maior interferência. A transformação viera para realçar os interesses públicos que ao Estado cabia resguardar.

Como afirma Carvalho Filho<sup>32</sup>, o princípio em debate impõe que se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em conflito. Com efeito, a disciplina social estabelece que seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais.

29 MANCUSO, op. cit., p. 80.

30 A exemplo de Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

32 Idem, p. 73.

É claro que a posição de supremacia do Estado não pode alvejar fins despóticos, mas, ao contrário, tem o intuito de proteger e garantir os indivíduos no que concerne aos interesses públicos. Diante disso, é impossível conceber o Estado, nos moldes atuais, que não congregue a necessária autoridade para sobrepor o interesse público aos interesses privados<sup>33</sup>.

## 2.1 O significado do princípio

No escólio de Mello<sup>34</sup>, o princípio denota que o poder público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir interesses públicos postos em confronto. Para o autor, é um princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade, constituindo a adequada condição de existência desta última.

O jurista assevera, ademais, que o princípio da supremacia do interesse público é um pressuposto lógico do convívio social, mas não se radica em nenhum dispositivo específico da Constituição da República de 1988, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, incisos III, V e VI), entre outros.

Para Di Pietro<sup>35</sup> o princípio da supremacia do interesse público é o alicerce funcional do Estado, pois, além de mostrar-se inserido no próprio conceito de serviço público, também constitui fundamento ou base tanto para a atividade de fomento, como para o poder de polícia do Estado e para a atividade intervencionista estatal no domínio econômico, ou seja, está presente em todas as funções administrativas.

A jurista sustenta que a negativa da existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado equivale à negativa da própria finalidade do Estado, na defesa dos interesses e do bem-estar da sociedade.

---

33 DI PIETRO, op. cit., p. 74.

34 Idem, p. 60.

35 Idem, 2010, p. 38.

Já Borges, citada por França<sup>36</sup>, aponta a supremacia do interesse público sobre o interesse privado como um dos pilares básicos do direito administrativo, ao lado da indisponibilidade do interesse público, considerando-os como pilares das prerrogativas e das sujeições da administração pública. Entende não haver contraposição entre interesse público e interesses individuais, já que o interesse é público quando representa um verdadeiro somatório de interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. Defende, ainda, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como necessidade de se manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias para a vida em sociedade, assinalando que para que haja o sacrifício de direitos de um particular ante o interesse da coletividade, imprescindível é a previsão legal e a motivação fundamentada, resolvendo-se tal sacrifício em justa indenização.

Nohara<sup>37</sup> ensina que a supremacia do interesse público é pressuposto que alicerça todas as disciplinas do direito público que partem de uma relação vertical do Estado com os cidadãos, ao contrário do direito privado, no qual, em regra, as relações jurídicas são analisadas da perspectiva da horizontalidade, isto é, da igualdade entre sujeitos e interesses particulares.

A jurista prossegue aduzindo que a administração pública deve ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão necessita ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos de Poder Público. Ou seja, o Estado, que tem como finalidade precípua a defesa do interesse público, deve ordenar toda a sua ação para o atendimento dos interesses da coletividade em busca do bem-estar social e, por isso, deve deter poderes que lhe assegurem a obediência de seus atos.

Relembre-se que por força dos princípios da legalidade e da finalidade, tem o administrador público o dever de praticar somente atos com finalidade pública, sob pena de incorrer em desvio de finalidade, uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder<sup>38</sup>.

---

36 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, p. 162, 2010.

37 Idem, p. 130-131.

38 Idem, p. 156.

Feitas essas considerações, cumpre destacar que o princípio da supremacia do interesse público tem sofrido duras críticas de alguns doutrinadores modernos, em que pese ser um dos pilares do direito administrativo, demandando a sua observância não apenas pela coletividade – titular do interesse público –, mas principalmente pelo administrador.

## 2.2 A crítica e a tentativa (frustrada) de desconstrução do princípio

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado manteve-se incólume até o advento da Constituição da República de 1988, quando estudiosos do tema começaram a rediscuti-lo.

Renomados juristas sustentam que as bases de um Estado Democrático de Direito tornam imprescindível a desconstituição do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Critica-se o princípio, em seu clássico entendimento, sob o fundamento de ofensa ao sistema jurídico brasileiro, que se daria por meio do desrespeito aos direitos fundamentais que seriam desconsiderados *a priori*, quando confrontados com o interesse público.

Nesse sentido, Canotilho, citado por Daniel Sarmento<sup>39</sup>, leciona:

Na verdade, parece-nos que a questão das restrições aos direitos fundamentais justificadas com base no interesse público não pode ser enfrentada com soluções simplistas, como a baseada na suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Elas demandam um exame mais complexo, que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina. Assim, é preciso primeiramente recordar que os limites aos direitos fundamentais podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.

---

39 SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 91, 2007.



Ávila, citado por França<sup>40</sup>, destaca que a supremacia do interesse público não pode justificar a análise pela administração pública do comportamento de um particular, já que, no direito pátrio, sequer existe como norma-princípio<sup>41</sup>. Ou seja, a administração pública não pode impor qualquer restrição ou obrigação aos particulares com base em algo que não existe. A única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre Estado e cidadão, é a ponderação entre interesses reciprocamente relacionados, fundamentada na sistematização das normas constitucionais. Salienta, assim, a necessidade de se realizar uma ponderação dos bens jurídicos envolvidos, com menção a alguns interesses privados que não podem ser superados pelo interesse público, a exemplo da preservação do sigilo.

Na mesma linha, Binenbojm<sup>42</sup> entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular é um dos paradigmas em crise no direito administrativo brasileiro. O autor entende haver uma inconsistência teórica do mencionado princípio diante de uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e a promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo.

Sustenta, dessa forma, o que o direito administrativo não tem mais que ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade. Critica diversos posicionamentos doutrinários, como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fábio Medina Osório, e, após negar a existência do princípio da supremacia do interesse público, propõe que sejam percorridas as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para se encontrar o ponto ideal de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

Ainda, Sarmiento, citado por França<sup>43</sup>, destaca que a prevalência deve ser aferida mediante a ponderação equilibrada dos interesses públicos e dos direitos fundamentais, pautada pelo princípio da

40 SARMENTO, op. cit., p. 160.

41 Para Ávila, a norma é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função da qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, permite ou proíbe. 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 derogá-lo em determinado caso concreto.

42 Idem.

43 Idem, p. 160-161.

proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseando-se numa concepção personalista.

Para o doutrinador, a Constituição da República de 1988 adota a teoria personalista segundo a qual a pessoa humana é o centro de convergência de todas as necessidades, em situação de primazia sobre o Estado, afastando qualquer possibilidade de se falar em supremacia do interesse público sobre o particular, em que pese não ser absoluta tal primazia atribuída aos direitos individuais em face dos interesses da coletividade. Assinala que, em casos de conflitos entre os princípios constitucionais, é possível haver restrições a direitos fundamentais, observadas em cada caso concreto, por meio de ponderação de interesses realizada pelo poder judiciário ou pela administração pública.

Garante, além disso, que a colisão de interesses constitucionalmente reconhecidos vem sendo solucionada através da regra da proporcionalidade, considerado importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. Concorde, ademais, que a administração pública deve perseguir interesses públicos afetos à coletividade que devem prevalecer sobre os direitos fundamentais dos indivíduos. Por fim, conclui que a postura cívica que interessa ao Estado Democrático de Direito é a do “patriotismo constitucional<sup>44</sup>” que tem como pressuposto a consolidação de uma cultura de direitos humanos.

Acrescente-se que a mitigação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é defendida também por Justen Filho, citado por França<sup>45</sup>, ao entender que o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas sim nos direitos fundamentais. O autor leciona que a atividade administrativa tem de se nortear para o alcance da democracia e do respeito aos direitos fundamentais, reconhecendo que o interesse da maioria merece maior proteção do que o interesse de uma quantidade menor de particulares. Afirma que o núcleo da distinção entre o público e o privado apresenta natureza ética, relacionando-se diretamente com a realização de princípios e valores fundamentais, especialmente com a dignidade da pessoa humana. Defende, ainda, a tese da constitucionalização do direito administrativo, na medida em que consiste na impregnação de toda a

44 Expressão empregada por Habermas e que se relaciona com um Estado construído com base na democracia e nos direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente. (HABERMAS, 1997).

45 Idem, p. 163.

atividade administrativa com os valores e princípios constitucionalmente consagrados.

Derradeiramente, Moreira Neto, citado por França<sup>46</sup>, assevera que o princípio da supremacia do interesse público não mais se sustenta porque, no Estado Democrático de Direito, estabeleceu-se o primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, podendo ser apenas excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Destaque-se, contudo, a advertência de Sarmiento<sup>47</sup> de que a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum.

Menciona-se, por outro lado, Borges<sup>48</sup> que propõe a reconstrução do princípio em debate, afirmando que:

Não se trata de *desconstruir* a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3º. É preciso não confundir a *supremacia do interesse público* – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática. Trata-se, isto sim, de *reconstruir* a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle. (Grifos no original).

Em que pesem as relevantes críticas doutrinárias, o princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se defende, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege.

46 HABERMAS, 1997, p. 166.

47 Idem.

48 Idem, p. 3.

### 2.3 A regra da proporcionalidade como forma de satisfação do princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse privado

Os ataques ao princípio da supremacia do interesse público baseiam-se na errônea interpretação de seu significado, entendendo-o com indevida incidência geral e absoluta. Ou seja, se houvesse prevalência do interesse público em qualquer situação de conflito com interesses particulares, não mais subsistiriam os direitos individuais. Por isso, a necessidade de imposição de limitações aos direitos individuais pelo ordenamento jurídico, a fim de assegurar que seu exercício não acarrete prejuízo a outros particulares e à coletividade<sup>49</sup>.

Di Pietro<sup>50</sup> relembra que o princípio desenvolveu-se com o Estado Social de Direito e não como um interesse público único. Veio para proteger interesses das diversas camadas sociais e, paralelamente a esse princípio, nasceram os direitos sociais e econômicos. Por essa razão, o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade-liberdade. A administração pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público e, ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos de poder.

O referido binômio – autoridade e liberdade – informa o direito administrativo e deve ser considerado em equilíbrio, para que nenhuma das esferas, pública ou privada, receba tratamento desigual e/ou sofra prejuízo indevido.

A doutrinadora ressalta, além disso, não haver dúvidas de que qualquer conceito jurídico indeterminado, ao ser aplicado em casos concretos, exige a ponderação de interesses, a avaliação de custo-benefício e a utilização de critérios de interpretação, na tentativa de diminuir ou mesmo de acabar com a indeterminação e encontrar a solução mais adequada. Na mesma esteira, Carvalho Filho<sup>51</sup> assegura que a ponderação de valores é imprescindível no caso dos conceitos jurídicos indeterminados.

---

49 HABERMAS, 1997, p. 166.

50 *Idem*, p. 166.

51 *Idem*, p. 81.

Igualmente, Medauar, citada por França<sup>52</sup>, adverte que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular serve como fundamento de vários institutos e normas de direito administrativo, inclusive das prerrogativas e decisões da administração pública. Assevera, no entanto, que tal princípio vem tendo sua aplicação atenuada pela ideia de ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, como método a ser utilizado pela administração pública para evitar sacrifícios desnecessários de interesses. De acordo com a autora, a regra da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.

Com efeito, a administração pública deve proceder com cautela na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, pois ao mesmo tempo em que a Constituição da República de 1988 lhe outorgou prerrogativas para atingir o interesse público, também assegurou aos cidadãos a garantia da observância de seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

Assim sendo, em caso de conflito entre interesse público e interesse individual, cumpre ao aplicador realizar um percurso de ponderação dos bens jurídicos envolvidos, fazendo uso da regra da proporcionalidade, conforme será explicitado a seguir.

Note-se que tal percurso apenas é possível porque os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto. São dotados de relatividade, razão pela qual não está afastada a possibilidade de entrarem em confronto. Devido a isso, é que esses direitos são limitados reciprocamente para que possam conviver em harmonia, como também possam ser limitados por bens constitucionalmente protegidos.

Contudo, ressalte-se que não se pretende fazer uma análise detida e aprofundada sobre o assunto, no entanto, a compreensão da doutrina de Robert Alexy sobre a lei da colisão e a regra da proporcionalidade é essencial para a conclusão deste trabalho.

### **2.3.1 Breve explicação sobre a lei da colisão e a regra da proporcionalidade**

A doutrina de Robert Alexy, trazida por Virgílio Afonso da Silva<sup>53</sup>, divide as normas jurídicas em regras e princípios, segundo a sua

---

<sup>52</sup> HABERMAS, 1997, p. 128.

<sup>53</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 25, 2002.

estrutura e forma de aplicação. As regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Já os princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes.

Os princípios são, portanto, normas que obrigam a realização de algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, constituindo mandamentos de otimização<sup>54</sup>.

O fato de um princípio ser aplicado em um caso concreto não significa um resultado definitivo para o caso. Por isso, os princípios não possuem conteúdo de determinação, ou seja, suas razões são determinadas pelas circunstâncias do caso concreto, podendo ser substituídas por outras razões opostas.

Portanto, quando dois princípios entram em conflito, um deles terá que ceder ao outro, não significando que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser introduzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, um princípio deve preceder ao outro, ou seja, deve haver uma ponderação entre ambos.

Diante disso, Alexy<sup>55</sup> preleciona:

Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

A estrutura das soluções de colisões é apresentada por Alexy através da lei da colisão, e o objeto de fundamentação é o resultado da ponderação.

Para ilustrar, Alexy<sup>56</sup> cita como exemplo o caso da incapacidade processual no qual a realização de audiência oral em desfavor de um

---

54 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 99, 2008.

55 ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 64, 2007.

56 Idem, 2008. p. 89.

acusado que corre risco de sofrer um infarto, gera um conflito entre o dever do Estado de garantir a efetiva aplicação do direito penal e a proteção à vida e à integridade do acusado. Nesse caso, a solução não deve ser dada na dimensão da validade, como ocorre com as regras, mas sim na dimensão de peso, ou seja, através da ponderação dos interesses opostos no caso concreto.

Destarte, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, analisadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência condicionada<sup>57</sup> entre ambos, ou seja, devem ser indicadas as condições necessárias para que um princípio seja aplicado em detrimento de outro.

O princípio que tem precedência restringe as possibilidades jurídicas de satisfação do princípio desprezado, mas essa relação de precedência não é definitiva, podendo ser invertida se as condições forem modificadas<sup>58</sup>.

Assim sendo, a lei da colisão evidencia que a observância das circunstâncias do caso concreto é *conditio sine qua non* para a ponderação, não existindo, pois, relações de precedência absolutas entre os princípios. Com efeito, Alexy defende que a lei da colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios.

A formulação desses enunciados é fundamentada por meio da ponderação e a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização faz com que eles ordenem “que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas.”<sup>59</sup>

Destarte, eventual conflito entre princípios será resolvido com o sopesamento entre os interesses colidentes. Tal sopesamento tem por objetivo definir qual dos interesses que, embora abstratamente estejam no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto<sup>60</sup>.

57 A relação de precedência condicionada também pode ser denominada concreta ou relativa e é expressa pela seguinte fórmula: (P1 P P2)C, na qual P1 e P2 representam os princípios opostos e C representa as condições sobre as quais um princípio precede ao outro. (ALEXY, 2008, p. 92-93).

58 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, p. 164, 2009.

59 Idem, 2009. p. 185.

60 Idem, 2008. p. 95.

Nesse contexto, Alexy afirma que a ideia de otimização é expressa pelas três sub-regras que compõem a proporcionalidade, quais sejam: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que esta última corresponde à ponderação.

Somente será adequado o meio capaz de alcançar os resultados pretendidos, como também o meio pela qual a realização de um objetivo é promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Já o critério da necessidade exige que não exista nenhum meio que possa alcançar resultado semelhante de modo menos gravoso a um direito fundamental<sup>61</sup>.

A adequação e a necessidade são critérios que levam em consideração as possibilidades fáticas, são questões de provas e dados técnicos. Não tratam de ponderação, mas buscam evitar restrições desnecessárias a direitos fundamentais<sup>62</sup>.

No entanto, se a medida que busca realizar direito fundamental não pode ser substituída por outra não restritiva, ou menos restritiva, passando pelos testes da adequação e da necessidade, deve-se realizar a ponderação, buscando otimizar a restrição de direitos fundamentais, tendo em vista as possibilidades jurídicas<sup>63</sup>.

Faz-se necessário, ainda, um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva<sup>64</sup>.

A ponderação deve se realizar por meio de três fases sucessivas. Num primeiro momento, trata-se de identificar os direitos fundamentais em conflito. Em seguida, deve-se atribuir a cada um deles o devido peso ou importância, tendo em vista as circunstâncias do caso, formulando argumentos jurídicos em favor de cada um dos interesses envolvidos. Por último, deve-se decidir sobre a prevalência de um sobre o outro<sup>65</sup>.

---

61 CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, nº. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 20 fev. 2012.

62 *Idem*, p. 132.

63 *Idem*, p. 132.

64 *Idem*, p. 24.

65 *Idem*, p. 12.



Silva<sup>66</sup>, elucidando os ensinamentos de Alexy, informa que a regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou de outros direitos fundamentais. Seu objetivo é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É uma restrição às restrições.

Ademais, Silva<sup>67</sup> ressalta, com propriedade, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência confundem proporcionalidade com razoabilidade. E mais, o Supremo Tribunal Federal, ao aplicar a regra da proporcionalidade, não tem percorrido as sub-regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, não realizando nenhuma referência a algum processo racional estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, e nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Feitas essas considerações, passa-se a análise da aplicação da regra da proporcionalidade à supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse particular.

### **2.3.2 A aplicação da regra da proporcionalidade ao princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com o interesse particular**

Como visto, o aplicador/intérprete, ao decidir os conflitos deve, antes de tudo, ponderar os interesses envolvidos e utilizar a regra da proporcionalidade em todas as suas fases, para atingir uma solução justa. Ao fazer esse percurso de ponderação, um interesse será preterido, entretanto sua importância não será desmerecida. A solução é do caso analisado, e somente a ele será aplicado devido às circunstâncias por ele apresentadas. Em outro caso, a predileção poderá ser inversa.

Note-se, ainda, que a exigência da regra da proporcionalidade se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado e atua como forma de satisfação dos princípios em conflito, na medida em que permite, na análise de cada caso, a ponderação entre os interesses envolvidos.

---

66 SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002. p. 3.

67 Idem, p. 24.

Releve-se, outrossim, que a doutrina é firme quanto à inexistência de hierarquia entre os princípios, ao menos no plano da abstração. Pode-se falar que alguns princípios galgam de maior importância que outros, mas tal premissa somente poderá ser afirmada diante de um caso concreto, onde haja conflito entre eles e que apenas um possa ser aplicado. A escolha não poderá ficar ao livre arbítrio do intérprete/aplicador, que deverá partir de uma análise complexa e apurada, atentando para todas as circunstâncias que particularizam as situações.

Como exemplo de aplicação da regra da proporcionalidade, cumpre trazer à baila o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre exame de DNA em investigações de paternidade sem autorização do réu. Discutiu-se sobre o direito do menor à identidade e o direito à incolumidade física do réu. Confirou-se o voto do Ministro Francisco Resek no julgamento do habeas corpus nº. 71373 RS.

Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Lembro o impetrante que não existe lei que obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º - II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o art. 343 - §2º do CPC, como uma confissão (fls. 6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legitimidade vontade do juízo de apurar a vontade real. A lei nº 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado.

Todavia, ao interesse público, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, deve ser atribuído um peso abstrato inicial superior no processo ponderativo. A justificativa é trazida

por Barroso<sup>68</sup> ao aduzir que deverá o interesse público pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.

Ademais, se o direito administrativo faz da supremacia do interesse público o fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas da potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessárias a vida em sociedade<sup>69</sup>.

Não se quer com isso instituir uma hierarquia entre o interesse público e os interesses particulares, restando inviabilizada a aplicação da regra da proporcionalidade e o percurso da ponderação em caso de conflito de interesses. Da mesma forma, a atribuição de um peso abstrato inicial superior aos interesses públicos no processo ponderativo não significa que os mesmos tenham precedência absoluta sobre os interesses particulares.

Trata-se apenas de reconhecer a necessidade, fundamentada nas peculiares características do interesse público, de um ônus argumentativo maior para que os interesses particulares possam, eventualmente, sobrepujá-los.

Nesse sentido, Osório, citado por França<sup>70</sup>, defende a existência de várias dimensões em que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, e não somente em decisões judiciais proferidas em casos concretos. Para o jurista, essa superioridade decorre dos princípios constitucionais que regem a administração pública e que, reciprocamente implicados, servem como direção teleológica da atuação administrativa.

---

68 BARROSO, Luis Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. XV-XVI.

69 BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n.º 15, fev/mar/abr, 2007, p. 20. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

70 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 163.

No entanto, os interesses particulares<sup>71</sup> podem até prevalecer em face do interesse público após o emprego da regra da proporcionalidade, mas para isso serão indispensáveis razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a prevalência do interesse público.

Além disso, lembre-se que a utilização da regra da proporcionalidade no princípio da supremacia do interesse público quando em conflito com interesses particulares impede a sua concretização com finalidade diversa, evitando manifestações arbitrárias por parte da administração pública.

### 3 CONCLUSÃO

O interesse público ostenta supremacia na ordem jurídica, constituindo a razão pela qual a administração pública é colocada em posição de superioridade em relação aos particulares, numa relação de verticalidade, de forma a perseguir a eficaz concretização dos interesses da coletividade.

Portanto, não deve subsistir a moderna doutrina administrativa que vem tecendo críticas ao princípio da supremacia do interesse público, sob o argumento de que ele coloca em risco os direitos e garantias individuais.

É certo que o princípio da supremacia do interesse público não goza de aplicação absoluta e irrestrita no ordenamento jurídico, mas permanece como princípio implícito, reclamando uma aplicação ponderada quando em conflito com outros princípios por meio da regra da proporcionalidade.

Destarte, vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual o interesse público possui um peso abstrato maior em relação ao interesse privado, mas um não precede o outro de forma absoluta. Ou seja, o interesse público possui uma carga argumentativa superior para que os interesses particulares possam, eventualmente, suplantá-los. Assim, os interesses particulares podem prevalecer em face do interesse

---

71 Destaque-se a advertência de Sarmiento de que um limite que a doutrina impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Considera-se que existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito. Assim, o núcleo essencial traduz o "limite dos limites", ao demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição. (SARMENTO, 2003. p. 111).

público após a ponderação, mas carecem de razões mais relevantes do que aquelas que permitiriam a prevalência do interesse público.

Não se almeja com isso inviabilizar a aplicação da regra da proporcionalidade e o uso da ponderação em caso de conflito entre interesse público e interesse privado. Pretende-se apenas explicitar que a atribuição de um peso abstrato maior ao interesse público se deve ao fato do mesmo constituir a expressão dos direitos fundamentais, dos preceitos constitucionais e dos interesses da coletividade.

A ponderação resguarda, outrossim, os indivíduos de decisões arbitrárias, do desvio da finalidade pública dos atos administrativos e do desatendimento ao interesse público por parte dos doutrinadores, na medida em que coteja os interesses públicos e particulares em conflito.

Conclui-se, portanto, que o interesse público reclama, por seu próprio conteúdo conceitual, um peso abstrato maior no processo ponderativo. Tal reclamação não estabelece uma hierarquia entre o interesse público e o privado. Revela tão somente que os interesses privados, após a ponderação, necessitam de argumentos mais contundentes do que aqueles que permitiriam a prevalência do interesse público.

A ponderação entre os interesses em conflito é obtida pela utilização da regra da proporcionalidade, nos termos da teoria da Robert Alexy, devendo o aplicador analisar o caso concreto, após percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para verificar qual interesse deve prevalecer, atingindo uma decisão em conformidade com os preceitos instituídos no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ABOUD, Alexandre. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? *Revista Jurídica Consulex*. Ano XXII, n. 267, ano 2008. p. 63.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público nº. 11, set/out/nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio à obra *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. XV-XVI.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*: um novo paradigma para o Direito Administrativo. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=228](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228)>. Acesso em: 19 jan. 2012.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71373 RS. Relator Ministro Francisco Rezek. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 16, maio/jun./jul./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *O interesse público e suas implicações nas relações processuais previdenciárias: uma análise sob a perspectiva da atuação da advocacia pública como função essencial à justiça*. Disponível em: <<http://unafe.org.br/index.php/artigos-juridicos/>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo do regime democrático. *Estudos avançados*, 11, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n31/v11n31a13.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. 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: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, 2005. ano II, n. 6, p. 39.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. *Revista Direito Público*, v. 1, n. 28, 2009. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/740>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, 2002.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.