

UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓPTICA CONSTITUCIONAL

Iago Batista Gonçalves
Ana Flávia Santos Lopes
Vinícius Batista Gonçalves
Nélida Reis Caseca Machado

Resumo

O presente estudo tem como fito analisar o princípio da primazia do interesse público sobre o interesse privado frente a atual Carta Constitucional de 1988. A metodologia utilizada foi a da revisão bibliográfica, através da análise de livros, artigos e periódicos. Existe uma nova concepção por parte da doutrina minoritária que entende que o princípio objeto do presente artigo não encontra suporte constitucional que justifique a sua permanência no mundo jurídico, o que faz com que a mesma proponha a sua “desconstrução”. Trata-se de uma corrente encabeçada por Humberto Bergmann Ávila (1998), a qual se perfilham autores como Binenbojm (2005), e em certa medida Justen Filho (2005). O objetivo precípua do presente ensaio é o de demonstrar a importância que a primazia do interesse público sobre o privado exerce sobre a sociedade, propondo a sua releitura frente à Constituição Federal de 1988, demonstrando que sem o mesmo, a vida em comunidade se tornaria insustentável.

Palavras-chave: Interesse Público. Primazia. Constituição.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz à tona a polêmica que gira em torno do princípio da primazia do interesse público sobre o privado, qual seja, a compatibilidade deste princípio com o atual cenário jurídico, que tem a Constituição Federal de 1988 como a sua espinha dorsal.

Neste diapasão, vários são os questionamentos que serviram de norte para o presente estudo: É possível delimitar o que seria de interesse público e o que não seria? A primazia do interesse público trata-se de um resquício da administração retrógrada e autoritária, devendo tal princípio ser desconstruído? A Constituição Federal de 1988 faz cair por terra tal princípio ou, pelo contrário, é a sua fonte legitimadora?

Se de um lado encontra-se a corrente tradicional e majoritária sobre a qual não pairam dúvidas sobre a real importância da primazia do interesse público, de outro, a corrente encabeçada por Humberto Bergmann Ávila (1998), tendo como seguidores Binenbojm (2005) e Justen Filho (2005), tenta fazer a designada desconstrução deste princípio.

Fato é que a primazia do interesse público, pilar não só do Direito Administrativo, mas sim da sociedade como um todo, coloca-se como um axioma irrefutável. Parece que há uma inversão de valores por aqueles que tentam desconstruir tal princípio, pois os mesmos não conseguem visualizar que o problema não se encontra no princípio em si, mas na sua aplicabilidade por parte do administrador público.

Em um primeiro momento será tratado sobre o conceito do termo “interesse público”, no intuito de demonstrar a sua grande abrangência, o que não impede a sua existência fática.

Logo em seguida far-se-á uma análise do interesse público frente à Constituição de 1988, com o objetivo de comprovar a sua existência implícita em alguns de seus dispositivos.

Por fim, demonstrar-se-á que a primazia do interesse público se coloca em plena consonância com a carta constitucional, devendo buscar nesta última, o seu verdadeiro alcance.

2 INTERESSE PÚBLICO

2.1 Conceito e abrangência do termo

Questão de grande relevância para o presente estudo é a que diz respeito sobre o significado da expressão “interesse público”, tema este que será tratado a partir deste ponto.

A princípio, trazer uma definição para a expressão “interesse público” não parece ser algo muito complexo, sendo certo que até mesmo um leigo seria capaz de chegar à conclusão de que interesse público seria aquele referente ao interesse da coletividade. Contudo, trata-se de um tema complexo e controverso, não se admitindo uma visão tão simplista sobre o assunto.

Carvalho Filho (2013), se perfilhando à doutrina em geral, não se arrisca em estabelecer um significado para o que vem a ser interesse público, colocando-o como um conceito não exato. Porém, ainda a despeito deste autor não conceituar a expressão, o mesmo deixa claro que é perfeitamente possível, a partir do caso concreto, verificar o que é e o que não é interesse público. É a partir deste raciocínio que Carvalho Filho (2013) conclui tratar-se de um conceito determinável, pois “é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 33).

Neste mesmo sentido, Osório (2000) vem a confirmar o grande grau de abstração deste princípio, podendo se manifestar nas mais diversas situações.

Por certo que a expressão “interesse público” não traduz nenhuma “fórmula mágica” que a tudo pode abarcar, até porque resulta passível de controle pelo Judiciário. Em todo caso, não se pode negar que resultaria difícil estabelecer um conceito apriorístico e material de interesse público, dada a grande diversidade de conteúdos que um interesse público comporta, e tendo em vista a enorme variedade de situações nas quais pode incidir e operar funcionalmente (OSÓRIO, 2000, p. 73).

O princípio da primazia do interesse público sobre o privado, também chamado de princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, como esta última nomenclatura já deixa evidente, possui íntima correlação com o princípio da finalidade, na medida em que o propósito precípua do Estado é o de assegurar o interesse geral, ou seja, o interesse da coletividade (MEIRELLES, 2009).

O princípio ora em voga assume contornos ainda mais relevantes para Bandeira de Mello (2010), que chega a afirmar que sem o mesmo não seria possível a vida em sociedade.

Di Pietro (2010), por sua vez, também deixa em evidência a importância de tal princípio para o Direito Administrativo, ensinando que o interesse público se faz presente tanto em um momento anterior à criação das leis, influenciando diretamente na

elaboração das mesmas, quanto em um momento posterior, agora já na execução dos dispositivos pela Administração Pública, vinculando suas ações ao interesse público.

Os autores supracitados, apesar de não trazerem uma definição fechada do que venha a ser o princípio da supremacia do interesse público, em momento algum colocam em xeque a existência de tal princípio, mas pelo contrário, enaltecem a importância do mesmo para o Direito Administrativo.

Destoando do entendimento majoritário, o que por si só já é digno de admiração em razão da ousadia, Binjenbojm (2005) se posiciona no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público trata-se apenas de uma falácia, através de um raciocínio bastante convincente:

Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras: qualquer que seja o conteúdo deste "interesse público" obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia. Daí se propor que é o postulado da proporcionalidade que, na verdade, explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer (BINENBOJM, 2005, p. 30).

Com este posicionamento, Binjenbojm (2005) faz parte da doutrina minoritária que defende a desconstrução deste princípio, e que tem como pioneiro Ávila (1998), que tenta demonstrar o vazio conceito que perfaz tal princípio.

Após a tentativa de conceituar, ou de pelo menos esclarecer um pouco mais sobre o princípio da primazia do interesse público sobre o privado, foi possível perceber que apesar de a doutrina majoritária se posicionar pela existência de tal princípio, o raciocínio proposto por Binjenbojm (2005) é bastante perspicaz para ser deixado de lado. Como o objetivo do presente estudo é o de demonstrar a existência da primazia do interesse público sobre o privado, acentuando-se não se tratar de um princípio absoluto, faz-se mister desconstruir a ideia de que o mesmo inexistente.

2.2 O interesse público frente a Constituição Brasileira

O atual patamar atingido pela ciência do Direito não admite que as disciplinas desta sejam estudadas de maneira isolada, tamanho o grau de interdisciplinaridade que perfaz todo este campo. O tema ganha maior destaque ainda quando está a se falar em Direito Constitucional e, por consequência lógica, na Constituição Federativa do Brasil, a Lei maior conformadora de todas as demais. Logo, impossível cingir-se o Direito Administrativo da Constituição.

Vários são os dispositivos constitucionais que revelam a existência do princípio do interesse público, apesar de nenhum deles fazer alusão ao mesmo de maneira literal (MEIRELLES, 2009). Neste sentido, Bandeira de Mello (2010) assevera que a Constituição Federal, apesar de não se reportar de maneira expressa a todos os princípios da Administração Pública, muitos deles fazem parte da própria essência da

Constituição “por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 95).

Um dos dispositivos sobre o qual a supremacia do interesse público se manifesta é o art. 170, que traz, respectivamente, em seus incisos III, IV e VI, o princípio da função social da propriedade, do direito do consumidor e o do meio ambiente (BRASIL, 1988), princípios estes que estão voltados para o interesse público.

Uma decorrência direta da função social da propriedade é a autorização para que o Estado intervenha na propriedade privada para compatibilizar o seu uso com o interesse da coletividade (MAZZA, 2013). Logo, percebe-se que apesar de se tratar de um direito previsto constitucionalmente no art. 5º, XXII, segundo o qual “é garantido o direito de propriedade” (BRASIL, 1988, p. 16), não está a se falar de um direito absoluto, na medida em que o mesmo deve ser relativizado para atender a sua função social em alguns casos.

É justamente a função social da propriedade que legitima institutos como a desapropriação (art. 5º, XXIV), o confisco (art. 243), a perda de bens (art. 5º, XLVI, *b*), o poder de polícia, a servidão, o tombamento, a requisição, a ocupação temporária, enfim, a intervenção do Estado na propriedade privada.

Ainda sobre a intervenção do Estado na propriedade, Carvalho Filho acaba por concluir que:

...toda vez que colide um interesse público com um interesse privado, é aquele que tem que prevalecer. É a supremacia do interesse público sobre o privado, como princípio, que retrata um dos fundamentos da intervenção estatal na propriedade (CARVALHO FILHO, 2013, p. 784).

A relação entre a supremacia do interesse público e a função social da propriedade é tão indissociável, que enquanto Carvalho Filho (2013) utiliza-se do primeiro como fundamento da intervenção estatal na propriedade, Mazza (2013), por sua vez, se utiliza do segundo princípio.

É importante deixar claro que apesar de serem princípios indissociáveis, como dito logo acima, os mesmos são inconfundíveis. A íntima correlação existente entre a supremacia do interesse público sobre o privado e a função social da propriedade é notória, sendo certo que esta última busca o seu fundamento naquela primeira.

Para reforçar ainda mais a ideia de que a primazia do interesse público se trata de um princípio e de que o mesmo se faz presente implicitamente no texto constitucional, oportuno se faz transcrever o entendimento de Osório:

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado (OSÓRIO, 2000, p. 69).

Outra observação a ser feita é a de que o presente tópico tem como propósito demonstrar a existência, mesmo que implícita, do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado na Carta Constitucional, e as suas implicações no mundo jurídico, razão pela qual as modalidades de intervenção do Estado na propriedade foram apenas citadas, funcionando como meio aos objetivos pretendidos ao final deste estudo.

3 A FALÁCIA POR DETRÁS DA PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO

Com o advento da Constituição de 1988, um olhar diferente se lançou sobre o princípio da primazia do interesse público (FISCHGOLD, 2015). Apesar de a doutrina tradicional configurar tal princípio como algo axiomático, estudiosos de expressão, como é o caso de Justen Filho, vêm a questionar a compatibilidade da primazia do interesse público frente à Constituição (FISCHGOLD, 2015).

A principal crítica que Justen Filho (2005) lança sobre o princípio ora em comento é de que o mesmo seria muito genérico, podendo abarcar inúmeras situações, o que acabaria por contribuir e dar legitimidade à administração pública na prática de atos e “*arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais*” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 36).

Nesta mesma linha de pensamento, Binenbojm (2005) argumenta que a primazia do interesse público entraria em colisão direta com os direitos de cunho individual previstos pela lei maior, sendo com eles incompatíveis, o que acabaria por deixar claro a fragilidade de tal princípio. “Aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional” (BINENBOJM, 2005, p. 15)

Levando-se em consideração os paradigmas pelos quais o Direito Constitucional teve de perpassar para alcançar o seu atual patamar, a desconstrução do princípio da primazia do interesse público, encabeçada por Humberto Bergmann Ávila, não se trata de uma tentativa de afastar um autoritarismo obsoleto e já ultrapassado do Direito Administrativo. Pelo contrário, o que está sendo desconstruído é a própria essência do Direito Constitucional.

A não intervenção do Estado na vida em sociedade, ainda sob a égide do Estado Liberal, deixou evidente a faceta perversa deste modelo: o aumento desenfreado da desigualdade social, e o conseqüentemente aumento da miséria. O Estado mínimo, porém, não se manteve alheio a tal situação, tomando para si a direção de inúmeros setores da sociedade na tentativa de minimizar a miséria que assolava a maioria da população. A substituição do Estado mínimo, pelo Estado assistencialista, ou do Estado Liberal, pelo Estado Social, significou um grande salto na qualidade de vida da população.

Apesar da transição para o Estado Democrático de Direito, este mesmo Estado ainda se coloca bastante atuante no cerne da sociedade, não na mesma intensidade que o era no Estado Social, é verdade, mas ainda se situa como um Estado assistencialista, principalmente através das normas constitucionais programáticas.

O que pretende se concluir com tudo isso, é que o interesse público, apesar de muito abrangente, deve prevalecer sobre o interesse privado, sob pena de se cometer o mesmo erro do Estado Liberal, onde os interesses privados sobrepunham-se sobre a coletividade.

Borges (2007) atesta as conseqüências desastrosas para a sociedade caso não existisse a primazia do interesse público:

Se a Administração Pública, no exercício de suas funções, não pudesse usar, por exemplo, de certas prerrogativas de potestade pública, tais como a imperatividade, a exigibilidade e a presunção de legitimidade dos seus atos, nem, em circunstâncias especiais perfeitamente delineadas pela lei, a autoexecutoriedade de certas medidas urgentes, então teríamos verdadeiro caos. Ficaríamos com uma sociedade anárquica e desorganizada, e os cidadãos verse-iam privados de um de seus bens mais preciosos, que é o mínimo de segurança jurídica indispensável para a vida em sociedade (BORGES, 2007, p. 2-3).

Por conseguinte, o cerne da questão não é o de desconstruir a primazia do interesse público, e sim fazer uma leitura do mesmo sobre o prisma da constituição, que se coloca no topo de todo e qualquer Direito, pois como preleciona Freitas (2004): “o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais” (FREITAS, 2004, p. 34-35).

Parece haver uma confusão por parte dos autores que tentam desconstruir este princípio basilar do Direito Administrativo, pois o problema não se encontra no princípio em si, mas sim no modo em que o mesmo é evocado por certas autoridades administrativas, que se utilizam do interesse público dissociando-o totalmente de seu verdadeiro sentido. (BORGES, 2007).

O que ocorre é que, não raras as vezes, os agentes públicos que deveriam pautar sua atuação na lisura e na boa fé, sempre em busca do interesse público, utilizam-se da discricionariedade para praticar um ataque atávico à essência do próprio Direito Administrativo, na busca da satisfação de interesses particulares, próprios ou de terceiros, com o intuito de obter alguma vantagem, invocando um falso interesse público para legitimar o chamado desvio de finalidade.

É justamente a ponderação proposta por Binbenbojm (2005) a responsável pela adequação do princípio da primazia do interesse público sobre o privado, apesar deste autor ser crítico ferrenho de tal princípio.

Frente a dificuldade conceitual do termo “interesse público” é que o aplicador do direito deve ater-se ao caso em concreto, obviamente, sem deixar de lado os valores constitucionais, para fazer valer aquilo que Binbenbojm (2005, p. 30) vem a chamar de “melhor interesse público”.

Chamado a realizar um interesse de índole difusa, para cuja implementação se depare, frontalmente, com um interesse particular juridicamente protegido, deve o administrador, à luz das circunstâncias peculiares ao caso concreto, bem como dos valores constitucionais concorrentes, alcançar solução ótima que realize ao máximo cada um dos interesses públicos em jogo. Como resultado de um tal raciocínio de ponderação, tem-se aquilo que convencionamos chamar de **melhor interesse público**, ou seja, o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública (BINENBOJIM, 2005, p. 29-30).

Somente através de uma análise contida dos preceitos constitucionais é que se pode chegar ao “impreciso” interesse público. A negação ao princípio da primazia do interesse público parece de todo inconsistente, pois, em uma medida ou outra, é este o interesse a ser realizado pela Administração Pública.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os argumentos apresentados, torna-se clarividente a importância que o princípio da primazia do interesse público sobre o privado, que alguns insistentemente tentam “desconstruir”, tem para a vida em sociedade, sendo uma verdadeira condição de existência desta última.

Aqueles que tentam desconstruir tal princípio se utilizam da premissa de que o mesmo seria uma regra apriorística e absoluta, na tentativa de trazer uma maior legitimidade aos seus argumentos. Como visto, não se trata de um princípio absoluto, pois deve ser interpretado frente aos princípios constitucionais para sua correta aplicabilidade.

A Administração Pública não goza de premissas frente aos particulares pura e simplesmente pela existência da primazia do interesse público sobre o privado. O que existem, são certos interesses que devem ser protegidos e colocados acima dos interesses individuais, sendo este um dos pilares sobre o qual se assenta o Direito Administrativo.

Há que se ressaltar que somente no caso em concreto poderá se verificar o que é de interesse público, e o que não é. Quando se estiver diante de dois interesses distintos, deve-se proceder à análise de qual irá satisfazer o “melhor interesse público”, o que não significa necessariamente que será realizado aquele que atinja um maior número de pessoas. Trata-se da aplicação do princípio da ponderação, através de uma interpretação sistemática do Direito.

Por fim, há que se registrar que a tentativa de desconstruir o princípio da primazia do interesse público sobre o privado vai de encontro direto à essência do Direito Constitucional, e do próprio Direito Administrativo. A desconstrução para o primeiro significa uma retrocessão sem precedentes, já para o segundo a negação da sua própria existência.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, p. 2-23, jan./fev./mar. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FISCHGOLD, Bruno. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no Direito Administrativo brasileiro**. 2015. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230028,91041-O+princípio+da+supremacia+do+interesse+público+sobre+o+interesse>> Acesso em: 16 mar. 2017.

FREITAS, Juarez. **O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.