

**BRUNO FISCHGOLD**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA**

A interdependência entre interesses públicos e privados na

Constituição da República de 1988

Brasília

2011

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Pós-Graduação em Direito

## **DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA**

A interdependência entre interesses públicos e privados na  
Constituição da República de 1988

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, para obtenção do título de Mestre em Direito.  
Orientador: Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa  
Orientando: Bruno Fischgold

Brasília  
2011

Após sessão pública de defesa desta dissertação de mestrado, o candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

---

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa  
Orientador

---

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira  
Membro

---

Prof. Dr. Luiz Gustavo Kaercher Loureiro  
Membro

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Suplente

Brasília, 2011

Para Camila. Nem preciso dizer o porquê.

## AGRADECIMENTOS

Conciliar o mestrado com a advocacia não é das tarefas mais tranquilas. Sem preciosas contribuições, certamente eu não teria conseguido concluir esta dissertação. Não posso deixar de registrar, portanto, sinceros agradecimentos a todos aqueles que me ajudaram nos complicados, mas também gratificantes, dois anos do curso de mestrado.

Em primeiro lugar, agradeço ao meu orientador e amigo Alexandre Bernardino Costa, que acompanha minhas pesquisas acadêmicas desde a graduação. Sua disponibilidade para ensinar, debater, ouvir e corrigir nunca será esquecida.

Preciso registrar também gigantescos agradecimentos à minha esposa Camila. Sem qualquer exagero, posso dizer que, sem ela, não teria sequer passado pelos primeiros meses do curso. Dedicar esse trabalho a ela é muito pouco; preciso agradecê-la para sempre por tudo o que fez por mim nos últimos anos.

A todos os amigos que colaboraram com discussões, sugestões, conselhos, correções, revisões, indicações, muito obrigado! Um abraço especial para Torresmo, Gugu, Larissa, Artur, Lucas, Marcelo, que, depois de tanto ouvirem falar sobre a tal da supremacia do interesse público, ainda tiveram paciência para ajudar nos ajustes finais da dissertação.

Devo deixar claro, ainda, o papel do Dr. Antônio Torreão Braz Filho neste processo. Se não fosse o seu apoio, e também sua compreensão para as inúmeras horas que deixei minhas atribuições no escritório em segundo plano para me concentrar no mestrado, seria impossível chegar a esse momento de satisfação e alívio.

Por fim, meus agradecimentos aos meus pais e ao meu irmão. Os três sempre serão diretamente responsáveis por todos os objetivos por mim alcançados.

## RESUMO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado foi considerado pela doutrina, durante muitos anos, o elemento normativo chave do regime jurídico administrativo no Brasil. No entanto, importantes autores vêm, recentemente, questionando a compatibilidade desse princípio com os preceitos fundamentais adotados pela Constituição da República de 1988. O objetivo do presente trabalho é tomar uma posição consistente nessa controvérsia, analisando o princípio da supremacia com base na leitura procedimental do paradigma do Estado Democrático de Direito feita por Jürgen Habermas. Uma vez demonstrado por esse autor que a legitimidade das democracias constitucionais contemporâneas depende do reconhecimento da relação complementar existente entre democracia e direitos fundamentais, entre autonomia pública e autonomia privada, é possível afirmar que o princípio da supremacia se encontra baseado em um pressuposto incompatível com o Estado Democrático de Direito. Nesse paradigma, interesses públicos e interesses privados não são categorias abstratamente antagônicas, mas sim que se pressupõem reciprocamente, o que impede seja considerada válida, à luz da Constituição da República, uma norma que afirma, de modo *a priori*, a prevalência de uma categoria sobre a outra. A conclusão do trabalho, desse modo, é pela definitiva superação do princípio da supremacia, mediante a sua substituição por um novo princípio, que vincula a atividade administrativa igualmente a todos os interesses protegidos pela ordem constitucional, sejam eles de titularidade individual ou coletiva.

## ABSTRACT

For many years, the principle of the supremacy of public interest over private interest was considered, by the doctrine, the key element of the administrative law system in Brazil. Recently, important authors have questioned its compatibility with the fundamental principles adopted by the Constitution of 1988. This dissertation aims to take a consistent position on this controversy by examining the principle of supremacy of public interest based on Jürgen Habermas' Proceduralist Paradigm of Law. Once demonstrated by the author that the legitimacy of contemporary constitutional democracies lies on the recognition of the complementary relationship between democracy and fundamental rights and between private and public autonomy, it is possible to assure that the principle of the supremacy of public interest is based on an assumption incompatible with the Democratic Rule of Law State. In this paradigm, public interests and private interests are not antagonistic categories, but they presuppose each other, which prevents to be valid, under the Constitution, the superiority of public interest over private interest. The conclusion is for the final overcoming of the principle of supremacy of public interest, through its replacement by a new principle that links the administrative activities to all interests equally protected by the constitutional order, whether individual or collective.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
I – O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	
1.1 – A concepção tradicional .....	19
1.2 – Interesse Público, Estado Social e Positivismo Jurídico .....	29
1.3 – A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público .....	35
II – AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA NA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	
2.1 – Notas introdutórias sobre a teoria discursiva.....	45
2.2 – Direito positivo e legitimidade .....	47
2.3 – Direito e moral.....	52
2.4 – Autonomias privada e pública na visão de liberais e republicanos .....	58
2.5 – A interdependência entre as autonomias pública e privada.....	62
III – DIREITO ADMINISTRATIVO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	
3.1 – A Administração Pública na transição paradigmática.....	70
3.2 – A constitucionalização da atividade administrativa .....	71
3.3 – A democratização da atividade administrativa.....	78
IV – A INCOMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	
4.1 – Por uma concepção procedimental de interesse público .....	86
4.2 – A interdependência entre interesses públicos e interesses privados.....	90
CONCLUSÃO .....	101
Referências bibliográficas .....	104

## INTRODUÇÃO

O constitucionalismo moderno implica necessariamente a limitação do poder do governo, a proteção de direitos fundamentais e a adesão ao Estado de Direito.<sup>1</sup> Dessa última característica da forma constitucional, isto é, da subordinação do poder a uma ordem jurídica, nasce o direito administrativo e sua pretensão de disciplinar “*a ação dos governantes nas suas relações com os administrados*”.<sup>2</sup>

A regulamentação do exercício do poder, todavia, nem sempre significou garantia de autonomia e liberdade aos cidadãos.<sup>3</sup> Na verdade, desde o seu surgimento, com o declínio do regime absolutista francês no final do século XVIII, o direito administrativo vem trilhando uma trajetória bastante paradoxal, ora guiada pela lógica da autoridade do poder público, ora pela lógica da liberdade dos administrados.<sup>4</sup>

Essa “bipolaridade” do direito administrativo pode ser melhor compreendida quando se analisam os três paradigmas que marcam os pouco mais de duzentos anos da história

---

<sup>1</sup> Segundo Michel Rosenfeld, ainda que não exista consenso acerca do que seja o constitucionalismo, qualquer definição apenas será aceitável se fizer menção a esses três elementos. ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity*. In: ROSENFELD, Michel. (Ed.) *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham, NC and London: Duke University Press, 1994, p. 3.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

<sup>3</sup> Para Gustavo Binbenjy, não obstante a gênese do direito administrativo ser comumente associada ao advento do Estado de Direito e ao princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária, não se deve acreditar acriticamente em uma noção inteiramente garantística. Reportando-se ao trabalho do jurista português Paulo Otero, Binbenjy destaca que muitas categorias peculiares do regime jurídico ao qual se submete a administração pública (tais como supremacia do interesse público, discricionariedade, entre outras) representam “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”. Fundamenta essa afirmação nas características originais do Conselho de Estado francês, órgão do Poder Executivo responsável pela edição de normas e julgamento de litígios administrativos, que não se submetia às normas emanadas pelo Poder Legislativo e aos julgamentos lavrados pelo Poder Judiciário. Observa, por outro lado, que a evolução histórica do direito administrativo revelou um incremento dos meios e instrumentos de controle da atividade estatal pelo cidadão. Conclui, então, que “se não é possível compactuar com a visão *romântica* de um surgimento milagroso e pleno de boas intenções (voltadas permanentemente à proteção da cidadania e ao controle jurídico do poder), tampouco seria lícito advogar que uma monolítica razão *maquiavélica* (no sentido de uma lógica de preservação do poder) esteve sempre por trás de todo o desenvolvimento do direito administrativo. Mais correto é pensar a evolução histórica da disciplina como uma sucessão de *impulsos contraditórios*, produto na tensão dialética entre a *lógica da autoridade* e a *lógica da liberdade*.” Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9-18.

<sup>4</sup> Massimo Giannini vê o direito administrativo fortemente marcado pela relação bipolar entre autoridade e liberdade: “Las normas de derecho administrativo tenían pues, si puede emplearse la metáfora, dos polos, uno dirigido a salvaguardar la autoridad, y otro a salvaguardar la libertad. Según las fuerzas que han operado en la Historia, ha oscilado de uno a otro de los polos.” (GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Traducción de M. Baena de Alcázar e J. M García Madarí. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980, p. 55)

constitucional moderna.<sup>5</sup> Apesar de a evolução dos institutos e das categorias básicas do direito administrativo não ser linear, a dicotomia autoridade/liberdade – que de certo modo se manifestou também na tensão público/privado – adquiriu alguma continuidade no decorrer de cada um dos paradigmas jurídicos, cuja capacidade explicativa intervém na consciência de todos os atores da comunidade política: cidadãos, legisladores, juízes e administradores.<sup>6</sup> Para que seja possível introduzir a discussão acerca da compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o ainda em conformação paradigma do Estado Democrático de Direito – tema central do presente trabalho – é oportuno fazer, inicialmente, uma breve análise da configuração das atividades estatais no Estado Liberal e no Estado Social.

O advento do Estado Liberal resulta das revoluções ocorridas na França e nos Estados Unidos no final do século XVIII. Como reação à concentração do poder característica do antigo regime, há uma rígida separação entre o Estado e a sociedade. As atividades estatais foram limitadas à promoção da segurança interna e externa e à proteção da propriedade privada, não mais admitida a ingerência do poder público nas relações mantidas pelos particulares.<sup>7</sup> Era um Estado com funções meramente regulatórias, que reservava ao mercado a função de promover a distribuição equânime de oportunidades e benefícios entre cidadãos formalmente iguais, agora livres das classificações estamentais das ordens pré-modernas.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> O conceito de paradigma adotado no presente trabalho é aquele desenvolvido por Thomas Khun. Para esse autor, os paradigmas delimitam os objetos a serem estudados por determinada ciência, os questionamentos que podem ser elaborados e também os modelos de respostas aceitáveis em um dado contexto histórico. São, em síntese, “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 13) Menelick de Carvalho Netto, por sua vez, explica que o conceito de paradigma apresentado por Kuhn remete à idéia de pré-compreensões compartilhadas no pano de fundo da linguagem, e que essa idéia deve ser analisada sob dois aspectos: “Por um lado, (a noção de paradigma) possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, consubstanciados no pano de fundo naturalizado do silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação, e limita ou condiciona o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevaletentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados.” (CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 29)

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 131.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35.

<sup>8</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA, Claudia Fernanda Pereira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 36.

Ainda que logo após a queda do antigo regime o direito administrativo não tenha sido inteiramente estruturado a partir de conteúdos garantísticos, ou seja, a partir de categorias e institutos que asseguravam aos administrados direitos em face da administração pública, o fato é que, nesse primeiro paradigma jurídico, prevalece a crença liberal de que a atividade estatal deveria ser a mais restrita possível.<sup>9</sup> Da convergência do liberalismo político com o liberalismo econômico surgem os fundamentos de uma sociedade civil independente e que dispensa a ingerência estatal na grande maioria das relações sociais, especialmente naquelas de natureza econômica.<sup>10</sup> Na síntese de Menelick de Carvalho Netto:

Assim, sociedade política e sociedade civil são separadas por um profundo fosso. Na primeira, os interesses gerais deveriam prevalecer mediante a atribuição de sua identificação e guarda aos membros dessa “sociedade política”, dessa “melhor sociedade”, àqueles cultural e economicamente bem aquinhoados. E a “razão prática” apontava para o estabelecimento do mínimo de leis gerais e abstratas, pois já que liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proibam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades (aqui o termo é empregado na acepção da época, como também abrangente dos dotes físicos e mentais de uma pessoa). A segunda, a sociedade civil, é o espaço naturalizado em que as propriedades devem ser desenvolvidas o mais livremente possível mediante a garantia de igualdade formal de todos perante a lei, não importando quão desiguais possam ser em termos materiais.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Confira-se, por oportuno, o seguinte comentário de Vasco Manuel Pereira da Silva acerca da tensão existente entre o caráter autoritário do contencioso administrativo francês e a dimensão garantística do liberalismo político: “Por um lado, assegurava-se a primazia da Administração, através de sua fiscalização por um órgão que, apesar de reconhecer que exercia uma função jurisdicional, se integrava no poder administrativo, e cujos poderes de fiscalização se limitavam à anulação dos actos administrativos. Desta forma, o contencioso era concebido como um auto-controlo da Administração, tendo como objectivo principal a prossecução da legalidade e do interesse público, e só secundariamente a defesa dos direitos dos indivíduos, cuja protecção estava confiada ao poder legislativo. (...) Por outro lado, garantia-se a protecção dos direitos individuais, a qual era realizada sobretudo através da lei e não de meios jurisdicionais. De acordo com a ideologia do liberalismo político, que considerava a separação entre a sociedade e o Estado como garantia da liberdade individual, a Administração era vista como um entidade agressiva, cuja intervenção era potencialmente lesiva dos direitos do cidadão.” (SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 42-43)

<sup>10</sup> Vale sempre destacar que liberalismo político não se confunde com liberalismo econômico, ainda que em determinados momentos históricos as duas orientações tivessem muitos aspectos convergentes. O liberalismo político destaca o primado dos direitos humanos e o império impessoal das leis, enquanto o liberalismo econômico enfatiza, em síntese, o bom funcionamento dos agentes econômicos do mercado independentemente de regulamentação. Segundo Norberto Bobbio, “a noção corrente que serve para representar o primeiro (liberalismo político) é *Estado de direito*; a noção corrente para representar o segundo é *Estado mínimo*. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, a respeito da esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia) (destaque do original).” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17)

<sup>11</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 33.

Nesse contexto, os direitos fundamentais consubstanciam liberdades negativas, que protegem a autodeterminação individual dos cidadãos contra ingerências arbitrárias, delimitando espaços em que o Estado não pode atuar.<sup>12</sup> Acredita-se cegamente na superioridade da esfera privada em detrimento da esfera pública, inteiramente associada ao Estado e, por isso mesmo, digna de ser vista com desconfiança. Em um contexto pós-absolutista, nada mais natural que a identificação do público com o estatal resultasse justamente na prioridade axiológica da esfera privada e na conseqüente exaltação das figuras clássicas do direito civil – propriedade e contrato – como base de todo o ordenamento jurídico.<sup>13</sup>

Ao direito público, de outra sorte, competia tão somente a estruturação política de poderes estatais separados e inteiramente vinculados ao princípio da legalidade. O próprio direito administrativo era visto apenas como um direito de exceção ao direito privado, sem grande relevância.<sup>14</sup> Subordinando-se a atividade estatal ao conjunto de leis gerais e abstratas regularmente aprovadas pelo Poder Legislativo, garantia-se a conformação dos poderes públicos em função justamente da proteção das liberdades individuais. Afinal, se a lei era a mais perfeita expressão da vontade geral de um povo soberano, os representantes deste nunca aprovavam normas contrárias aos seus mais legítimos interesses. Uma das características mais marcantes do paradigma do Estado Liberal, pois, é essa supervalorização da lei, inteiramente associada à noção de vontade geral, de bem comum.<sup>15</sup>

Com o passar dos anos, os excessos praticados em nome do liberalismo econômico minaram a força explicativa do Estado Liberal, que entrou em crise na segunda metade do século XIX. A crescente concentração do poder econômico evidenciou, de forma profundamente dolorosa para a maioria dos cidadãos, que a igualdade garantida apenas formalmente legitimava práticas que inviabilizavam o efetivo exercício daqueles direitos fundamentais afirmados com a consolidação do Estado de Direito. As graves distorções sociais produzidas pelas “leis” do livre mercado demonstraram a enorme distância que

---

<sup>12</sup> Nessa linha, Habermas observa que o “direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família.” (HABERMAS, (II), 1997, p. 134)

<sup>13</sup> SARMENTO, 2010, p. 37.

<sup>14</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 140.

<sup>15</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94 e ss.

separava a igualdade jurídica da igualdade de fato.<sup>16</sup> Como ilustra Menelick de Carvalho Netto:

A vivência daquelas idéias abstratas que conformavam o paradigma inicial do constitucionalismo logo conduz à negação prática das mesmas na história. A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem que se tem notícia na história, possibilitando um acúmulo de capital jamais visto, as revoluções industriais e uma disseminação da miséria sem precedentes.<sup>17</sup>

Em face dessa realidade, a própria sociedade civil passa a exigir que o Estado assuma uma nova configuração.<sup>18</sup> Se, durante o Estado Liberal, o poder público representava a grande ameaça aos direitos individuais, a transição paradigmática para o Estado Social foi possível justamente pela percepção de que os “*direitos subjetivos podem ser lesados não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração*”.<sup>19</sup> A consolidação do paradigma do Estado Social visou a compensar o enorme desequilíbrio de poder econômico existente entre os diversos atores sociais.<sup>20</sup>

As atividades e as atribuições estatais crescem de maneira exponencial e passam a ser responsáveis pela distribuição da riqueza e do bem-estar; enfim, pela redução das desigualdades materiais geradas pelo liberalismo econômico. O poder público, nesse contexto, não só pode como deve intervir nas atividades privadas, especialmente para corrigir disfunções geradas pelo mercado.<sup>21</sup> Se antes o Estado deveria garantir igualdade apenas formal, agora ele chama para si a responsabilidade de materializar essa igualdade, redefinindo os direitos individuais clássicos e também incorporando ao ordenamento jurídico novos direitos, de natureza coletiva, tidos como indispensáveis para garantir cidadania à população.

<sup>16</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 140-141.

<sup>17</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 34.

<sup>18</sup> Nesse sentido, o professor Menelick prossegue sua explicação e destaca que “idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelo direito de voto, pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário mínimo, a uma jornada de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 34)

<sup>19</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 170.

<sup>20</sup> Consoante explica Cristiano Paixão, “a tônica do Estado Social é a idéia de *compensação* devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. E pertencerá ao Estado a tarefa de prover essas compensações. Disso decorre o enorme crescimento dos órgãos e competências do Estado, que assume funções técnicas de aprimoramento da compensação e inclusão de setores da sociedade numa determinada rede de proteção. Naturalmente, quem propiciará essa rede é o próprio Estado.” (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 40)

<sup>21</sup> SILVA, 2003, p. 72.

Os textos constitucionais do início do século XX contemplam uma categoria inteiramente nova de direitos, como o direito à saúde, à educação, à seguridade social, entre outros, que devem ser materializados por meio da efetiva atuação do Estado. Tais direitos sociais consubstanciam, pois, liberdades positivas. Na síntese de Daniel Sarmiento:

Nesse contexto, a proteção das liberdades privadas é relativizada e novos direitos ganham reconhecimento nas leis e, mais tarde, até nas constituições, exigindo do Estado não mais meras abstenções, mas prestações positivas, cuja implementação dependia da estruturação de novos serviços públicos, que demandavam um exponencial crescimento do tamanho do Estado. Diante da constatação da desigualdade no campo das relações privadas, o Poder Público abandona a sua posição de absentismo, e passa a intervir, no afã de proteger as partes mais débeis.<sup>22</sup>

Nota-se, com facilidade, a inversão de papéis produzida pelo Estado Social na relação público/privado. Assim como no paradigma anterior, há um claro antagonismo entre essas duas dimensões e o público mantém-se inteiramente associado ao Estado; mas, nesse novo contexto político-jurídico, essa identificação é positivamente valorada.<sup>23</sup> Agora, é a dimensão privada da vida que se opõe à emancipação da sociedade, pois nela sobressaem os interesses mais egoísticos dos cidadãos. Se, no decorrer do paradigma do Estado Liberal era a efetiva proteção dos interesses privados que propiciava a realização do bem comum, no Estado Social a autodeterminação individual representa uma grave ameaça ao interesse público, razão por que merece ser limitada em prol da realização coletiva.

A substancial modificação na visão de mundo prevalecente gerou também relevantes mudanças no papel do direito público e do direito privado no ordenamento jurídico. Com o descrédito dos direitos individuais e o conseqüente incremento das atividades reservadas aos poderes estatais, o direito público passa a ser o grande responsável pela normatização da sociedade. Na verdade, todo o direito é público no Estado Social, *“imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa.”*<sup>24</sup>

Como não poderia deixar de ser, o desenvolvimento do direito administrativo é exponencial nesse período; a Administração substitui a Legislação e passa a constituir o

---

<sup>22</sup> SARMENTO, 2010, p. 40.

<sup>23</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 35.

<sup>24</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 35.

centro da atividade público-estatal.<sup>25</sup> Surgem novos institutos e categorias – tais como o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – geralmente comprometidos com a necessidade de legitimar a intervenção unilateral de um poder público com fins ampliados e socialmente abrangentes.<sup>26</sup>

Todavia, a prevalência quase absoluta da esfera pública sobre a privada fez do Estado Social um paradigma excessivamente guiado pela lógica da autoridade da Administração. A burocracia estatal revelou-se deveras insensível em relação às limitações impostas aos direitos de autodeterminação dos cidadãos e, como consequência, a segunda metade do século XX apresenta mais uma crise paradigmática.<sup>27</sup>

O aprofundamento das ingerências do poder público na vida dos indivíduos não foi, de forma alguma, acompanhado pela ampliação da participação destes na formação das decisões estatais. A soberania popular ficou adstrita, no Estado Social, ao exercício do sufrágio universal nos períodos eleitorais. A relação hierarquizada mantida pelo Estado com a sociedade produziu indivíduos sem autonomia, carentes de prestações estatais e, portanto, incapazes de participar da gestão pública.

Ocorre que, se o povo mantém-se alheio às deliberações coletivamente vinculantes que irão afetá-lo, seja de natureza política, administrativa ou judicial, não há como falar em efetivo autogoverno. A crise do paradigma do Estado Social é essencialmente uma crise de democracia, de déficit de cidadania, cuja superação exige a participação permanente dos indivíduos nas discussões públicas.<sup>28</sup>

Essa é a tônica do ainda em conformação paradigma do Estado Democrático Direito: legitimar a atuação estatal mediante a rigorosa observância do sistema de direitos fundamentais garantidor da cidadania e também mediante a radicalização da participação democrática dos cidadãos em todas as esferas do governo.

---

<sup>25</sup> SILVA, 2003, p. 74.

<sup>26</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996, p. 34.

<sup>27</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 125.

<sup>28</sup> Salienta-se que fatores de natureza econômica e social também deram ensejo à superação do modelo de Estado intervencionista. Consoante bem observa o professor Cristiano Paixão, ainda que a crise do Estado Social seja, antes de tudo, uma crise gerada pelo déficit de cidadania e de democracia, não se pode deixar de lado os outros elementos que explicam a transição paradigmática. Afinal, “houve a conscientização, ao longo da década de 1970, do crescimento do endividamento do setor público em várias economias do Ocidente, como decorrência do enorme volume de gastos ocasionado pelas múltiplas funções da máquina burocrática-estatal. A esse contexto somou-se a crise do petróleo, desencadeada a partir do início dos anos setenta. Verificou-se, pois, a limitação das propostas do Estado Social.” (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 41)

Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem como pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum. Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobre de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, *o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto*.<sup>29</sup> (destaque do original)

À evidência, a transição paradigmática para o Estado Democrático de Direito impõe a releitura de inúmeros institutos do direito administrativo, especialmente daqueles tipicamente comprometidos com os pressupostos do Estado Social.<sup>30</sup> Figuras clássicas dessa disciplina jurídica – discricionariedade, atos de império, poder de polícia, legalidade estrita, supremacia do interesse público, entre outras – devem agora ser interpretadas a partir de uma perspectiva democrática, que busca nivelar os interesses em jogo à luz do sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição e, assim, viabilizar a submissão da atividade estatal a diversos mecanismos de controle por parte dos administrados.<sup>31</sup>

Se o novo paradigma exige a efetiva participação dos indivíduos na gestão pública, a relação administrador/administrado não pode mais ser baseada em uma noção de hierarquia que confere absoluta primazia ao público – associado ao estatal – em detrimento do privado. Em outras palavras, o Estado não pode mais ser visto como um espaço privado reservado ao administrador em nome de um suposto interesse público que somente esse mesmo administrador é capaz de delimitar.<sup>32</sup> A consolidação do paradigma do Estado Democrático de

<sup>29</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 37.

<sup>30</sup> Segundo Gustavo Binbenbojm, há quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que fizeram carreira no Brasil e que devem ser revistos com a consolidação do Estado Democrático de Direito: 1) o princípio da supremacia do interesse público, fundamento de privilégios materiais e processuais em favor da Administração Pública; 2) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; 3) a intangibilidade do mérito administrativo; 4) a idéia de um Poder Executivo unitário. Cf. BINENBOJM, 2008, p. 22-45.

<sup>31</sup> ARAÚJO PINTO, 2003, p. 45-46. No mesmo sentido, transcreve-se as seguintes considerações de David Duarte: “Começa-se a descobrir nas últimas décadas, no entanto, um conjunto de factores, no quadro da visão global da actividade administrativa, que constituem ou podem constituir a antecâmara de um novo modelo. Se na transição do Estado liberal para o Estado social é decisiva a modificação do leque de interesses sociais a prosseguir no intuito de satisfazer as prestações vitais, na transição do Estado social para um ainda indeterminado Estado pós-social parece que o critério de faseamento histórico irá residir nos modos de actuação administrativa e no aparecimento de formas de conformação multilateral dessa actividade.

Os elementos de concertação *lato sensu* que se revelam nos últimos anos permitem avaliar que é ao nível do desaparecimento da pressão autoritária da Administração e na sua progressiva substituição por meios de colaboração decisória – da co-decisão a fórmulas de inferior densidade no específico grau participativo – que se encontra um dos aspectos identificadores da superação do Estado Social.” (DUARTE, 1996, p. 35)

<sup>32</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum administrativo*, ano I, n. I, 2001, p. 11.

Direito requer seja repensada toda a dicotomia público/privado que marcou o direito administrativo nos últimos duzentos anos.

Em um cenário de crescente pluralidade e complexidade, característico da sociedade contemporânea, as fronteiras que separam as dimensões pública e privada da vida humana revelam-se cada vez mais fluidas e nebulosas.<sup>33</sup> Não há mais como explicar a relação do Estado com os cidadãos a partir de um falso antagonismo entre tais dimensões, pois, na verdade, ambas são igualmente relevantes para o direito e para a democracia. Se no Estado Liberal e no Estado Social a relação entre público e privado foi fortemente marcada pela ideia de oposição, no paradigma atual essa relação passa a ser de interdependência, de pressuposição mútua.

Merece especial atenção, no quadro de mudanças que a consolidação do Estado Democrático de Direito impõe ao direito administrativo, a sobrevivência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Afinal, tratando-se de um instituto que contrapõe expressamente o público ao privado, sua compatibilidade com o novo paradigma revela-se de pronto bastante questionável. Daí porque o foco da presente dissertação é justamente a análise desse princípio à luz do ordenamento constitucional brasileiro instituído em 1988, cuja identificação com o paradigma do Estado Democrático de Direito é inegável.

Para situar o leitor no debate que cerca o princípio da supremacia do interesse público, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos. No primeiro, far-se-á uma análise do modo pelo qual o referido princípio é abordado na doutrina brasileira. Será visto que, durante muitos anos, a supremacia do interesse público foi considerada a ideia chave do regime jurídico-administrativo, mas que, recentemente, importantes autores vêm defendendo a incompatibilidade dessa ideia com os preceitos fundamentais adotados pela Constituição da República de 1988.

O segundo capítulo visa à compreensão da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Jürgen Habermas. Esse autor interpreta o direito moderno à luz da teoria do discurso e demonstra, com propriedade, que a sua legitimidade depende da adequada conciliação dos dois principais elementos normativos das democracias constitucionais: direitos humanos e soberania popular. Essa conciliação, por sua vez, apenas se efetiva quando os ordenamentos jurídicos contemplam a garantia equânime da autonomia pública e da

---

<sup>33</sup> SARMENTO, 2010, p. 48.

autonomia privada. Trata-se, enfim, de uma abordagem que reconstrói o direito moderno a partir da substituição do antagonismo público/privado que marcou os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social por uma relação de pressuposição mútua entre tais dimensões, na qual deve estar sustentado o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, serão traçadas em linhas gerais algumas transformações por que vem passando o direito administrativo com a consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito. Se, por um lado, a influência dos direitos fundamentais gera uma constitucionalização do direito administrativo, por outro, a influência da soberania popular produz uma democratização do direito administrativo.

Ao final, no quarto capítulo, o princípio da supremacia do interesse público será estudado justamente à luz do referencial teórico desenvolvido por Habermas. E, uma vez demonstrado que interesses públicos e interesses privados são interdependentes, será possível retomar alguns questionamentos feitos pela nova doutrina administrativista para posicionar-se definitivamente pela incompatibilidade do princípio da supremacia com o paradigma jurídico no qual a ordem constitucional vigente no Brasil está inserida.

## I – O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

### 1.1 – A concepção tradicional

A noção de supremacia do interesse público sobre o particular desenvolveu-se no Brasil a partir da obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.<sup>34</sup> Para esse autor, o direito administrativo é eminentemente estatal e visa a regulamentar a busca do bem comum, que seria a própria razão de ser do Estado. Na medida em que a atividade estatal seria intimamente ligada à realização dos interesses de caráter geral, estaria justificada a existência de uma relação de sujeição dos administrados em favor do poder público.<sup>35</sup> Daí porque o autor chega a afirmar que o direito dos particulares “*está sempre condicionado ao interesse coletivo e deve ser sacrificado em face do direito da supremacia do Estado ou de quem faça as suas vezes ...*”.<sup>36</sup>

Posteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello publica seus trabalhos a respeito do direito administrativo e a supremacia do interesse público sobre o particular passa a ser amplamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência do país como princípio integrante do ordenamento jurídico.<sup>37</sup> Os textos desse autor influenciaram de modo tão decisivo o direito administrativo brasileiro que, por quase vinte anos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado foi aceito pela comunidade jurídica em geral sem maiores discussões,

---

<sup>34</sup> Em pesquisa desenvolvida sobre os fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público, Eunice Nequete observa que Oswaldo Aranha Bandeira de Mello pode ser considerado um dos precursores do mencionado princípio, não obstante não o tenha enunciado de forma expressa. NEQUETE, Eunice Ferreira. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: Universidade do Rio Grande do Sul, 2005, p. 156.

<sup>35</sup> Vale conferir a seguinte passagem: “No ordenamento jurídico, há normas para a satisfação do bem comum que compete ao Estado-poder, ou a quem faça as suas vezes, realizar em cada comunidade. Essa regras lhe conferem direito subjetivo de exigir dos administrados certo comportamento social, aos quais incumbe, correlativamente, o dever de prestações, no interesse coletivo, com o sacrifício de determinada vantagem particular. Cria a relação jurídica de sujeição das outras pessoas existentes no Estado-sociedade ao Estado-poder, como súditos, ante os seus direitos de supremacia.” (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 146)

<sup>36</sup> MELLO, O., 1969, p. 146.

<sup>37</sup> Já em 1983, quando publica o livro *Elementos de Direito Administrativo*, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da supremacia do interesse público consubstancia axioma implícito do direito público moderno, de sorte que toda a atividade administrativa deveria estar vinculada à idéia de que os interesses da coletividade são superiores aos interesses do particular. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 8. A partir da quarta edição, editada em 1993, essa obra recebe o título de Curso de Direito Administrativo.

ainda que não esteja expressamente contemplado em nenhum texto normativo e sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente seja bastante questionável.<sup>38</sup>

Pois bem, para Celso Antônio Bandeira de Mello, o direito administrativo, enquanto disciplina normativa peculiar, fundamenta-se essencialmente em função da consagração do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.<sup>39</sup> Segundo esse autor, tais princípios possuem importância fundamental em razão das consequências por eles produzidas no sistema, na medida em que a ordem jurídica administrativa foi erigida justamente em torno deles.

Nas primeiras edições da obra *Curso de Direito Administrativo*, Celso Antônio limita-se a afirmar que a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável. Essa prevalência produziria consequências relevantes no âmbito da Administração Pública, entre as quais se destaca a posição privilegiada e até de supremacia que os órgãos encarregados de zelar pelo interesse público teriam nas relações mantidas com os particulares:

a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua função. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos dessa posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para a intervenção ao longo do processo judicial; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para a prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

b) A posição de *supremacia*, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição de gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face dessa desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os*

<sup>38</sup> De acordo com Gustavo Binbenbojm, não obstante a identificação das hipóteses em que os interesses gerais da coletividade prevalecem sobre os interesses particulares dos indivíduos dependa da ponderação proporcional dos interesses em conflito, “nove entre dez manuais de direito administrativo publicados no Brasil continuam reafirmando não só a existência do princípio da supremacia do interesse público, como a sua suposta função de *pedra angular* do regime jurídico administrativo.” (BINENBOJM, 2008, p. 86)

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 16.

*privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações estabelecidas.<sup>40</sup> (destaque do original)

Da posição de supremacia decorreriam, pois, diversas prerrogativas em favor da Administração Pública, tais como a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais e prescricionais diferenciados, o poder de autotutela, a natureza unilateral da atividade estatal, entre outras. O princípio da supremacia do interesse público, como se vê da transcrição acima, é tido como inerente a qualquer organização política, razão por que a norma principiológica em si é comentada de forma bastante superficial. A análise da supremacia do interesse público concentra-se, na verdade, nos efeitos produzidos por esse princípio na conformação jurídica da Administração Pública.<sup>41</sup>

Após alguns anos, Celso Antônio percebe ser necessário analisar de modo mais detido tanto o conceito de interesse público quanto a regra de supremacia que extrai da inserção desse conceito no ordenamento jurídico. Atualmente, o interesse público é apresentado como o interesse da coletividade, de todo o corpo social, que não pode ser dissociado por completo dos interesses individuais, nem confundido com a mera somatória destes. Nessa linha de raciocínio, o interesse público seria uma forma específica de manifestação dos interesses individuais, pois o interesse do todo não poderia contrariar o interesse das partes.<sup>42</sup>

O autor faz uma clara distinção entre os interesses que os indivíduos possuem na suas respectivas vidas particulares e aqueles que se manifestam na esfera pública, no convívio com os demais integrantes da coletividade. É uma concepção de interesse público que projeta os interesses privados em um plano coletivo, partindo do pressuposto de que há interesses que são comuns a todos os indivíduos de determinado grupo social.<sup>43</sup> Segundo Celso Antônio:

---

<sup>40</sup> MELLO, C., 1994, p. 20.

<sup>41</sup> Ao afirmar que o princípio da supremacia do interesse público é inerente a qualquer sociedade, Celso Antônio Bandeira de Mello transparece a visão paradigmática que caracteriza o seu trabalho. A prevalência do público sobre o privado é tão evidente para esse autor que, nas primeiras edições da sua obra de direito administrativo, ele sequer considera necessário tecer maiores considerações sobre essa premissa. E, como já ressaltado, a supervalorização do público é característica marcante da pré-compreensão compartilhada no paradigma do Estado Social. Sobre o tema, ver CARVALHO NETTO, 2001, p. 18.

<sup>42</sup> Da edição de 2010 do Curso de Direito Administrativo, vale transcrever a seguinte passagem: “Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precaver-se contra o erro de atribuir-lhe o *status* de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.” (MELLO, C., 2010, p. 59)

<sup>43</sup> BINENBOJM, 2008, p. 87.

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.*

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do 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)*, nisto se abrigo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

(...)

O que fica visível, como fruto dessas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente considerados* –, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridas*, tal como nela estiveram os que precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.

Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de *interesse do todo ou interesse público*. *Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais*, pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade*. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão –, *só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro*. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*<sup>44</sup> (destaques do original)

Não obstante reconhecer expressamente a relação de complementaridade existente entre os interesses coletivos e os interesses individuais, o professor Celso Antônio deduz da conceituação acima transcrita uma norma de prevalência daqueles interesses em face destes últimos.<sup>45</sup> O princípio da supremacia do interesse público, nesse contexto, consubstancia

<sup>44</sup> MELLO, C., 2010, p. 60-61.

<sup>45</sup> Antes de passar para os comentários acerca do princípio da supremacia, o autor diferencia interesse público de interesse estatal. À luz das lições do jurista italiano Renato Alessi, enfatiza que o interesse público que deve prevalecer é o primário, aquele que diz respeito ao bem comum, à dimensão coletiva dos interesses privados. Nessa linha, o interesse público secundário, que corresponde tão somente ao interesse da pessoa jurídica estatal, apenas pode gozar de algum privilégio em relação aos interesses dos particulares quando estiver em sintonia com o interesse público primário. Cf. MELLO, C., 2010, 65-69. Sobre a distinção entre interesse público primário e

elemento central do regime jurídico-administrativo e, desse modo, legitimaria “o *desequilíbrio nas relações jurídicas entre a Administração e os administrados, sempre em favor da primeira*”.<sup>46</sup>

Assim como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles defende a observância obrigatória do princípio da supremacia do interesse público na interpretação do direito administrativo. Sustenta que o princípio manifesta-se especialmente na posição de superioridade do poder público nas relações jurídicas mantidas com os particulares, superioridade essa que se justifica pela prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Ademais, afirma que o interesse coletivo, quando conflitante com o interesse do indivíduo, deve sempre prevalecer. Nas palavras do autor:

Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração.<sup>47</sup>

Segundo Hely Lopes, a posição de supremacia da administração pública, detentora de prerrogativas e privilégios, é inerente à organização estatal. Isso porque, para ele, o Estado é o titular do interesse público e sua existência tem fundamento justamente na promoção do interesse geral.<sup>48</sup>

---

secundário na doutrina italiana, ver ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1960, p. 197. De acordo com Luís Roberto Barroso, a distinção entre interesses públicos primários e secundários não é estranha à ordem jurídica brasileira: “É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. À primeira cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, prefácio)

<sup>46</sup> BAPTISTA, 2003, p. 182.

<sup>47</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 43. Como bem observa Gustavo Binbenbojm, Hely Lopes contradiz o próprio raciocínio logo em seguida ao trecho acima transcrito. Após afirmar que o interesse da comunidade deve sempre prevalecer sobre os direitos dos indivíduos, ele atribui ao aplicador da lei a competência para “interpretá-la de modo a estabelecer um equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais”. Sobre esse ponto, cf. BINENBOJM, 2008, p. 91. Essa e outras contradições serão analisadas de forma detalhada no item 1.3, quando o presente trabalho enfocará justamente as críticas dirigidas à concepção tradicional do princípio da supremacia do interesse público.

<sup>48</sup> MEIRELLES, 2000, p. 95. É importante observar que, ao contrário de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles não diferencia o interesse público primário do interesse público secundário; limita-se a afirmar que o Estado é o titular do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, ressalta a importância de se observar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tanto no momento de elaboração da lei quanto no momento de sua execução pela Administração Pública. Afinal, para ela, todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar interesses públicos, ainda que reflexamente protejam direitos individuais.<sup>49</sup> Na verdade, Di Pietro não deixa clara qual concepção de interesse público que adota, limitando-se a identificá-lo com o bem comum. Ao mesmo tempo, contrapõe os direitos individuais ao interesse público e afirma que os institutos do direito administrativo desenvolveram-se justamente a partir da dicotomia *público/privado*. Enuncia, à luz dessa dicotomia, que a conformação jurídica da Administração Pública historicamente foi projetada com base nos seguintes objetivos:

(...) de um lado, o da proteção *aos direitos individuais* diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, o da necessidade de *satisfação de interesses públicos*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: *liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas*. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se o Estado à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do *princípio da legalidade*. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a *supremacia do interesse público sobre o particular*.<sup>50</sup> (destaque do original)

Como se infere da transcrição acima, a proteção dos direitos individuais e a satisfação dos interesses públicos, nessa linha de pensamento, consubstanciam ideias antagônicas. Para Di Pietro, no momento em que o paradigma do Estado Liberal é sucedido pelo paradigma do Estado Social, o direito público assume maior relevância e supera de vez o individualismo excessivo do direito privado. O aparato estatal deixa de ter como foco a garantia dos direitos dos indivíduos para assumir posição mais ativa, com o objetivo de reduzir as profundas desigualdades sociais geradas pelo liberalismo econômico.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 68-69.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

<sup>51</sup> DI PIETRO; 2010, p. 93. Vale conferir, outrossim, o seguinte comentário, referente às mudanças introduzidas no regime jurídico-administrativo pela consolidação do paradigma do Estado Social: “Em nome do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O

Se o indivíduo, isoladamente considerado, não é mais o fim único do ordenamento jurídico, todo o direito público, especialmente o administrativo, deve gravitar em torno da promoção do interesse geral, “*que não pode ceder diante do interesse individual.*”<sup>52</sup> O princípio da supremacia do interesse público, nessa ótica, está intimamente ligado aos pressupostos do paradigma do Estado Social.

Firme na premissa de que a Constituição da República de 1988 está em sintonia com as “conquistas” desse paradigma, Di Pietro entende que a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim da atividade estatal. Por tal razão, o ordenamento constitucional contemplaria inúmeras hipóteses em que os direitos individuais cedem diante do interesse público.<sup>53</sup> Para a autora, qualquer tentativa de se negar a existência do referido princípio seria a negação do próprio papel do Estado na promoção do bem comum; seria um retrocesso aos ideais do liberalismo econômico do século XVIII, cujas consequências funestas, na visão da autora, são bastante conhecidas.<sup>54</sup>

A influência dos administrativistas acima mencionados na doutrina brasileira, como se sabe, é absolutamente marcante. Nos últimos anos, a maioria dos trabalhos que abordou os

---

mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade: assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.

Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial no Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.” (DI PIETRO, 2005, p. 69-70)

<sup>52</sup> DI PIETRO, 2005, p. 70.

<sup>53</sup> Segundo a professora, a prevalência dos interesses públicos em face dos direitos individuais manifesta-se de forma clara em cinco tipos de atividades desenvolvidas pela Administração Pública: serviço público, fomento, intervenção, polícia administrativa e regulação. Sobre a relação dessas atividades com o princípio da supremacia do interesse público, cf. DI PIETRO, 2010, p. 95-97.

<sup>54</sup> DI PIETRO, 2010, p. 100-101. A identificação de qualquer crítica dirigida ao princípio da supremacia com a ideologia neoliberal merece ressalvas. Assim como o paradigma do Estado Liberal, o Estado Social produziu diversos excessos, razão por que, atualmente, pode-se afirmar que o direito vive um momento de transição paradigmática. Consoante já exposto no presente trabalho, a crise do Estado Social decorreu justamente da relação autoritária mantida pelo Estado em desfavor dos cidadãos. Trata-se, portanto, de uma crise de democracia, que o novo paradigma pretende resolver, não necessariamente com a retomada dos ideais do liberalismo econômico. Na sequência desta dissertação, tentar-se-á demonstrar que o paradigma do Estado Democrático de Direito reclama, entre outras coisas, a democratização do direito administrativo, cuja efetivação, por sua vez, depende da releitura da dicotomia público/privado. Em sentido contrário às colocações de Di Pietro, será visto que a valorização do interesse privado não necessariamente implica a aceitação dos ideais do neoliberalismo, mas sim viabiliza uma conformação efetivamente democrática do interesse público. Daniel Sarmiento, por exemplo, questiona a compatibilidade do princípio em foco com a Constituição e, ao mesmo tempo, afirma que esta “não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos do homem, não se baseando nos mesmos pressupostos ideológicos que erigiram uma separação absoluta entre Estado e sociedade civil.” (SARMENTO, 2010, p. 71)

princípios do direito administrativo afirmou a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ainda que, em alguns casos, a própria noção de supremacia seja questionada.<sup>55</sup>

E, em sintonia com a doutrina majoritária, a jurisprudência dos tribunais do país reiteradamente lança mão do princípio ora analisado quando se depara com a necessidade de legitimar as prerrogativas materiais e processuais da Administração ou alguma restrição a direito individual em favor do poder público. O Supremo Tribunal Federal costuma apreciar casos em que há conflitos de interesses entre os particulares e a coletividade. Geralmente, utiliza-se da ponderação – guiada pelo postulado da proporcionalidade – para solucionar tais controvérsias, nas quais interesses igualmente protegidos pela Constituição não se revelam passíveis de acomodação.<sup>56</sup>

Não obstante afirmar que a ponderação de bens jurídicos conflitantes deve ser feita à luz das circunstâncias dos casos concretos, sem que se dê prevalência *apriorística* a nenhum

---

<sup>55</sup> Lucas Rocha Furtado, por exemplo, sustenta que compete ao constituinte e ao legislador, nunca ao administrador, a definição de quais interesses devem prevalecer em dada situação. Ademais, afirma que, nos casos em que determinado interesse público for considerado mais relevante juridicamente do que o interesse privado a ele contraposto, deve-se garantir à pessoa jurídica competente apenas as prerrogativas necessárias ao bom desempenho das finalidades públicas. O princípio da supremacia do interesse público, nesse sentido, consiste tão somente na utilização, por parte do administrador, das prerrogativas a ele garantidas. Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Por sua vez, Fábio Medina Osório afirma que a atuação do administrador deve ser orientada para a promoção do bem comum, e não para a proteção dos interesses privados. Defende, no entanto, uma versão mais branda do princípio da supremacia, segundo a qual os interesses públicos normalmente prevalecem sobre os interesses dos particulares, mas que o contrário também pode ocorrer. Para tanto, devem estar presentes razões muito fortes, capazes de justificar a incidência da exceção. Cf. OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 220, 2000. Entre aqueles que também projetam a norma principiológica em tela no rol de princípios do direito administrativo, cita-se, entre outros: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (coords.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

<sup>56</sup> Acerca da técnica da ponderação e do postulado da proporcionalidade, Gustavo Binbenojm faz os seguintes esclarecimentos: “Como ensina a doutrina, o postulado da proporcionalidade é o instrumento da ponderação. Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade guiará o itinerário lógico a ser percorrido pelo administrador com vistas à máxima realização dos interesses em jogo e a causação do menor sacrifício possível de cada um deles. Assim sendo, na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípios constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa ao interesse contraposto, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.” (BINENBOJM, 2008, p. 107) Para um maior detalhamento do assunto, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333-338; ou ainda ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 194-197.

interesse, a Suprema Corte aceita, sem maiores questionamentos, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que pré-estabelece a superioridade de um grupo de interesses em face de outro. A título exemplificativo, vale citar o seguinte julgamento, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a ampliação das hipóteses de responsabilidade civil de entidades seguradoras, justamente com base na primazia dos interesses da coletividade:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA DA FEDERAÇÃO SINDICAL – LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) – AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS – ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO – APARENTE INOCORRÊNCIA – NÃO CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

Federação sindical, ainda que de âmbito nacional, não dispõe de legitimidade ativa para promover a instauração do controle normativo abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais, eis que, no âmbito da organização sindical brasileira, e para os fins a que se refere o art. 103, IX, da Carta Política, somente as Confederações sindicais possuem qualidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade. Responsabilidade civil das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federa. ADI 1003/DF Medida Cautelar. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão: Plenário. Julgamento: Brasília, 1º.8.1994. Publicação: DJ: 10.9.1999. Vale aqui fazer uma breve observação a respeito desse julgado, apenas para introduzir pontos que ainda serão objeto de discussão no presente trabalho. Da leitura do voto do ministro relator, acompanhado por unanimidade pelos demais julgadores, nota-se que o tribunal tratou de ponderar, de um lado, os interesses econômicos das empresas de seguro e, do outro, os interesses dos usuários de veículos automotores. Concluiu, então, que os interesses dos últimos deveriam prevalecer, em razão das normas contidas na Constituição da República. Independentemente de se considerar acertada ou não a decisão do tribunal, o fato é que a invocação do princípio da supremacia do interesse público contradiz o modo com o qual o julgamento foi conduzido. Se o interesse público gozasse sempre de primazia em face do interesse privado, não haveria qualquer dúvida acerca da legitimidade, sob a ótica constitucional, das obrigações impostas às empresas seguradoras. A ponderação de interesses seria desnecessária, pois o referido princípio, como observa Daniel Sarmiento, “elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, e impondo o conseqüente sacrifício do interesse privado contraposto.” (SARMENTO, 2010, p. 100)

Em sintonia com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também reconhece a supremacia do interesse público como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, a pautar a interpretação e a conformação dos atos administrativos. Nesse sentido, convém transcrever a seguinte ementa, lavrada por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 9.253, ocorrido em 2005, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO DE REMOÇÃO. ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. PARTICIPAÇÃO NO CONCURSO PARA ASSEGURAR VAGA EM OUTRA LOCALIDADE. PERMANÊNCIA NA CIRCUNSCRIÇÃO ONDE ATUA. IMPOSSIBILIDADE DE REMOÇÃO. NORMAS DO EDITAL OBSERVADAS. INTERPRETAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E AO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.

I – Estatuí o brocardo jurídico: “o edital é a lei do concurso”. Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

II – No caso dos autos, muito embora tenha o autor proposto requerimento administrativo ao Conselho Superior da Advocacia-Geral da União face à realização de dois novos concursos, o mesmo foi denegado, exaurindo-se aí suas possibilidades de ingressar com novos pleitos em relação ao certame regido pelo Edital nº 01/2003. O impetrante ataca um determinado ato, qual seja a Portaria nº 308/2003, embasando-se, todavia, em critérios de ato diverso, anterior e acabado, não mais sujeito à impugnação.

III – Consoante já se manifestou este Superior Tribunal de Justiça, a interpretação dos atos administrativos deve levar em conta seus princípios basilares. Dentre eles, destaca-se o da supremacia do interesse público, que só poderá ser mitigado em caso de expressa previsão legal.

IV – A ausência do interesse da Administração reside tão somente na obrigatoriedade da iniciativa na realização do concurso de remoção, quando o número de vagas for inferior ao dos demandantes, o que não significa que a Administração deva promover a remoção de um servidor atendendo a nítido interesse particular.

V – Ordem denegada.<sup>58</sup>

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência do país, portanto, o princípio da supremacia do interesse público ainda é tido como elemento integrante do direito administrativo, apto a justificar o desequilíbrio e a verticalidade existentes nas relações entre a

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 9.253/DF. Impetrante: Valdemar de Oliveira Leite. Impetrado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão: Terceira Seção. Julgamento: Brasília, 18 de maio de 2005. Publicação: 8.6.2005.

Administração e o administrado.<sup>59</sup> Todavia, a compatibilidade desse princípio com a ordem constitucional vigente vem sendo cada vez mais contestada por importantes autores do direito público brasileiro. Afigura-se relevante, assim, aprofundar a análise do paradigma e das influências teóricas que dão suporte à construção doutrinária vista nesse primeiro tópico para, em seguida, passar-se aos questionamentos atualmente feitos à validade do princípio em foco.

## **1.2 – Interesse Público, Estado Social e Positivismo Jurídico**

Da análise das considerações expostas por Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, verifica-se que a visão que manifestam acerca do princípio da supremacia do interesse público contém diversos pontos em comum. Em síntese, todos partem da premissa de que os interesses dos indivíduos geralmente contrapõem-se aos interesses da coletividade e, então, defendem a primazia destes sobre aqueles. Ademais, há uma clara identificação do espaço público com o espaço estatal, não obstante a insistência com que se tenta diferenciar o interesse público do interesse da Administração.<sup>60</sup> Levando em consideração esses dois aspectos de convergência doutrinária, é possível afirmar que se trata de um pensamento marcadamente influenciado pela consolidação dos pressupostos do paradigma do Estado Social e também pela difusão do positivismo jurídico de Hans Kelsen no direito brasileiro.

Consoante ressaltado na parte introdutória do presente trabalho, o paradigma do Estado Social surge como reação aos excessos vivenciados no paradigma do Estado Liberal. No início do século XX, o poder público abandonou a postura passiva adotada logo após as revoluções burguesas e assumiu a tarefa de materializar liberdade e igualdade para todos os cidadãos. Passou a intervir progressivamente nos mais diversos setores da sociedade, convertendo-se no principal responsável pelo combate à injustiça social, pela contenção do

---

<sup>59</sup> SARMENTO, 2010, p. 24.

<sup>60</sup> Tanto o professor Bandeira de Mello quanto a professora Di Pietro defendem que o interesse público não pode ser confundido com o interesse da Administração Pública. No entanto, não conseguem efetivamente dissociar o público do estatal. Basta observar que todas as consequências que extraem da aplicação do princípio da supremacia dizem respeito a privilégios e prerrogativas que o poder público deve ter nas relações mantidas com os administrados. Ora, se a supremacia do interesse público sobre o interesse privado sempre dá ensejo a uma posição de superioridade da Administração sobre o administrado, como acreditar que público e estatal não se confundem? Para esses autores, o princípio da supremacia implica, ao fim e ao cabo, a prevalência do interesse do Estado sobre o interesse do particular.

abuso do poder econômico e pela prestação daqueles serviços públicos considerados essenciais à população.<sup>61</sup>

O Estado mínimo, garantidor do livre curso da autonomia privada no paradigma liberal, acabou por legitimar uma gritante exploração do homem pelo homem e, assim, “*conduziu a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes na história da humanidade*”.<sup>62</sup> As graves distorções sociais produzidas pela supervalorização da esfera privada em detrimento da esfera pública modificaram a visão que a própria sociedade compartilhava acerca da sua relação com Estado. Com a transição para o Estado Social, consolida-se a pré-compreensão de que liberdade não pode mais significar a mera possibilidade de se fazer tudo aquilo que não for legalmente proibido. A liberdade, antes associada à proteção de indivíduos formalmente iguais contra a ingerência estatal, depende agora da materialização da igualdade promovida pela efetiva atuação do próprio Estado.<sup>63</sup>

Se no paradigma liberal era a proteção da autodeterminação individual que propiciava a realização do bem comum, no paradigma social essa mesma autodeterminação contrapõe-se ao interesse público. Em outras palavras, no primeiro paradigma “*o privado é excelente e o público é péssimo*”, enquanto no segundo, “*o público é excelente e o privado é péssimo*”.<sup>64</sup> Nessa linha, Cristiano Paixão destaca que:

Ganha enorme força, nesse contexto, a tradicional concepção de cidadania como pertinência ao Estado. O sistema político procura qualificar-se como centro da sociedade. Invertendo-se a polaridade verificada na práxis do Estado Liberal, a dimensão privada será vista com desconfiança no Estado Social, identificada com o egoísmo, com a própria negativa do exercício da vida pública (repita-se: aqui inteiramente associada ao Estado).<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> BARROSO, 2009, p. 65.

<sup>62</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 17.

<sup>63</sup> Consoante salienta Jürgen Habermas, o modelo do Estado Social desenvolveu-se a partir de uma crítica consistente à idéia de que era possível alcançar a justiça social pela mera delimitação de esferas de liberdades individuais. Afinal, “se a liberdade do ‘poder ter e poder adquirir’ deve garantir justiça social, então é preciso haver uma igualdade do ‘poder juridicamente’”. Com a crescente desigualdade das posições de poder econômico, patrimônios e condições sociais, porém, desestabilizaram-se sempre mais os pressupostos factuais capazes de proporcionar que o uso das competências jurídicas distribuídas por igual ocorresse sob uma efetiva igualdade de chances. Se o teor normativo da igualdade de direitos jamais chegou a se converter no inverso de si mesmo, não deixou de ser necessário, por um lado, especificar o conteúdo das normas vigentes do direito privado, nem, por outro lado, introduzir direitos fundamentais de cunho social que embasassem as reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida em sociedade e de uma defesa mais efetiva contra os perigos produzidos socialmente.” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 294)

<sup>64</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 18.

<sup>65</sup> ARAÚJO PINTO, 2003, p. 40.

Há, desse modo, uma nítida inversão de papéis na relação entre interesses públicos e interesses privados. Com a consolidação do Estado Social, os interesses privados passam a ser vistos com desconfiança, ao passo que os interesses públicos são tão importantes que merecem a constante tutela do poder público. Desnecessários muitos esforços para se concluir que o princípio em foco – que confere primazia aos interesses públicos sobre os interesses privados – encontra amparo justamente na visão compartilhada nesse paradigma. Aliás, não por acaso que foi incorporado ao pensamento jurídico-administrativo brasileiro na segunda metade do século XX, período de afirmação dos pressupostos do constitucionalismo social no Brasil.

Se, no âmbito do pano de fundo das pré-compreensões paradigmáticas o princípio da supremacia do interesse público se insere no contexto do Estado Social, no âmbito teórico o acolhimento do princípio no direito administrativo é fruto, em grande medida, da influência do positivismo normativista de Hans Kelsen no pensamento jurídico brasileiro.

O positivismo jurídico surge quando o modelo de racionalidade da ciência moderna, constituído com a revolução científica do século XVI no âmbito das ciências exatas, amplia seu predomínio para o campo das ciências sociais. Se o discurso científico era o único modelo de conhecimento universalmente válido, os fenômenos sociais deveriam ser encarados a partir dos mesmos princípios epistemológicos e das mesmas regras metodológicas.<sup>66</sup> O positivismo jurídico, então, utiliza-se de um discurso pretensamente objetivo do direito, isento de valores, para se adequar à demanda por uma gestão científica da sociedade.<sup>67</sup>

A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen representa, em termos de aceitação, a mais bem-sucedida tentativa de construir uma ciência jurídica permeada pelos ideais de neutralidade e objetividade. A busca por esses ideais, pela separação rigorosa entre o sujeito que pesquisa e o objeto que é pesquisado, pode ser facilmente apreendida no trecho a seguir transcrito:

---

<sup>66</sup> Sobre o modelo de racionalidade científica predominante na modernidade, recomenda-se a leitura de SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 41-73.

<sup>67</sup> Confira-se, nessa linha, os seguintes comentários do professor Alexandre Bernardino Costa: “A teoria do direito segue o modelo de ciência que lhe é contemporâneo (embora muitas vezes a impressão é de que ele não consegue acompanhar a história), e o positivismo buscou adequar a teoria do direito a um modelo epistemológico que vigia no século XX. Tal modelo buscava, a partir de uma visão objetiva, descrever e explicar seu objeto de estudo. Para tanto, fazia-se necessário isolar os diversos tipos de conhecimento, que na sua especialidade possibilitariam uma melhor explicação do mundo real.” (COSTA, Alexandre Bernardino. *A teoria do direito na modernidade da sociedade moderna. Notícia do direito brasileiro*, n. 8, Brasília: UnB, 2001, p. 178)

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência que, aberta ou veladamente, se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.<sup>68</sup>

A meta de Kelsen, como se vê, era isolar o estudo do direito de todos os elementos a ele estranhos. O objeto da ciência do direito deveria, então, ser resumido à análise das normas jurídicas, pois, somente assim, seria possível construir uma teoria pura, livre de quaisquer ideologias políticas e de discussões de natureza moral, econômica ou social.<sup>69</sup> Os objetivos de cada comunidade jurídica, de acordo com esse raciocínio, deveriam ser estudados por outros ramos do pensamento, pela política jurídica, por exemplo. À ciência do direito caberia tratar apenas do meio adotado para se alcançar os objetivos estatais, isto é, da norma positivada e do seu fundamento de validade, que deveria estar sempre relacionado com uma outra norma, hierarquicamente superior. Por mais importantes que fossem as discussões acerca da correção de um mandamento normativo, não competiria ao direito lidar com esse tipo de problemática. Trata-se, enfim, de uma abordagem que se concentra no aspecto formal das normas e rejeita a análise do conteúdo delas.<sup>70</sup>

Considerando que uma ciência jurídica realmente genuína deveria rejeitar qualquer discussão estranha ao conjunto normativo devidamente positivado, era preciso, antes de tudo, reconhecer a identidade entre Direito e Estado. Segundo Kelsen, o Estado é a própria ordem jurídica de um país, pois sua configuração é inteiramente feita com base em um sistema de normas que ele mesmo estatui.

Não havendo Estado que possa preceder ao direito, que possa primeiro existir para depois se submeter ao ordenamento jurídico por ele criado, “*a tentativa de legitimar o Estado como Estado ‘de Direito’ revela-se inteiramente infrutífera, porque (...) todo Estado tem de*

---

<sup>68</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, Prefácio à primeira edição.

<sup>69</sup> De acordo com Eros Roberto Grau, a insistência de Kelsen em delimitar o seu objeto de estudo fez da teoria pura não uma teoria do direito, mas sim uma teoria das normas jurídicas. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 34.

<sup>70</sup> COSTA, Alexandre Bernardino. *Desafios do Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito*. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2005, p. 42.

*ser um Estado de Direito no sentido de que todo Estado é uma ordem jurídica*".<sup>71</sup> O autor entende que a própria conformação das clássicas funções estatais corrobora o entendimento de que não existe direito fora do Estado:

As funções atribuídas ao Estado dividem-se, segundo a tradicional teoria do Estado, em três categorias: legiferação, administração (incluindo a governação) e jurisdição. Todas três são – como se mostrou – funções jurídicas, quer sejam funções jurídicas no sentido estrito de funções de criação e aplicação do Direito, quer sejam funções jurídicas num sentido mais amplo que também inclui a função de observância do Direito. Se a legiferação, isto é, a criação de normas jurídicas gerais (de um escalão relativamente elevado) é considerada como função do Estado, é porque esta função é realizada por um parlamento – segundo o princípio da divisão do trabalho, portanto – que é eleito através de um processo fixado pela ordem jurídica.<sup>72</sup>

A partir do pressuposto de que direito e Estado se confundem, o positivismo kelseniano nega, inclusive, validade à distinção entre direito público e direito privado. A ideia central é que toda relação jurídica na qual a vontade estatal se manifesta deve ser considerada uma relação de direito público, dirigida ao bem comum. E, se toda relação jurídica é balizada por normas sancionadas pelo Estado, todo o direito é público.

Mesmo os negócios jurídicos firmados entre particulares encontram-se submetidos à vontade estatal, na medida em que as obrigações assumidas pelas partes contratantes apenas adquirem validade se estiverem de acordo com aquelas normas gerais e abstratas positivadas pelo Estado. Em suma, qualquer relação jurídica deve ser considerada de direito público pela simples incidência do conjunto normativo a uma dada situação concreta.<sup>73</sup>

Para o autor, a manifesta natureza ideológica da distinção entre direito público e direito privado, por si só, justifica a sua rejeição. Por um lado, defende-se essa distinção apenas para viabilizar a existência de regras especiais favoráveis às autoridades públicas; por outro, tenta-se dar a impressão de que o direito privado estaria livre dos elementos de dominação política. Tais percepções subjetivas são incompatíveis com a objetividade pretendida pela Teoria Pura, que enfrenta a questão à luz do sistema normativo e insiste que todo o direito é público, é estatal, consoante bem sintetiza o professor Menelick de Carvalho Netto:

---

<sup>71</sup> KELSEN, 2009, p. 353.

<sup>72</sup> KELSEN, 2009, p. 325.

<sup>73</sup> Acerca da relativização da oposição entre direito público e privado, cf. KELSEN, 2009, p. 310-315.

Para ele [Kelsen], podemos manter a distinção didática entre Direito público e Direito privado, mas, na verdade, todo Direito é público, todo Direito é Estatal, todo Direito é criado num parlamento. A quantidade de esfera privada que se deixa é uma convenção, todo Direito é convencional.<sup>74</sup>

Kelsen representa muito bem o paradigma jurídico que lhe serve de pano de fundo. Ao identificar direito e Estado e reduzir o público ao estatal, sua teoria acaba viabilizando uma leitura na qual a esfera privada é inteiramente absorvida não somente pela esfera pública, mas pelo próprio Estado. Ora, se mesmo negócios jurídicos entre particulares são interpretados como manifestações da vontade estatal, como pensar em autonomia individual, oponível ao poder público? Comprometido com os pressupostos do paradigma do Estado Social, Kelsen leva às últimas consequências o predomínio do Estado sobre a esfera privada.

O positivismo kelseniano, como se sabe, influencia de modo decisivo o direito brasileiro, ao ponto de ser considerado a base do senso comum teórico dos juristas do país durante muitos anos.<sup>75</sup> No âmbito do direito administrativo – cujo foco é justamente a análise da atividade do Estado – essa influência resta evidente na posição privilegiada que a doutrina tradicional reserva às autoridades estatais nas relações mantidas com os particulares.

É o caso, por exemplo, do princípio da supremacia do interesse público que, na realidade, nada mais é do que uma norma cujo único objetivo é garantir direitos, privilégios e prerrogativas à Administração Pública, por um lado, e justificar a imposição unilateral de limites à autonomia privada dos administrados, por outro.

Com efeito, se a ideia de que o interesse público goza de supremacia sobre o interesse privado sempre dá ensejo a uma posição de superioridade da Administração, é inegável a identificação do interesse público com o interesse estatal. De fato, não há sequer uma consequência jurídica extraída do referido princípio que não diga respeito à verticalização da relação administrador/administrado. Tem razão o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, portanto, quando afirma que a tradicional literatura jurídica articulou todo o direito administrativo em função da premissa de que o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 17.

<sup>75</sup> WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequência*, n. 5. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1982, p. 52.

<sup>76</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11.

Enfim, enquanto a consolidação do paradigma do Estado Social foi essencial para o desenvolvimento doutrinário do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é por conta da influência irrefletida do positivismo normativista de Hans Kelsen no direito brasileiro que esse princípio se transforma em uma norma que, na prática, afirma a superioridade dos interesses estatais sobre os interesses dos administrados.

### **1.3 – A desconstrução do princípio da supremacia do interesse público**

Nos últimos anos, autores relevantes vêm questionando a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado com a Constituição da República de 1988.<sup>77</sup> Formulam críticas pertinentes, sempre buscando analisar o direito administrativo em um contexto de superação tanto do Estado Social quanto do positivismo jurídico prevalecente nesse paradigma.<sup>78</sup>

Um dos primeiros autores a contestar a validade do mencionado princípio foi Humberto Ávila, que faz contundentes críticas à noção de que existe uma regra de preferência do interesse público em desfavor do interesse particular.<sup>79</sup> A atenção do autor dirige-se precipuamente à impossibilidade de a supremacia do interesse público consubstanciar um princípio jurídico com força normativa, ou então servir de parâmetro para explicar o direito administrativo.

Em primeiro lugar, Ávila reporta-se à teoria de Robert Alexy e define os princípios jurídicos (ou normas-princípio) como mandados de otimização, concretizáveis em diferentes graus e que instituem razões *prima facie* para decidir. A medida da concretização, por sua vez, depende da ponderação das possibilidades fáticas e jurídicas, pois tais normas não constituem regras de comportamento prontas para serem aplicadas. Por não serem autoaplicáveis e dependerem sempre das peculiaridades dos casos concretos analisados, os princípios jurídicos diferenciam-se daquelas normas com estrutura de regras; é justamente

---

<sup>77</sup> Entre outros, pode-se citar Humberto Ávila, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbajm, Diogo Figueiredo de Moreira Neto, Patrícia Baptista e Luís Roberto Barroso.

<sup>78</sup> Nesse tópico, os questionamentos dirigidos à supremacia do interesse público serão analisados de forma resumida, apenas com o objetivo de situar o leitor no debate, em andamento no Brasil, sobre a compatibilidade da referida norma principiológica com a realidade constitucional do país. No último capítulo da presente dissertação, os principais aspectos desse debate serão retomados para, à luz da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas, demonstrar-se que o princípio em questão realmente revela-se incompatível com a Constituição de 1988.

<sup>79</sup> ÁVILA, 2010, p. 173-217.

essa diferenciação que possibilita a exata compreensão da função dos princípios no ordenamento jurídico:

A solução de uma colisão de normas-princípios depende da instituição de regras de prevalência entre os princípios envolvidos, a ser estabelecida de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função das quais será determinado o peso relativo de cada norma-princípio. (...)

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

As regras jurídicas, de outro lado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas.<sup>80</sup>

Uma vez delimitada a estrutura e a forma de aplicação dos princípios e das regras, Ávila conclui que o princípio da supremacia do interesse público não é, na verdade, um princípio jurídico, mas sim uma regra de preferência para casos de colisão entre interesses conflitantes. Isso porque a descrição abstrata do princípio inviabiliza sua concretização gradual, dependente do caso concreto. A supremacia, como classicamente entendida, somente pode ser aplicada na base do “tudo ou nada”; ou o interesse público prepondera sobre o interesse privado, ou então abre-se uma exceção. Trata-se, assim, de uma norma que não admite ponderação, o que a descaracteriza como princípio jurídico.<sup>81</sup>

Ademais, deve-se ter em mente que o ordenamento constitucional brasileiro instituído em 1988 confere relevância ímpar aos direitos fundamentais, protegendo, de inúmeras maneiras, a esfera individual dos cidadãos.<sup>82</sup> Para Ávila, se alguma regra de prevalência

<sup>80</sup> ÁVILA, 2010, p. 182-183. Sobre a teoria dos princípios que dá suporte ao pensamento de Humberto Ávila, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>81</sup> Nas palavras de Humberto Ávila, a descrição abstrata do princípio da supremacia do interesse público “não permite uma concretização gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida ‘prevalência’, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; sua tensão entre os princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori* e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses privados correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade).” (ÁVILA, 2010, p. 186-187)

<sup>82</sup> De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, esse é o principal motivo a justificar o abandono teórico do princípio da supremacia do interesse público. Para esse autor, “no constitucionalismo pós-moderno, que

pudesse ser inferida da Constituição da República, essa regra daria preferência, na verdade, aos interesses individuais. Todavia, esse não é o caso. Interesses públicos e interesses privados são igualmente tutelados pela Constituição da República e sequer podem ser descritos separadamente quando os objetivos da atividade estatal são analisados em um nível abstrato. Não são categorias antagônicas, mas sim que se conectam estruturalmente.<sup>83</sup>

Sendo assim, são duas as principais razões que justificam o abandono do princípio da supremacia do interesse público: por um lado, princípios jurídicos devem necessariamente admitir ponderação com outros valores constitucionalmente afirmados, o que não ocorre com a referida “norma”; por outro, a relação de contradição pressuposta pelo princípio em análise não existe, pois interesse público e interesse privado, em um nível abstrato, complementam-se reciprocamente.

Ávila finaliza seu raciocínio analisando a impossibilidade da supremacia do interesse público corresponder a um postulado que explica o regime jurídico a que se submete a Administração Pública. Com efeito, não há como explicar o direito administrativo com base em uma regra de prevalência, pois, ainda que essa regra seja abstrata, na ideia de bem comum em que se fundamenta a atividade estatal estão presentes tanto interesses públicos quanto interesses privados.<sup>84</sup> De fato, são inúmeros os textos normativos que atribuem ao Poder Público deveres – e poderes instrumentais para tanto – de agir para preservar interesses meramente individuais dos cidadãos. Aliás, atualmente sabe-se que, em muitos casos, aquilo que se revela concretamente de interesse público será protegido pelo próprio particular, e não pelo poder estatal.<sup>85</sup>

---

gravita em torno dos *direitos fundamentais*, não há como sustentar-se o antigo princípio da *supremacia do interesse público*, que partia da existência de uma *hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados*”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 95)

<sup>83</sup> ÁVILA, 2010, p. 192-193. A mesma opinião é compartilhada por aqueles autores que interpretam o direito administrativo à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e percebem as transformações ocorridas na dicotomia público/privado nos últimos anos. Patrícia Baptista, por exemplo, observa que “a sociedade contemporânea é uma sociedade plural. A dicotomia interesse público-privado não mais se mostra suficiente para resumir o problema dos fins da Administração Pública. Ao lado do interesse público e dos interesses privados, concorrem agora novas categorias de interesses que a formulação original da ideia da supremacia do interesse público ignorava por completo: os interesses coletivos, difusos e sociais.” (BAPTISTA, 2003, p. 198) Daniel Sarmiento também compartilha desse entendimento, salientando que, geralmente, não existe conflito, mas sim convergência entre os interesses públicos e os privados. SARMENTO, 2010, p. 83-84. Como será visto adiante, no último capítulo do presente trabalho, a relação complementar existente entre interesse público e privado é o principal elemento a evidenciar a fragilidade conceitual do princípio da supremacia.

<sup>84</sup> ÁVILA, 2010, p. 208.

<sup>85</sup> Nessa mesma linha, vale transcrever o seguinte trecho, de autoria de Diogo de Figueiredo de Moreira Neto: “Abriu-se um novo espaço não estatal para tratar e decidir a respeito do *interesse público*, cuja dicção, assim, deixava de ser um monopólio estatal para ser entendido apenas como um cometimento parcial, de vez que à sociedade correspondia a partilha política dos espaços de atuação para sua prossecução.

Dessa forma, a descrição da atividade administrativa baseada na “*contraposição entre o Estado e o cidadão e entre o interesse público e o privado deve ceder frente a uma descrição e explicação do Direito Administrativo que incorpore a multiplicidade das relações administrativas (...)*”.<sup>86</sup> A multiplicidade de relações e interesses existentes na sociedade contemporânea – plural, diversificada e multipolar – inviabiliza qualquer tentativa de se explicar o direito administrativo a partir de uma premissa que necessariamente contrapõe o público ao privado.

Em sintonia com Humberto Ávila, Marçal Justen Filho também questiona a “*teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público*”, mas suas críticas dirigem-se principalmente à fluidez conceitual do termo interesse público, cuja utilização no direito administrativo geralmente legitima “*arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais*”.<sup>87</sup> Trata-se, na opinião do autor, de mais uma fórmula imprecisa (assim como poder de polícia ou poder de império) a dificultar o controle dos atos praticados pelo poder público.<sup>88</sup>

Justen Filho destaca, então, a importância de não se confundir interesse público com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo e muito menos com o interesse dos agentes públicos.<sup>89</sup> Ademais, enfatiza a impossibilidade de se identificar interesse público com o interesse da maioria, dado o caráter contramajoritário das democracias constitucionais, que visa justamente a proteger os direitos das minorias. Observa, ainda, ser impossível buscar um conteúdo próprio para a expressão interesse público, até porque, em sociedades fragmentadas e plurais como as atuais, não há um único interesse público, mas, na verdade, diversos e muitas vezes antagônicos interesses públicos.<sup>90</sup>

---

Esse *espaço público* se diversificou, no processo, para se diversificar num *setor público estatal*, tradicionalmente *cometido* ao Estado, mas não mais exclusivo, num *setor público não estatal*, retido pela sociedade para sobre ele decidir autonomamente, e num *setor público compartilhado*, em que ambos, sociedade e Estado, atuam simultânea e articuladamente.” (destaques do original) (MOREIRA NETO, 2007, p. 447/448).

<sup>86</sup> ÁVILA, 2010, p. 211.

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

<sup>88</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 36. No mesmo sentido, Gustavo Binbenbojm observa que, “em grande medida, o uso arbitrário do dito princípio da supremacia do interesse público ocorreu sobre o manto dessa fluidez conceitual. Como o interesse público é um conceito vago, o Poder Público sempre desfrutou de ampla margem de liberdade na sua concretização; a partir do momento em que concretizado, tal conteúdo passava a gozar de supremacia sobre os interesses particulares; assim, o voluntarismo dos governantes adquiria supremacia sobre os direitos individuais. Neste sentido, o exemplo histórico da justificação da malsinada *doutrina da segurança nacional* a partir do princípio da supremacia do interesse público é eloqüente e irresponsável. Um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada.” (BINENBOJM, 2008, p. 102).

<sup>89</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 39.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 42-43.

Desse modo, o interesse público não poder servir de critério balizador do direito administrativo, como defende a doutrina majoritária. Se não é possível definir com segurança o que vem a ser o interesse público, como admitir que este prevaleça sobre os interesses dos particulares? Dada a pluralidade de interesses públicos e privados igualmente tutelados pelo ordenamento constitucional, Justen Filho sublinha que a atividade administrativa deve ser orientada não pelo princípio da supremacia, mas sim pela máxima realização de todo o conjunto de direitos fundamentais, sejam aqueles de titularidade individual, coletiva ou difusa.<sup>91</sup>

Recentemente, Daniel Sarmento e Gustavo Binimbojm analisaram o tema com bastante propriedade e sistematizaram os questionamentos feitos até então.<sup>92</sup> Concluíram, assim como os autores mencionados acima, pela incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o ordenamento constitucional brasileiro, com base, principalmente, nos seguintes fundamentos: 1) a referida norma desconsidera a relevância atribuída pela Constituição a todo o conjunto de direitos fundamentais; 2) trata-se de um princípio que não tem estrutura normativa de princípio, pois não admite ponderações com outros valores constitucionais; 3) a fluidez conceitual do termo interesse público dá margem a inúmeras arbitrariedades estatais; 4) interesses públicos e interesses privados não são antagônicos, mas sim pressupõem-se mutuamente.<sup>93</sup>

Para Daniel Sarmento, o princípio da supremacia do interesse público não só é inadequado à ordem jurídica brasileira como também representa grande risco para a tutela dos direitos fundamentais.<sup>94</sup> Suas considerações são elaboradas a partir da teoria e da filosofia constitucional e dirigem-se inicialmente à inutilidade do critério público/privado para a resolução dos conflitos de interesses que se manifestam em uma sociedade complexa, aberta e democrática, na qual tanto a dimensão pública quanto a dimensão privada são primordiais para a emancipação dos cidadãos.

Se, no decorrer da história, houve períodos nitidamente caracterizados pela prioridade conferida a uma dessas dimensões, o nível de complexidade da sociedade contemporânea recomenda justamente que não se dê primazia *a priori* a nenhuma delas. Atualmente, a

---

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 45.

<sup>92</sup> Cf. SARMENTO, 2010; BINENBOJIM, 2008.

<sup>93</sup> De certa forma, esses quatro questionamentos são comuns a todos os autores que defendem a invalidade do princípio da supremacia do interesse público à luz da Constituição da República de 1988 e do Estado Democrático de Direito. À evidência, o modo com que cada questionamento é trabalhado varia de texto para texto. No presente tópico, as observações apresentadas são justamente aquelas que mereceram maior atenção do respectivo autor.

<sup>94</sup> SARMENTO, 2010, p. 27.

própria separação entre esfera pública e esfera privada revela-se fluida, móvel, e portanto, de difícil delimitação.<sup>95</sup>

Merece relevo também a análise das perspectivas da teoria da moral que, em princípio, seriam compatíveis com a ideia de supremacia do interesse público. O organicismo, por exemplo, concebe o indivíduo apenas como parte integrante de um corpo social autônomo, cujos fins, valores e objetivos diferenciam-se daqueles manifestados pelas partes que o compõem. Prioriza-se o público em detrimento do privado, partindo da premissa de que a realização dos fins coletivos, de responsabilidade do Estado, é o objetivo máximo de cada componente da comunidade política. O utilitarismo, por sua vez, visa a promover, na maior escala possível, os interesses dos membros da sociedade. Ao contrário do organicismo, extrai o interesse público dos interesses individuais, instrumentalmente utilizados para alcançar o máximo bem-estar do maior número possível de pessoas.<sup>96</sup>

De acordo com Sarmiento, ambas as linhas teóricas mostram-se em diametral oposição ao ordenamento jurídico brasileiro. O organicismo, por não dar importância ao indivíduo em si considerado, opõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, cuja normatividade impede a instrumentalização do homem em favor da coletividade. Ademais, trata-se de uma descrição da realidade incompatível com a sociedade moderna, altamente complexa, plural e marcada pela diferença. Já o utilitarismo desconsidera que os direitos fundamentais devem ser respeitados ainda que isso não seja conveniente para o bem-estar da ampla maioria dos integrantes da comunidade política. E, tendo em vista que a função contramajoritária dos direitos fundamentais foi expressamente reconhecida pela Constituição de 1988, é possível concluir que não há como se socorrer à doutrina utilitarista para justificar a aceitação do princípio da supremacia do interesse público.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Sobre a evolução da dicotomia público/privado, cf. SARMENTO, 2010, p. 29-50.

<sup>96</sup> Nas palavras de Daniel Sarmiento: “Parece-nos que a afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre aqueles pertencentes a cada um dos seus componentes pode, do ponto de vista de uma teoria moral, ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo. Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização. Já a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade assenta-se sobre o individualismo. E a posição que defenderemos neste trabalho, de que a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, mas modulada por alguns parâmetros substantivos relevantes, baseia-se numa concepção personalista.” (SARMENTO, 2010, p. 52)

<sup>97</sup> Os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade instituídos pelo texto constitucional, somados à adoção de cláusulas pétreas, imunes às pretensões das mais amplas majorias políticas, evidenciam o acerto dessa conclusão.

Considerando que a ordem jurídica brasileira também não pode ser sustentada na teoria individualista, que dá primazia aos interesses privados em desfavor dos interesses públicos, Sarmiento busca mecanismos para resolver eventuais conflitos entre os interesses individuais e aqueles da coletividade, uma vez que nenhuma dessas categorias gozam de primazia *a priori*.<sup>98</sup> Reporta-se, assim como Humberto Ávila, à técnica da ponderação de interesses e ao postulado da proporcionalidade, destacando que o emprego destes deve se limitar aos casos em que efetivamente há uma situação concreta de conflito entre os direitos individuais e os interesses coletivos.<sup>99</sup>

Gustavo Binenbojm, além de também se alinhar às críticas feitas pelos demais autores que questionam a validade do princípio em foco, acrescenta observações importantes sobre as inconsistências e incoerências encontradas na doutrina que defende a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Ademais, adota uma concepção diferenciada de interesse público, que rejeita a prevalência *apriorística* de qualquer categoria de interesses sobre a outra.

Ao tratar da doutrina dominante no direito administrativo brasileiro, observa que autores de relevo, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Di Pietro, encontram dificuldades teóricas para defender com coerência o princípio da supremacia. Celso Antônio, por exemplo, sustenta que interesses públicos e interesses privados não podem ser dissociados por completo, pois aqueles seriam projeções destes em um plano coletivo; ainda assim, extrai uma regra de prevalência em favor dos interesses da

---

<sup>98</sup> Para o autor, a Constituição de 1988, na medida em que se afasta do organicismo, do utilitarismo e também do individualismo, pode ser considerada de inspiração *personalista*. Com efeito, o texto constitucional manifesta nítida preocupação com a autonomia privada, mas, reconhecendo que há inúmeros obstáculos materiais e sociais ao exercício das liberdades individuais, concebe o Estado como instrumento de superação desses obstáculos, sempre a serviço dos cidadãos. Daí porque, “para o personalismo, é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade.” (SARMENTO, 2010, p. 79)

<sup>99</sup> Consoante já ressaltado no presente trabalho, Sarmiento entende que, na maioria dos casos, a tutela dos direitos fundamentais de natureza individual mostra-se favorável – e não contrária – à promoção do bem estar coletivo. Isto é, ainda que existam situações concretas nas quais os interesses da coletividade e os direitos individuais revelam-se realmente antagônicos, o fato é que, em geral, interesses públicos e privados convergem muito mais do que divergem. Nessa linha, vale conferir o seguinte trecho: “Muitas vezes aponta-se conflito inexistente, em razão de incorreta identificação do interesse público. Tome-se como exemplo um caso em que a Administração quisesse proibir a realização de uma manifestação no centro de uma metrópole, sob o argumento de que ela comprometeria gravemente o trânsito de vias importantes, invocando, para tal fim, a supremacia do interesse público sobre o particular. Talvez, a maioria das pessoas daquela comunidade até apoiasse a medida, por não se identificar politicamente com os objetivos da manifestação, e sentir-se prejudicada por ela nos seus interesses mais imediatos. Mas, decerto, a leitura mais adequada do interesse público seria aquela que prestigiasse em primeiro lugar não as conveniências do trânsito dos veículos, mas sim a relevância do exercício da liberdade de reunião para o bom funcionamento de uma sociedade democrática. Portanto, aqui, a rigor, não existiria conflito, mas convergência entre os interesses público e privado.” (SARMENTO, 2010, p. 81-82)

coletividade.<sup>100</sup> Para Binенbojm, se um interesse não passa de uma dimensão do outro, a noção de primazia perde qualquer sentido lógico:

O problema teórico nodal (...) encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, logo em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual). Afinal, que sentido há na norma de prevalência se um interesse não é mais que uma dimensão do outro? Mais que isto: a dita norma de prevalência não esclarece a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual: qual a justa *medida* da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?<sup>101</sup> (destaque do original)

As críticas dirigidas à professora Di Pietro, por outro lado, decorrem principalmente do equívoco em que esta incorre quando lança mão do princípio da supremacia para afirmar a ilicitude do uso da máquina administrativa para fins pessoais ou políticos. Invoca-se, nesses casos, a supremacia do interesse público para invalidar determinadas condutas que, na realidade, são obstadas pelos princípios da impessoalidade e da moralidade. Nesse sentido, o autor destaca que:

(...), avaliando mais detidamente as idéias da autora, é possível perceber, se focalizadas por outro ângulo, que a noção por si apresentada para *interesse público*, permeia-se, por vezes, de características peculiares a outros princípios. Ao apontar em seu texto, por exemplo, a contraposição existente entre o interesse público e favorecimentos pessoais ou disputas políticas, Di Pietro acaba por adentrar distinto campo argumentativo, o qual se vincula estreitamente aos princípios da impessoalidade e da moralidade. A gestão da coisa pública pressupõe para o administrador o afastamento de interesses de ordem pessoal, que venham a desvirtuar a atuação do Poder Público. De fato, essa diretriz não passa de uma versão um tanto mais analítica do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.<sup>102</sup> (destaque do original)

O modo como Hely Lopes Meirelles aborda o tema também chama a atenção. Isso porque esse autor, ao mesmo tempo em que afirma a prevalência dos interesses da comunidade sobre os direitos individuais, atribui ao intérprete das leis a competência para “*estabelecer equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais*”.<sup>103</sup> Ora, se o interesse tutelado pelo Estado deve sempre prevalecer, qual seria o equilíbrio a ser buscado pelo aplicador das normas?

<sup>100</sup> Sobre esse ponto, ver item 1.1 do presente trabalho.

<sup>101</sup> BINENBOJM, 2008, p. 88.

<sup>102</sup> BINENBOJM, 2008, p. 89-90.

<sup>103</sup> MEIRELLES, 2000, p. 43.

Para Binenbojm, a contradição do raciocínio é inegável, e ela resulta justamente da difícil adequação do princípio em foco a um ordenamento jurídico que tutela igualmente tanto os direitos individuais quanto os interesses da coletividade.<sup>104</sup>

Por último, merece relevo o conceito de interesse público tido por Gustavo Binenbojm como o mais compatível com a ordem constitucional brasileira instituída em 1988. Para ele, ao mesmo tempo em que o constitucionalismo moderno posicionou o homem no epicentro do ordenamento jurídico, garantindo proteção diferenciada aos direitos fundamentais individuais, também tutelou interesses de cunho coletivo, que ultrapassam a esfera individual, no intuito de possibilitar o próprio gozo dos direitos por todos os integrantes da comunidade política.<sup>105</sup>

Considerando que as dimensões individual e coletiva são igualmente relevantes para as democracias constitucionais contemporâneas, o termo *interesse público* deve ser entendido no sentido da máxima realização de todos os interesses, individuais e coletivos, protegidos juridicamente. Nas palavras do autor:

Nesse contexto, os valores encampados constitucionalmente, tidos como paradigmas da ordem jurídica, representam interesses públicos, ou seja, diretrizes efetivamente vinculantes para a máquina estatal. Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto da tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Por conseguinte, o interesse público pode, num caso específico, residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, v. g., da manipulação do aparato individual em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual.

(...)

Note-se bem: não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de “interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do direito)”. O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> Para Binenbojm, parece evidente que Hely Lopes Meirelles “não superou o obstáculo da abstração teórica, tornando árdua a tarefa de conectar tais dizeres com a realidade concreta na qual incide o princípio”. (BINENBOJM, 2008, p. 91)

<sup>105</sup> BINENBOJM, 2008, p. 103.

<sup>106</sup> BINENBOJM, 2008, p. 104-105. Para lidar com aqueles casos em que, numa dada situação concreta, ocorra confronto e apenas uma das categorias de interesse possa prevalecer, Binenbojm alinha-se a Humberto Ávila e Daniel Sarmiento para defender a utilização da técnica ponderativa e do dever de proporcionalidade. Cf.

Trata-se, pois, de uma concepção semelhante à de Marçal Justen Filho, que, ao invés de dissociar, incorpora o interesse privado no interesse público. A preservação da esfera privada do indivíduo em conjunto com a promoção dos anseios coletivos da comunidade política representam o verdadeiro interesse público a ser perseguido pela Administração. O decantado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, desse modo, “*constitui uma contradição em termos*”.<sup>107</sup>

---

BINENBOJM, 2008, p. 103-124. Aliás, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também pode ser incluído nesse rol de autores que defendem a substituição do princípio da supremacia pela idéia de aplicação ponderada, que busca maximizar o atendimento de todos os interesses eventualmente conflitantes. Para ele, “a passagem de uma *viciosa relação de supremacia* a uma *virtuosa relação de ponderação* marca fortemente o atual estado evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre *indivíduo e Estado*, pondo em crescente evidência a *exclusiva missão instrumental que a este cabe*. Tudo, enfim, concorrendo para que jamais e a qualquer pretexto se permita invocar supremacias téticas ou *raisons d’État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos *direitos fundamentais*.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 432).

<sup>107</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

## II – AUTONOMIA PÚBLICA E AUTONOMIA PRIVADA NA TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

### 2.1 – Notas introdutórias sobre a teoria discursiva

Para possibilitar uma tomada de posição consistente no debate abordado no capítulo anterior, acerca da compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a ordem jurídica brasileira, vale reportar-se à formulação teórica de Jürgen Habermas<sup>108</sup>, segundo a qual a legitimidade do direito moderno depende da institucionalização de condições discursivas que possibilitem uma relação de interdependência entre o público e o privado.<sup>109</sup> De acordo com o autor alemão, se a ordem social, em um nível pós-convencional, não mais pode se fundamentar em visões religiosas de mundo, o direito moderno somente “*legitima-se a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente*”.<sup>110</sup>

A sociedade contemporânea é essencialmente plural, caracterizada pela multiplicidade de identidades sociais, de concepções acerca do bem e de projetos pessoais de vida.<sup>111</sup> Para estabilizar normativamente sociedades caracterizadas por tamanha pluralidade, não há mais como se basear em visões éticas compartilhadas ou em concepções pré-políticas de natureza

---

<sup>108</sup> A teoria discursiva do direito foi desenvolvida pelo autor alemão na obra *Direito e Democracia*. Para a adequada compreensão dessa teoria vale conferir também os seguintes trabalhos: *A constelação pós-nacional: Ensaio político*. Trad. Márcio Seligmann Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2001; *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo: Loyola, 2002; e *A era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Para os objetivos do presente estudo, os capítulos I, II, III e IV do livro *Direito e Democracia* serviram de referencial teórico básico, especialmente por conterem as premissas trabalhadas por Habermas para concluir pela relação de equiprimordialidade existente entre autonomia pública e privada.

<sup>109</sup> Nesse capítulo, será visto que entre autonomia pública e privada não existe uma relação de antagonismo, mas sim de interdependência. Com base na mesma linha de raciocínio, será possível demonstrar, no último capítulo, que também os interesses públicos e os interesses privados são interdependentes, razão por que alguns dogmas do direito administrativo brasileiro (vide o tópico 1.1) efetivamente precisam ser revistos. Tratando-se de interesses juridicamente protegidos, público e privado são conceitualmente inseparáveis, o que evidencia a invalidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

<sup>110</sup> HABERMAS, 2002, p. 286.

<sup>111</sup> Na filosofia política contemporânea, há basicamente duas vertentes que dominam o debate acerca do pluralismo. Para os liberais, pluralismo significa a diversidade de concepções acerca do que vem a ser uma vida digna, enquanto que, para os comunitários, pluralismo diz respeito à existência de inúmeras identidades sociais. Para Habermas, ambas as concepções caracterizam a sociedade atual. Sobre o tema, cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

moral.<sup>112</sup> Sendo assim, Habermas busca superar as limitações da razão prática, cuja pretensão de descrever a realidade e as relações interpessoais de modo objetivo e definitivo não mais se sustenta. O direito, assim como as outras ciências sociais, deve saber lidar com o caráter precário, provisório e linguisticamente estruturado de todo conhecimento para que possa superar o esgotamento do potencial explicativo do paradigma da ciência moderna, centrado no isolamento do sujeito em relação ao objeto de estudo.<sup>113</sup>

A teoria da razão comunicativa objetiva enfrentar essa questão. O foco da razão comunicativa está na intersubjetividade, no potencial de racionalidade ínsito ao uso da linguagem em busca do entendimento.<sup>114</sup> Ela estabelece condições para que, do processo de interação comunicativa, sejam extraídas, de maneira crítica e reflexiva, normas de ação aceitáveis.<sup>115</sup>

Com efeito, quando a interação comunicativa ocorre em condições adequadas à livre circulação de argumentos e contra-argumentos, pode-se alcançar resultados racionais, reconhecidos como válidos pelas partes envolvidas na prática discursiva.<sup>116</sup> Ou seja, o que garante racionalidade aos resultados obtidos da comunicação não é o conteúdo em si da conclusão alcançada, mas sim a observância de pressupostos e condições procedimentais que propiciam a formação imparcial de proposições normativas.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> Nas precisas colocações de Gisele Cittadino, “a identidade não é a marca da sociedade democrática contemporânea. Ao invés da homogeneidade e da similitude, a diferença e o desacordo são os seus traços fundamentais.” (CITTADINO, 2000, p. 78)

<sup>113</sup> De fato, o discurso científico da modernidade pressupunha a radical separação entre o sujeito e o objeto do conhecimento. Nas considerações de Boaventura de Sousa Santos, “um conhecimento objetivo e rigoroso não pode tolerar a interferência de particularidades humanas e de percepções axiológicas. Foi nesta base que se constituiu a distinção dicotômica sujeito/objeto”. (SANTOS, 2001, p. 82)

<sup>114</sup> Segundo Habermas, “a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, e o direito natural devia configurar normativamente a única e correta ordem política e social. Todavia, se transportarmos o conceito de razão para o *médium* lingüístico e o aliviarmos da ligação exclusiva com o elemento moral, ele adquirirá outros contornos teóricos, podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas.

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *médium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos lingüístico do entendimento, formando um *ensemble* de condições possibilitadoras e, ao mesmo tempo, limitadoras.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 20) Para um maior aprofundamento na formulação da teoria da razão comunicativa, recomenda-se as seguintes obras: *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003; e *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

<sup>115</sup> A razão prática, por sua vez, estipula diretamente as normas de ação.

<sup>116</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140.

<sup>117</sup> HABERMAS, 2003, p. 148.

De acordo com esse raciocínio, a formação racional e legítima da vontade política, manifestada modernamente através de normas jurídicas, depende de um contexto dialógico e deliberativo adequado no qual a circulação de informações, argumentos e questionamentos em geral seja a mais ampla possível. A única coerção admissível na prática comunicativa deve ser aquela advinda da força dos melhores argumentos.

As ordens constitucionais contemporâneas devem, assim, viabilizar que todos os integrantes da comunidade jurídica exponham seus pontos de vista de modo autônomo e participem do processo deliberativo em condições de igualdade e liberdade.<sup>118</sup> Como será visto adiante, isso somente é possível se os ordenamentos jurídicos institucionalizarem princípios e direitos de natureza fundamental que assegurem tanto a autonomia pública quanto a autonomia privada, uma vez que ambas são igualmente relevantes para a formação discursiva e, portanto, legítima, da vontade democrática.

## 2.2 – Direito positivo e legitimidade

A teoria do direito de Habermas visa a responder como é possível, em contextos caracterizados pela radical pluralização das formas e histórias de vida, ter-se uma ordem social legítima. A legitimidade de normas de ação – jurídicas ou morais – diz respeito à convicção socialmente difusa de que tais normas são justas e, por isso, merecem ser reconhecidas.<sup>119</sup> Em um ordenamento político-jurídico legítimo, os destinatários das normas obrigam-se voluntariamente e consentem com a estrutura normativa à qual estão submetidos. Evidentemente, quanto mais plural a sociedade, mais difícil e complexa será a tarefa de se alcançar legitimidade.

Em sociedades tradicionais, grupos sociais relativamente uniformes e com fortes vínculos associativos recorriam à força do sagrado para garantir a integração, o que era possível justamente pela convergência das convicções ancoradas no mundo da vida.<sup>120</sup> A

---

<sup>118</sup> Nas palavras de Gisele Cittadino: “A formação discursiva da vontade permite precisamente que, na interação comunicativa, e pela força do melhor argumento, os sujeitos possam modificar tanto as convicções normativas das suas formas de vida específicas, quanto as suas concepções individuais sobre a vida digna.” (CITTADINO, 2000, p. 95-96)

<sup>119</sup> HABERMAS, 2001, p. 144.

<sup>120</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 44. O conceito de *mundo da vida* diz respeito a um pano de fundo consensual, estruturado simbolicamente, que viabiliza o entendimento no uso intersubjetivo da linguagem. De acordo com Miracy Barbosa Gustin, o *mundo da vida* pode ser entendido como “uma realidade pré-estruturada simbolicamente em que locutores e ouvintes criam contextos sociais de vida através de elementos simbólicos

legitimidade do ordenamento era fruto de horizontes de sentido homogêneos e calcados na tradição, capazes de produzir consensos normativos básicos.<sup>121</sup> Regras morais eternamente válidas, compartilhadas coletivamente e estruturadas nas famílias e nos sistemas de parentesco, eram suficientes para garantir o sentimento de pertença do indivíduo a uma ordem social natural.<sup>122</sup> O homem medieval, por exemplo, era tão somente parte integrante de determinado extrato social; para ele, era suficiente que a sua presença no mundo fosse explicada pela cosmovisão ditada pela igreja católica.<sup>123</sup>

O reduzido número de papéis sociais, a submissão do direito à moralidade religiosa e os limites impostos à comunicação por “verdades” metafísicas reduziam os riscos de dissenso. Segundo a descrição feita por Habermas:

Aquém desse umbral, a validade mantém a força do fático, seja na figura de certezas do mundo da vida, subtraídas à comunicação, por permanecerem em segundo plano, seja na figura de convicções disponíveis comunicativamente, as quais dirigem o comportamento, porém sob os limites impostos à comunicação por uma autoridade fascinosa, ficando, pois, subtraídas à problematização.<sup>124</sup>

Esse quadro de restrições à comunicação e de submissão da pessoa à ordem social altera-se de maneira substancial com o fim da civilização medieval. Importantes modificações nas visões de mundo predominantes levam o indivíduo para o centro das investigações filosóficas.<sup>125</sup>

---

diversificados sob a forma de expressões imediatas (atos de fala ou de ações cooperativas), de sedimentação dessas expressões imediatas (obras de arte, textos, documentos, técnicas, tradições, etc.) e sob a forma de elementos mediatos (instituições, estruturas de personalidade, sistemas sociais).” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades humanas aos direitos*. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 179)

<sup>121</sup> SARMENTO, 2010, p. 56.

<sup>122</sup> DIAS, 2003, p. 102.

<sup>123</sup> ARAÚJO PINTO, 2003, p. 25. Merece destaque, ainda, o seguinte comentário de autoria de Menelick de Carvalho Netto: “O *Direito e a organização política pré-moderna* encontravam tradução, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado da religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentalmente justificados e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas (...). O Direito, portanto, enquanto um único ordenamento de normas gerais e abstratas válido para toda a sociedade, não existia, mas era tão-somente ordenamentos sucessivos e excludentes entre si, consagradores dos privilégios de cada casta e facção de casta, consubstanciados em normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, nas tradições, nos usos e costumes locais, aplicados casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como um único ordenamento jurídico integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 30)

<sup>124</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 44.

<sup>125</sup> No exato comentário de Cristiano Araújo Pinto: “Esse quadro sofreria modificações com o final da civilização medieval, trazido pela quebra da unidade espiritual do Ocidente (reformas religiosas que originam o surgimento de credos e igrejas protestantes), pela revolução científica (fim do modelo ptolomaico de cosmos e

As garantias metassociais e as certezas do mundo da vida de comunidades homogêneas já não suportam mais o fardo da integração social. O aumento da complexidade, o surgimento de novos atores sociais e, especialmente, a libertação do homem para perseguir seus interesses privados produzem novas possibilidades de conflito.<sup>126</sup>

Para lidar com os dissensos produzidos pela modernidade, uma vez enfraquecida a força social integradora das autoridades sagradas, são necessários novos meios para estabilizar comportamentos sociais e, por conseguinte, novos fundamentos que legitimem a utilização de tais meios.

Nesse contexto, as três características principais do direito moderno revelam-se de suma importância: ele é cogente, estruturado individualisticamente e positivo.<sup>127</sup> A primeira característica diz respeito à função primordial do direito. Enquanto sistema normativo, compete ao direito estabilizar expectativas de comportamento e, assim, garantir a integração social. O Estado monopoliza o uso autorizado da força, a fim de garantir que os comportamentos se mantenham em conformidade com as prescrições legais.

Todavia, a coerção estatal não é capaz de, por si só, conferir durabilidade às ordens jurídicas. As normas do direito devem ser vistas pelos destinatários não apenas como regras que coagem, mas também como regras que merecem ser seguidas.<sup>128</sup> O direito, então, deve ser “*construído essencialmente sobre direitos subjetivos*” e fazer valer o princípio segundo o qual “*é permitido tudo aquilo que não é explicitamente proibido.*”<sup>129</sup>

da hegemonia da física aristotélica, a partir da obra de Copérnico, Kepler, Galileu e Newton) e pelo advento do renascimento florentino (propositura de um novo humanismo, mediante apropriações e leituras originais da herança clássica).” (ARAÚJO PINTO, 2003, p.27)

<sup>126</sup> A alteração produzida pela modernidade em toda a estruturação da sociedade é explicada pela ideia de diferenciação funcional, desenvolvida por Niklas Luhmann. Ao discorrer sobre o tema, Cristiano Paixão de Araújo Pinto explica que: “por diferenciação funcional entende-se a fundamental modificação na estruturação da sociedade que possibilitou a superação da diferenciação por estratos pela organização da sociedade em sistemas funcionalmente especializados. Parte-se, aqui, do pressuposto de que as condições de comunicação na sociedade – compreendida como sistema global de comunicação – passaram a tematizar a existência de problemas determinados (domínios funcionais) em cuja solução se especializa cada subsistema.” (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 33) Para uma melhor compreensão do assunto, amplamente abordado na teoria do direito de Habermas, cf. ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

<sup>127</sup> HABERMAS, 2003, p. 153.

<sup>128</sup> “Deve ser no mínimo possível seguir normas jurídicas não porque elas coagem, mas sim porque são legítimas. A validade de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante ao mesmo tempo positividade jurídica legítima e execução judicial fática. O Estado deve garantir ambos, por um lado, a legalidade do comportamento no sentido de um seguimento satisfatório da lei, caso necessário, forçado com base em sanções, e, por outro lado, uma legitimidade das regras que torna a todo momento possível o cumprimento de uma norma por respeito diante da lei” (HABERMAS, 2001, p. 145-146)

<sup>129</sup> HABERMAS, 2001, p. 144. Direitos subjetivos, na obra de Habermas, devem ser entendidos como liberdades subjetivas de ação, que estabelecem limites nos quais um sujeito está autorizado a empregar livremente sua vontade. Tais limites são estabelecidos por leis gerais e abstratas.

Com efeito, as ordens jurídicas modernas foram constituídas justamente nessa base, garantindo aos indivíduos a possibilidade de perseguirem seus interesses privados e de realizarem seus projetos pessoais de vida. Nesse sentido, pode-se dizer que sistema de direitos conjuga as liberdades subjetivas com a coação do direito objetivo.<sup>130</sup>

A positividade do direito, por sua vez, rompe em definitivo com qualquer possibilidade de justificação metafísica da ordem social. No momento em que o direito deixa de ser revelado por autoridades sagradas e passa a ser decidido e modificado por um legislador político, sua aceitação depende diretamente do processo de positivação.<sup>131</sup> A legitimidade do direito – superado o respaldo religioso que garantia a integração social com base nas certezas do mundo vida – passa necessariamente pela ideia democrática da autolegislação.<sup>132</sup>

Em outras palavras, o direito moderno, cuja natureza positiva viabiliza repetidas modificações normativas advindas do processo legislativo, precisa da democracia para se legitimar:

Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância enreda-se à exigência de legitimação de que esse tipo de direito escrito seja capaz de assegurar equitativamente a autonomia de todas as pessoas do direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente. Dessa maneira cria-se uma relação conceitual entre o caráter coercitivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade, por outro. Por isso, de um ponto de vista normativo subsiste não apenas uma relação historicamente casual entre a teoria do direito e a teoria da democracia, mas sim uma relação conceitual ou interna.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 47.

<sup>131</sup> Confirma-se o seguinte trecho acerca da positividade do direito: “Com relação à legitimidade da ordem jurídica, no entanto, sobretudo uma outra característica formal é importante, a saber, a positividade (*Positivität*) do direito positivado (*gesetz*). Como se fundamentará a legitimidade de regras que podem ser mudadas a todo momento pelos legisladores políticos? Também normas constitucionais são modificáveis; e mesmo normas fundamentais, que a própria Constituição declara como inalteráveis, compartilham com todo o direito positivo o destino de poderem ser desativadas, como por exemplo após uma mudança de governo. Na medida em que se pôde lançar mão do direito natural fundamentado na religião ou metafisicamente, o turbilhão da temporalidade – no qual o direito positivo penetrou – foi barrado pela moral. Também o direito positivo temporalizado teve de se manter inicialmente *subordinado* – no sentido de uma hierarquia das *leges* – ao direito moral (eternamente válido) e recebeu suas orientações duradouras deste. Mas nas sociedades plurais desfizeram-se tais imagens integrativas e éticas obrigatórias para a coletividade.” (HABERMAS, 2001, p. 146)

<sup>132</sup> Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, a democracia “vincula a legitimidade do poder do estado necessariamente à vontade popular”. (SOUZA NETO, 2006, p. 55)

<sup>133</sup> HABERMAS, 2002, p. 286-287.

A legitimidade dos ordenamentos jurídicos modernos depende, na verdade, da coexistência das três características acima mencionadas, especialmente das duas últimas. Normas responsáveis pela integração social devem o fazer com base no respeito a liberdades subjetivas e, ainda, devem ser fruto do processo legislativo democrático. Segundo Habermas:

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição, *per se*; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo de legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. Por isso, temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito assumem, através do papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já está assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.<sup>134</sup>

Ou seja, a justificação do direito moderno não está nem no direito positivado nem nos direitos subjetivos, considerados isoladamente. Em sociedades complexas e plurais, as liberdades subjetivas não podem mais ser fundamentadas como se fossem direitos naturais, com base em idealizações de natureza moral.<sup>135</sup> Direitos subjetivos devem resultar de um processo legislativo democrático para que sejam aceitos pelos demais integrantes da comunidade política. Ao mesmo tempo, quaisquer normas jurídicas, ainda que positivadas pelo legislador democrático, são válidas apenas se contemplarem a garantia equânime de liberdade dos indivíduos. O direito moderno somente terá força integradora e poderá empregar a coerção oficial se os destinatários das normas garantidoras da liberdade forem também os seus autores.<sup>136</sup>

Todavia, ainda que direitos subjetivos e democracia, vertidos respectivamente nos conceitos de direitos humanos e soberania popular, sejam elementos normativos básicos das ordens jurídicas modernas, a teoria política geralmente tem dificuldade para conciliá-los. O que diferencia a teoria discursiva do direito é justamente a busca pela superação teórica dos

---

<sup>134</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 52-53.

<sup>135</sup> Consoante bem observado por Cláudio Pereira de Souza Neto, não há como se defender qualquer vertente do jusnaturalismo nas sociedades contemporâneas, marcadas por um profundo desacordo moral. SOUZA NETO, 2006, p. 26.

<sup>136</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 114.

unilateralismos que deixam de observar a relação de interdependência existente entre direitos humanos e soberania popular.

A legitimidade de uma ordem jurídica constituída sob a forma de Estado de Direito deve ser buscada, portanto, na relação de cooriginariedade dos direitos subjetivos com o direito objetivo.<sup>137</sup> Ao se interpretar o sistema de direitos subjetivos com base na teoria do discurso, é possível concluir que não pode haver Estado de direito sem democracia e vice-versa.<sup>138</sup> Como será visto adiante, são os princípios do moderno Estado de direito em conjunto com o sistema de direitos fundamentais que institucionalizam juridicamente o contexto comunicativo necessário à formação democrática da opinião e da vontade, dotando o direito positivo da legitimidade necessária ao desempenho das suas funções. Antes de aprofundar teoricamente a coesão interna do Estado de Direito com a democracia, no entanto, é oportuno tecer algumas considerações sobre a relação entre o direito e a moral.

### 2.3 – Direito e moral

O objetivo da Teoria Discursiva do Direito de Habermas, como já mencionado, é demonstrar de onde advém a legitimidade do direito moderno. Superadas as justificativas religiosas e metafísicas das ordens sociais, vale destacar também que o direito positivo, em sociedades complexas como as atuais, não pode ser justificado apenas na moral, não obstante mantenha com esta relação de complementação recíproca. Os direitos subjetivos com os quais foram constituídas as ordens jurídicas modernas revelam forte influência da filosofia do direito de Kant e do conceito de autonomia moral por ele desenvolvido. Kant extrai das leis morais as leis jurídicas, de sorte que a função dos direitos seria estabelecer espaços de liberdades subjetivas, fundamentados na autonomia moral dos indivíduos.<sup>139</sup>

---

<sup>137</sup> Nas palavras de Habermas: “Direitos subjetivos não estão ali referidos, de acordo com o seu conceito, a indivíduos atomizados ou alienados, que se entesam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica, eles pressupõem a colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente referidos uns aos outros, como membros livres e iguais do direito. Tal reconhecimento recíproco é constitutivo para uma ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos reclamáveis judicialmente. Neste sentido, os direitos subjetivos são co-originários com o direito objetivo; pois este resulta dos direitos que os sujeitos se atribuem reciprocamente.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 121)

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 173.

<sup>139</sup> Cf. KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições de ouro, 1967.

[Kant] parte do conceito fundamental da lei da liberdade moral e extrai dela as leis jurídicas, seguindo o caminho da redução. A teoria moral fornece os conceitos superiores: vontade e arbítrio, ação e mola impulsadora, dever e inclinação, lei e legislação, que servem inicialmente para a determinação do agir e do julgar moral. Na doutrina do direito, esses conceitos fundamentais de moral são reduzidos a três dimensões. Segundo Kant, o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção, que um está autorizado a usar contra o outro, em caso de abuso. O princípio do direito limita o princípio da moral sob esses três pontos de vista. A partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos, etc.<sup>140</sup>

Com o alvorecer do positivismo jurídico, direitos subjetivos perderam toda e qualquer ligação com a moral e passaram a ter fundamento tão somente na ordem jurídica objetiva. Direitos subjetivos, na interpretação positivista, são aqueles interesses afirmados pela autoridade constituída e, por isso, protegidos pelo ordenamento jurídico posto.<sup>141</sup>

O sentido garantidor da liberdade deveria outorgar aos direitos subjetivos um autoridade moral independente da legalização democrática, a qual não poderia ser fundamentada no âmbito da própria teoria do direito. A isso se contrapõe um desenvolvimento que culmina na subordinação abstrata dos direitos subjetivos sob o direito objetivo, sendo que a legitimidade deles se esgota, no final de tudo, na legalidade de uma dominação política, interpretada em termos de um positivismo do direito.<sup>142</sup>

Nenhuma dessas tradições teóricas explicou com propriedade a relação de complementação mútua existente entre o direito e a moral, que deve ser extraída justamente dos pontos em que ambos se diferenciam. Em princípio, questões morais e jurídicas dizem respeito aos mesmos problemas: como estabilizar legitimamente relações interpessoais?<sup>143</sup> Todavia, analisando-se com atenção as duas categorias de normas de ação, nota-se que os problemas são enfrentados por ângulos diferentes e que as matérias reguladas pelo direito nem sempre são as mesmas que aquelas reguladas pela moral. Daí porque, ainda que o direito não seja moralmente neutro, ele não pode ser considerado subordinado à moral.<sup>144</sup>

<sup>140</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 140.

<sup>141</sup> Sobre a concepção positivista de direito subjetivo, cf. KELSEN, 2009, p. 140-162.

<sup>142</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 121-122.

<sup>143</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 141.

<sup>144</sup> Para uma digressão completa acerca da relação entre o direito e a moral em toda a trajetória acadêmica de Habermas, cf. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incurções Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 1-39.

Para evidenciar as diferenças entre o direito e a moral, vale reportar-se ao princípio do discurso e analisar a racionalidade da fundamentação de normas de comportamento, tanto jurídicas quanto morais.<sup>145</sup> Segundo Habermas, “*são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais*”.<sup>146</sup> Ao lançar mão do princípio do discurso, o autor alemão objetiva extrair, no âmbito da fundamentação normativa, o máximo do potencial racionalizador do uso da linguagem.<sup>147</sup> O princípio é neutro em relação às normas morais e jurídicas, pois pressupõe que quaisquer normas de conduta podem ser justificadas discursivamente em um contexto no qual a comunicação se dê em condições adequadas à livre troca de argumentos. Desse modo torna-se possível, em sociedades pós-convencionais, fundamentar normas de ação através de um procedimento racional de avaliação discursiva da validade normativa.<sup>148</sup>

O princípio geral do discurso, quando referido às normas morais, especializa-se no princípio moral da universalização, ao passo que, quando diz respeito às normas jurídicas, especializa-se no princípio da democracia. Dessa especialização surgem distinções relevantes para a compreensão do papel do direito e da moral na sociedade moderna.

A primeira distinção relevante entre o princípio da democracia e o princípio da universalização diz respeito aos possíveis atingidos pela regulamentação. As normas do direito regulam questões pertinentes apenas para os integrantes de determinada comunidade jurídica, os quais se reconhecem como sujeitos de direito em um contexto específico situado no tempo e no espaço.<sup>149</sup> A moral, por sua vez, diz respeito a problemas universais, de

---

<sup>145</sup> Consoante ressalta Cláudio Pereira de Souza Neto, o princípio do discurso objetiva estabelecer um procedimento que garanta resultados racionais e imparciais. Afinal, “o que garante a racionalidade dos resultados obtidos pela interação comunicativa é o respeito às condições procedimentais que a balizam.” (SOUZA NETO, 2006, p. 140)

<sup>146</sup> Para uma adequada compreensão das especializações do princípio do discurso, no âmbito da moral e do direito, convém transcrever a explicação que o próprio Habermas dá para as expressões contidas na sua formulação: “O predicado ‘válidas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.” (HABERMAS, 1997, vol I, p. 142) Sobre o tema, ver também CHAMON JUNIOR, 2010, p. 8-15; SOUZA NETO, 2006, p. 140-147.

<sup>147</sup> Vale lembrar que Habermas objetiva romper, de certo modo, com os pressupostos da filosofia do sujeito e da razão prática, substituindo-os pelos da razão comunicativa. No âmbito da teoria discursiva, é a exposição dos argumentos à crítica que garante a racionalidade e a correção das proposições normativas.

<sup>148</sup> CHAMON JUNIOR, 2010, p. 9.

<sup>149</sup> HABERMAS, 2002, p. 288.

interesse simétrico de todas as pessoas, sem qualquer delimitação no espaço ou no tempo histórico. As razões que dão fundamento a normas morais “*devem poder ser aceitas, em princípio, por todos*”.<sup>150</sup>

Ademais, o papel central dos sujeitos de direito – que contam com liberdade para agir de acordo com as próprias preferências – explica a prevalência dos direitos em relação aos deveres nas ordens jurídicas modernas. Essa prevalência manifesta-se, por exemplo, “*no princípio de que se permite tudo o que não seja explicitamente proibido.*”<sup>151</sup> As regras morais, de outra sorte, estipulam obrigações aos indivíduos, de modo que o catálogo de direitos é associado, desde a origem, a deveres correspondentes.<sup>152</sup>

Outra distinção importante diz respeito ao objeto das normas de ação e à natureza dos argumentos que importam para os dois tipos de discurso. As matérias jurídicas relevantes são mais abrangentes e, ao mesmo tempo, mais restritas que os assuntos moralmente importantes.<sup>153</sup> Por um lado, direito e o princípio democrático são mais restritos que o princípio moral da universalização porque se dirigem apenas ao comportamento exterior indivíduos. O único comportamento que importa para o direito é aquele manifestado, perceptível intersubjetivamente. No universo moral, por outro lado, as razões de natureza pessoal também são relevantes.

A maior abrangência do princípio democrático resulta justamente da sua pretensão de estabelecer um procedimento de normatização legítima do direito. Por ser o meio no qual se constitui a organização do domínio político, o direito se refere também a programas e objetivos coletivos, e não apenas a relações interpessoais moralmente referidas.<sup>154</sup> Essa diferença é central na aplicação do princípio do discurso, pois argumentos éticos e pragmáticos, além daqueles de natureza moral, passam a integrar normalmente a comunicação que se processa no campo do direito. De fato, muitos temas, argumentos e informações são relevantes tão somente para o processo de fundamentação das normas jurídicas:

Eis por que as regulamentações jurídicas tangenciam não apenas questões morais em sentido estrito, mas também questões pragmáticas e éticas, bem como o estabelecimento de acordos entre interesses conflitantes. Diversa da

---

<sup>150</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 143. Como exemplo, pode-se citar a discussão acerca da moralidade da pena de morte. Apesar de ser aceita em algumas nações e em outras não, argumentos favoráveis ou contrários à pena capital não podem ser válidos, do ponto de vista moral, apenas para os cidadãos brasileiros.

<sup>151</sup> HABERMAS, 2002, p. 288.

<sup>152</sup> HABERMAS, 2001, p. 144.

<sup>153</sup> HABERMAS, 2002, p. 289.

<sup>154</sup> CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 8.

reivindicação normativa de validação dos mandamentos morais, que é claramente delimitada, a reivindicação da legitimidade das normas jurídicas apóia-se sobre vários tipos de razões. A prática legislativa justificadora depende de uma rede ramificada de discursos e negociações – e não apenas de discursos morais.<sup>155</sup>

Note-se que o fato de o direito contemplar normativamente também programas e finalidades coletivas – e, por isso, incorporar no discurso jurídico questões éticas e pragmáticas – não significa, de modo algum, que o direito seja moralmente neutro.<sup>156</sup>

Pelo contrário, no espaço comunicativo em que se discutem os fundamentos das normas jurídicas, argumentos morais possuem considerável relevância. Questões morais são incorporadas pelo direito a todo tempo por meio de discussões e decisões legislativas, pois, como já ressaltado, o direito moderno deve, antes de tudo, garantir autonomia a todos os integrantes da comunidade jurídica. Daí porque uma ordem jurídica somente “*pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais*”.<sup>157</sup>

Por outro lado, em contextos pós-convencionais de fundamentação, típicos da modernidade, normas morais são incapazes de, por si só, garantir a integração social. Elas precisam ser complementadas funcionalmente pela dimensão coercitiva do direito moderno, até para aliviar os indivíduos da responsabilidade de formar juízos morais a todo instante.<sup>158</sup> Para ser eficaz e fazer-se presente nas normas de ação, o conteúdo moral depende da segurança que somente pode ser garantida pela ameaça de sanção do direito institucionalizado.<sup>159</sup>

---

<sup>155</sup> HABERMAS, 2002, p. 289.

<sup>156</sup> Nesse sentido Chamon Júnior afirma que “apesar de o direito não se justificar na moral, isto não significa que princípios morais não sejam infiltrados e irradiados pelo Direito, uma vez que seu processo legislativo-democrático está constantemente aberto a essas razões morais, bem como, igualmente, a razões éticas (referentes a valores) e a razões pragmáticas (referentes a meios adequados para se alcançar uma certa finalidade);” (CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 12-13)

<sup>157</sup> HABERMAS, 2002, p. 288.

<sup>158</sup> O caráter mais abstrato das normas morais impõe sérios problemas de aplicação normativa àqueles que devem julgar moralmente. A decisão de conflitos interpessoais exige operações complexas, que não podem ser suportadas pelos indivíduos com base apenas na própria motivação. Vale conferir, por oportuno, as seguintes considerações feitas por Habermas: “Problemas de fundamentação e de aplicação de questões complexas sobrecarregam frequentemente a capacidade analítica do indivíduo. E tal *indeterminação cognitiva* é absorvida pela facticidade da normatização do direito. O legislador político decide quais normas valem como direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de interpretação. O sistema jurídico tira das pessoas jurídicas, em sua função de destinatárias, o poder de definição dos critérios de julgamento do que é justo e do que é injusto. Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 151)

<sup>159</sup> CHAMON JÚNIOR, 2010, p. 12.

Como já salientado, é justamente o caráter institucional do direito que propicia a especialização do princípio do discurso no princípio da democracia, cuja finalidade é estabelecer um procedimento legítimo de criação normativa.<sup>160</sup> Da forma institucionalizada do direito nasce para os indivíduos a possibilidade de participar de processos políticos responsáveis pela positivação normativa, produzindo uma importante decomposição da autonomia pretendida pelo direito, “*para a qual não há contrapartida no lado da moral*”.<sup>161</sup>

A cisão da autonomia jurídica em autonomia pública e privada é central para se compreender a legitimidade do direito moderno. Se a autonomia moral visa a garantir um espaço de autodeterminação em que os indivíduos são livres para agirem de acordo com seus próprios interesses, a autonomia garantida pelo direito, para além da autodeterminação individual, deve também assegurar aos cidadãos a possibilidade de regularem sua convivência conjunta pela participação na tomada de decisões coletivamente vinculantes.<sup>162</sup>

No campo do direito, em que as normas garantidoras da liberdade são criadas artificialmente pelo legislador político, deve-se garantir aos cidadãos a possibilidade de decidirem quais normas desejam seguir no plano individual e também quais normas devem ser seguidas pela coletividade da qual fazem parte. O direito moderno, para ser legítimo, deve assegurar de maneira equânime tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública:

A autodeterminação moral em sentido kantiano é um conceito unitário à medida que exige de cada indivíduo *in propria persona* que siga as normas que ele próprio estabelece para si, após um juízo imparcial próprio – ou almejado em conjunto com todas as outras pessoas. Com isso, no entanto, a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta não apenas a processos da formação de opinião e vontade, mas sim a decisões coletivamente vinculantes, por instâncias que estabelecem e aplicam o direito. Resulta daí de maneira conceitualmente necessária uma partilha de papéis entre autores que firmam (e enunciam) o direito, bem como entre destinatários que estão submetidos ao direito vigente. **A autonomia, que no campo da moral é monolítica, por assim dizer, surge no campo do direito apenas sob a dupla forma da autonomia pública e privada.**<sup>163</sup> (negritos do original)

---

<sup>160</sup> Habermas sintetiza a função do princípio democrático da seguinte forma: “Ele [o princípio da democracia] significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 145)

<sup>161</sup> HABERMAS, 2002, p. 290.

<sup>162</sup> No pertinente comentário de Michel Rosenfeld, os cidadãos devem ter ao menos a chance de “participar da realização do seu próprio destino.” (ROSENFELD, Michel. A Identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Caderno da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, vol. 7, n. 12, jan/jun. 2004, p. 25)

<sup>163</sup> HABERMAS, 2002, p. 290.

Os cidadãos, portanto, devem ser, no exercício da autonomia pública, os autores daquelas normas que lhes vão garantir, enquanto destinatários dessas mesmas normas, o exercício da autonomia privada. O direito somente será legítimo se esses dois momentos forem conciliados de forma de que uma autonomia seja a condição de possibilidade da efetivação da outra.

## 2.4 – Autonomias privada e pública na visão de liberais e republicanos

A cisão do conceito de autonomia no campo do direito em autonomia pública e privada – decorrência lógica da diferenciação entre direito e moral – deu origem a duas respostas diferentes para a questão atinente à justificação do direito moderno. Por um lado, faz-se alusão à ideia de autogoverno e ao princípio da soberania popular, que se expressam nos direitos à comunicação e participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos. Por outro, destacam-se o domínio das leis e os direitos humanos que garantem a autonomia privada dos membros da comunidade jurídica.<sup>164</sup>

Se, para Habermas, soberania popular e direitos humanos são complementares – assim como democracia e constituição – o fato é que a filosofia política moderna, em geral, interpreta-os como elementos concorrentes e não demonstra a relação de equiprimordialidade existente entre as duas dimensões do conceito de autonomia.

A tradição liberal, que remonta à John Locke, denuncia “o perigo representado pelas maiorias tirânicas” e postula a “*precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo*”.<sup>165</sup> Direitos subjetivos, na concepção clássica desenvolvida inicialmente pelos teóricos do jusnaturalismo racional, são direitos naturais, são dados pré-políticos justificados moralmente e oponíveis ao Estado. Tais direitos precedem à própria organização política e,

---

<sup>164</sup> HABERMAS, 2002, p. 290.

<sup>165</sup> HABERMAS, 2001, p. 147. Ressalta-se que a tradição liberal ora discutida diz respeito ao liberalismo político, que, como já visto, não pode ser confundido com o liberalismo econômico, cuja perspectiva está baseada na suposta capacidade dos agentes econômicos do mercado de bem funcionar independentemente de regulamentação. Ronald Dworkin, por exemplo, é um teórico do direito e filósofo político liberal que não acolhe, de modo algum, os postulados do liberalismo econômico. Trata-se, na verdade, de um liberal igualitário, com grandes preocupações com as funções distributivas do poder público. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007; e também DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

por isso mesmo, merecem proteção contra qualquer tipo de ingerência externa, inclusive aquelas advindas de decisões legislativas.<sup>166</sup> Na síntese de Gisele Cittadino:

Com efeito, os liberais, porque conferem prioridade à autonomia privada, privilegiam os direitos fundamentais, pois são eles que asseguram a configuração de um Estado neutro e evitam interferências indevidas em relação às individuais acerca do bem. Ou, de outra forma, a neutralidade estatal é uma exigência que decorre do próprio pluralismo. Afinal, ainda que comprometidos com os ideais democráticos, os liberais preocupam-se em proteger as diversas visões substantivas individuais das interferências resultantes de qualquer processo deliberativo público. Daí a necessidade de que os direitos fundamentais limitem a soberania popular e a legislação democrática dela decorrente.<sup>167</sup>

Os liberais buscam assegurar a cada indivíduo um espaço para realização do seu próprio projeto pessoal de vida e, para tanto, indispensável a configuração de um Estado neutro, capaz de garantir a autonomia privada e os direitos humanos. A organização política realiza tão somente uma função mediadora, destinada a programar as atividades estatais em função da defesa dos interesses subjetivos, tanto em face dos outros indivíduos quanto em face do próprio Estado.

O liberalismo, como se pode verificar, defende a supremacia da autonomia privada, viabilizada por direitos subjetivos de dimensão negativa, “*que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas do direito se vêem livres de coações externas*”.<sup>168</sup> Com efeito, a razão de ser do ordenamento jurídico é a preservação de interesses particulares, o que justifica, inclusive, a considerável desconfiança manifestada pelos liberais em relação aos processos político-deliberativos.

---

<sup>166</sup> Cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 163 e ss. Vale lembrar que a filosofia política de John Locke surge em um contexto de reação ao Estado absolutista, razão por que visa a proteger o indivíduo contra os excessos do poder estatal. Locke foi o primeiro filósofo político a atribuir certa autonomia ao indivíduo em face da ordem social. Em seus tratados sobre o governo, ele objetiva libertar o homem do estado de natureza, fundamentando essa liberdade individual na idéia de propriedade, enquanto conjunto de bens alcançados por meio do trabalho. Nesse contexto, o homem se reúne em sociedade em razão das suas propriedades, cuja proteção depende de uma contrapartida institucional: a separação entre os poderes, especialmente entre o poder de legislar e o de punir. Na visão de Locke, os homens teriam naturalmente a tendência de punir aqueles que destruam seus bens materiais e morais (vida, saúde, liberdade, posses), o que acaba ameaçando a consciência do bem comum e o próprio conceito de propriedade. Ao se separar a prática de legislar da prática de punir, forma-se uma estrutura apta a proteger o direito de propriedade e a autonomia dos indivíduos. A importância que Locke atribui à autonomia privada frente aos poderes estatais pode ser exemplificada na seguinte passagem: “Deste modo, a sociedade permanece perpetuamente investida do poder supremo de se salvar contra as tentativas e as intenções de quem quer que seja, mesmo aquelas de seus próprios legisladores, sempre que eles forem tão tolos ou tão perversos para preparar e desenvolver projetos contra as liberdades e as propriedades dos súditos.” (LOCKE, 1994, p. 173)

<sup>167</sup> CITTADINO, 2000, p. 7.

<sup>168</sup> HABERMAS, 2002, p. 271.

Ora, ainda que a deliberação democrática seja necessária para garantir legitimidade ao direito, o ambiente político-partidário não é nada mais que uma constante luta por afirmações de interesses ou por posições de poder. Como sintetiza Michel Rosenfeld, para os liberais a democracia é necessária e boa, mas perigosa.<sup>169</sup> Daí porque se deve impor limites ao exercício da soberania popular.

Enfim, no pensamento liberal, o foco do direito encontra-se no momento de autodeterminação dos indivíduos, cuja garantia justifica a imposição de rigorosos limites ao exercício democrático da soberania popular.<sup>170</sup> Uma vez que direitos humanos – tais como o direito à vida, direito de ir e vir, o direito de propriedade, o direito de privacidade, o direito à liberdade religiosa, entre outros – protegem bens que possuem um valor intrínseco, legítimos em si mesmos, compreende-se porque a autonomia privada deve se sobrepôr a autonomia pública.<sup>171</sup>

O republicanismo, por outro lado, dá primazia à autonomia pública e ao princípio da soberania popular, interpretando os direitos humanos como elementos da própria tradição da comunidade política.<sup>172</sup> Na visão republicana, “*a vontade ético-política de uma coletividade que está se auto-realizando não pode reconhecer nada que não corresponda ao próprio projeto de vida autêntico*”.<sup>173</sup> A soberania popular, nesse contexto, corresponde à realização ética de determinada coletividade e o conteúdo dos direitos humanos advém justamente dos processos de auto-entendimento coletivo.

Para os republicanos, é a autonomia pública, ancorada na ideia de soberania popular e de participação política ativa dos cidadãos, que permite a compatibilização da ordem estatal com os objetivos e valores de uma comunidade com determinada identidade social. De fato, o pensamento republicano possui íntimo compromisso com a ideia de participação política permanente, capaz de fornecer um fundamento ético para o ordenamento jurídico. A política, na concepção republicana:

---

<sup>169</sup> ROSENFELD, 2004, p. 16.

<sup>170</sup> Dworkin, um dos principais teóricos liberais contemporâneos, não fundamenta os direitos humanos em uma moral universal derivada da razão humana, como faziam os jusnaturalistas racionais. Todavia, segue linha de pensamento semelhante e interpreta os direitos humanos como “trunfos”, destinados a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra decisões que a maioria política, no exercício da soberania popular, pode querer tomar, ainda que essa maioria esteja visando ao que considera ser o interesse geral ou comum. Cf. DWORKIN, 2007, p. 208 e ss.

<sup>171</sup> HABERMAS, 2003, p. 159.

<sup>172</sup> O grande precursor do republicanismo na modernidade é J.J. Rousseau. Cf. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>173</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 134.

é constitutiva do processo de coletivização social como um todo. Concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético. Ela constitui o *médium* em que os integrantes de comunidades solidárias surgidas de forma natural se conscientizam de sua interdependência mútua e, como cidadãos, dão forma e prosseguimento às relações preexistentes de reconhecimento mútuo, transformando-as de forma voluntária e consciente em uma associação de jurisconsortes livres e iguais.<sup>174</sup> (destaque do original)

Partindo do pressuposto de que a liberdade do indivíduo se completa no Estado, os republicanos enfatizam que a soberania popular, enquanto resultado de uma autonomia pública atuante, garante ao cidadão a possibilidade de ser politicamente responsável pela constituição de uma comunidade de pessoas livres e iguais. É evidente a confiança nos processos políticos, uma vez que, pelo poder de ação do Estado, constituído a partir de processos deliberativos autônomos, os cidadãos podem se entender e, assim, instituir as normas que regularão suas próprias relações em busca do bem comum.<sup>175</sup>

O Estado não precisa ser configurado em função da proteção de direitos subjetivos, pois estes são, na verdade, determinações da vontade política prevalecente.<sup>176</sup> Direitos, por conseguinte, não possuem aquela dimensão negativa afirmada pelos liberais, mais sim a estrutura de liberdades positivas, pois, para os republicanos, a liberdade do homem efetivamente se realiza no momento em que ele atua e influencia os processos de deliberação pública. A crença na capacidade de autodeterminação do povo leva Rousseau, por exemplo, a afirmar que apenas os governos republicanos são legítimos.<sup>177</sup> A lógica dos republicanos é diametralmente oposta à dos liberais; no lugar daquela profunda desconfiança para com as ações estatais, confere-se prioridade à participação política no espaço estatal.

Em síntese, se para os liberais os direitos humanos precedem à soberania popular e impõem barreiras ao exercício desta, para os republicanos os direitos humanos decorrem justamente da soberania popular em andamento.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> HABERMAS, 2002, p. 270.

<sup>175</sup> Como ressalta Cláudio Pereira de Souza Neto, ao comentar a obra de Rousseau, “se o povo é governado pelo estado, e a vontade estatal não é senão a vontade popular, o povo é governado por sua própria vontade.” (SOUZA NETO, 2006, p. 41)

<sup>176</sup> HABERMAS, 2002, p. 274.

<sup>177</sup> ROUSSEAU, 1999, p. 48.

<sup>178</sup> ROSENFELD, 2004, p. 16. À evidência, há inúmeros autores que trabalharam diferentes aspectos da relação entre a “liberdade dos antigos” (soberania popular) e a “liberdade dos modernos” (direitos humanos) nas democracias constitucionais. Para os objetivos do presente trabalho, todavia, o estudo aprofundado desses autores não se revela oportuno. Importa aqui, na verdade, partir da constatação de que, na filosofia política moderna, direitos humanos e soberania popular geralmente são interpretados como elementos paradoxais do

Todavia, nenhuma dessas tendências pode prevalecer, pois tanto os direitos humanos quanto o princípio da soberania popular são elementos constitutivos da legitimidade pretendida pelo direito moderno.<sup>179</sup> O objetivo central da teoria discursiva do direito é justamente demonstrar que esses dois elementos normativos são interdependentes e, por isso, precisam ser conciliados.

## 2.5 – A interdependência entre as autonomias pública e privada

Consoante observado, ordenamentos jurídicos contemporâneos apenas podem ser legítimos se estiverem associados à democracia e aos direitos humanos. Para superar os unilateralismos em que incorrem liberais e republicanos, Habermas reconstrói o direito e a democracia à luz da teoria do discurso e conclui que direitos humanos consubstanciam, na realidade, condições de possibilidade para o exercício da soberania popular. Dessa forma, entre autonomia pública e privada não há uma relação de concorrência, mas sim de interdependência e de circularidade. Se, nos dois primeiros paradigmas da história constitucional moderna, essa relação de interdependência foi encoberta, dando-se prevalência ora à autonomia privada, ora à autonomia pública, o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito precisa seguir um caminho distinto, que faça jus à legitimidade pretendida pelas democracias constitucionais.

---

constitucionalismo para, então, seguir a proposta alternativa desenvolvida por Habermas, para quem esses elementos, na verdade, pressupõem-se mutuamente.

<sup>179</sup> Kant e Rousseau, ao trabalharem o conceito de autonomia, até tentaram estabelecer uma coesão interna entre direitos humanos e soberania popular, porém, “não conseguiram entrelaçar simetricamente os dois conceitos”. Kant entendeu a soberania popular e o contrato social dela resultante apenas como consequência lógica da necessidade de se institucionalizar direitos subjetivos naturais, fundamentados moralmente. Na verdade, a coesão proposta por Kant entre direitos humanos e soberania popular está fundada inteiramente na subordinação do direito ao conceito de autonomia moral por ele desenvolvido. Rousseau, por outro lado, extrai o sistema de direitos unicamente do exercício da soberania, da configuração da “vontade geral”. O auto-entendimento ético-político, oriundo do processo deliberativo, garantiria naturalmente iguais direitos subjetivos aos integrantes da comunidade, na medida em que a vontade soberana somente pode “expressar-se na linguagem de leis gerais e abstratas”.

O nexo interno entre direitos humanos e soberania popular, de acordo com Habermas, não pode depender unicamente da autonomia moral de indivíduos que agem em busca de interesses subjetivos, nem da identidade ética de determinada coletividade que age sempre orientada ao bem comum. O almejado nexo deve ser buscado nos limites e possibilidades dos processos comunicativos que viabilizam o entendimento: “O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política. As intuições normativas, que unimos aos direitos humanos e à soberania do povo, podem impor-se de *forma não reduzida* no sistema dos direitos, se tomarmos como ponto de partida que o direito às mesmas liberdades de ação subjetivas, enquanto direito moral, não pode ser simplesmente imposto ao legislador soberano como barreira exterior, nem instrumentalizável como requisito funcional para seus objetivos. A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra quando conseguimos decifrar o modelo de autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores dos seus direitos.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 138-139)

Pois bem, para conciliar os dois elementos que formam o núcleo normativo das democracias constitucionais contemporâneas, deve-se partir da ideia de que direitos humanos – positivados nos textos constitucionais na figura de direitos fundamentais – não são limitações impostas ao legislador político democrático a partir de fora ou meros requisitos funcionais necessários aos seus fins.<sup>180</sup> Possuem, na realidade, um fundamento procedimental, que valem enquanto condições possibilitadoras da democracia. Essa ideia ganha consistência no momento em que o processo democrático é compreendido na sua dimensão deliberativa.<sup>181</sup>

O exercício da soberania popular não se limita, de forma alguma, à eleição periódica de representantes dos cidadãos, pois a representação política constitui apenas um dos momentos do autogoverno.<sup>182</sup> A democracia depende, na verdade, da disponibilidade de meios institucionais que permitam aos cidadãos tematizar e problematizar todos os assuntos que lhes parecerem relevantes.<sup>183</sup> Afinal, o que garante a racionalidade de qualquer proposição normativa não é somente a forma como é elaborada, mas principalmente a sua capacidade de superar a crítica feita por aqueles que tenham interesse no tema. Na concepção deliberativa da democracia, o debate público é constitutivo e conformador da soberania popular.<sup>184</sup> Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto:

A tendência contemporânea da teoria democrática é a de valorizar o momento comunicativo e dialógico que se instaura quando governantes e cidadãos procuram justificar seus pontos de vista sobre as questões de interesse público. O fundamental para a perspectiva democrático-deliberativa é compreender a democracia além da prerrogativa majoritária de tomar decisões políticas. A democracia deliberativa implica igualmente a possibilidade de se debater acerca de qual é a melhor decisão a ser tomada. A legitimidade das decisões estatais decorre não só de terem sido aprovadas pela maioria, mas também de terem resultado de um amplo debate público em que foram fornecidas razões para decidir. É nesse debate que as diversas posições, defendidas pelas mais variadas doutrinas filosóficas, morais e religiosas, se confrontam, e, na sua busca por uma adesão que vá além do círculo de adeptos, procuram se sustentar em argumentos centrados no campo do que é amplamente compartilhado. O debate público possui, por isso, um potencial legitimador e racionalizador.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> HABERMAS, 2003, p. 154-155.

<sup>181</sup> Para um estudo aprofundado da democracia deliberativa, recomenda-se COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

<sup>182</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 59.

<sup>183</sup> É nesse sentido que Menelick de Carvalho Netto enfatiza que a cidadania deve ser entendida como processo, como participação efetiva dos indivíduos nas deliberações públicas. CARVALHO NETTO, 2001, p. 18.

<sup>184</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 37.

<sup>185</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 86-87.

Em suma, o exercício do poder político somente se justifica se houver condições que propiciem uma discussão livre entre cidadãos iguais.<sup>186</sup> A legitimidade da ordem jurídica depende de um ambiente institucional que garanta aos cidadãos a possibilidade de influenciar discursivamente o processo de tomada de decisões oficiais e, assim, contribuir para a formação dialógica da vontade popular.

A democracia deliberativa pressupõe, como se vê, que decisões publicamente vinculantes podem ser modificadas pela interação comunicativa do Estado com a sociedade civil, razão pela qual os cidadãos devem ter o direito de debater tudo aquilo que será decidido institucionalmente.<sup>187</sup> A comunicação apenas produzirá resultados legítimos e racionais se a dimensão deliberativa da democracia estiver protegida por pressupostos e condições procedimentais que garantam a continuidade e a integridade da própria comunicação.<sup>188</sup>

Para que o projeto democrático seja possível, portanto, o ordenamento político-jurídico deve preservar os pressupostos discursivos da democracia deliberativa, isto é, deve assegurar as formas de comunicação necessárias à criação legítima do direito. A institucionalização dessas formas de comunicação é, por conseguinte, condição de possibilidade para que os cidadãos se reconheçam como coautores daquelas normas às quais estão submetidos enquanto destinatários.

---

<sup>186</sup> COHEN, 1996. p. 99.

<sup>187</sup> Para Cláudio Pereira de Souza Neto, “a deliberação incrementa a racionalidade das decisões públicas porque, além de tornar disponíveis novas informações, permite que os interesses privados e as pretensões de poder que eventualmente as tenham motivado sejam denunciadas pelos demais participantes do processo comunicativo”. (SOUZA NETO, 2006, p. 84)

<sup>188</sup> Ressalta-se, por oportuno, que tais condições procedimentais dizem respeito também à existência de uma esfera pública independente do aparato burocrático estatal, mobilizada culturalmente e aberta à livre circulação de argumentos, críticas e informações. Somente nesse espaço público os diferentes atores da sociedade podem efetivamente identificar as “situações problemáticas no todo social” e direcionar o processo decisório estatal. Estado e sociedade civil devem estar ligados discursivamente para que o exercício do poder político seja efetivamente vinculado à vontade popular. Segundo Habermas, “a idéia de democracia, apoiada no conceito de discurso, parte da imagem de uma sociedade descentrada, a qual constitui – ao lado da esfera pública política – uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento de problemas de toda a sociedade. Se prescindirmos dos conceitos da filosofia do sujeito, a soberania não precisa concentrar-se no povo, nem ser banida para o anonimato de competências jurídico-constitucionais. A identidade da comunidade jurídica que se organiza a si mesma é absorvida pelas formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a corrente da formação discursiva da opinião e da vontade, que seus resultados falíveis têm a seu favor a suposição de racionalidade. Com isso, não se desmente a intuição que se encontra na base da idéia da soberania popular: ela simplesmente passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensivos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia.” (HABERMAS, 1997, vol. II, p. 24) Ver também HABERMAS, 2002, p. 282-283.

Se, então, tais discussões (e negociações) constituem o local em que uma vontade política racional pode se formar, a suposição de resultados legítimos, que deve fundamentar o procedimento democrático, tem de se apoiar, em última instância, em um arranjo comunicativo: as formas de comunicação necessárias para uma formação racional da vontade – e, portanto, garantidora de legitimidade – do legislador político devem ser, por sua vez, institucionalizadas juridicamente.<sup>189</sup>

O nexo interno da democracia com os direitos humanos fica evidente no momento em que se percebe que são os direitos humanos que viabilizam a interação comunicativa necessária à formação democrática da vontade popular.<sup>190</sup> De fato, nas democracias constitucionais, são os direitos humanos que promovem a institucionalização jurídica daquele arranjo comunicativo que possibilita a realização do autogoverno. Daí porque o Estado de Direito e o sistema de direitos fundamentais somente podem ser vistos como condições necessárias à democracia, nunca como limitações a esta.<sup>191</sup> Nas considerações de Habermas:

A almejada coesão interna entre direitos humanos e soberania popular consiste assim em que a exigência de institucionalização jurídica de uma prática civil do uso público das liberdades comunicativas seja cumprida justamente por meio dos direitos humanos. Direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular não se podem impingir de fora, como uma restrição.<sup>192</sup>

Vale ressaltar que esse raciocínio não se aplica apenas aos direitos políticos que asseguram o exercício da autonomia pública dos cidadãos. Na verdade, os direitos fundamentais como um todo, inclusive aqueles que garantem a autonomia privada, são constitutivos para o processo de autolegislação.<sup>193</sup> É que os direitos políticos, de participação e de comunicação, apenas podem ser exercidos se aos cidadãos o ordenamento jurídico garantir também aqueles direitos clássicos de liberdade.

O processo de autolegislação no qual os cidadãos exercitarão sua autonomia pública somente se desenvolve por meio da linguagem jurídica. Por isso, os indivíduos apenas podem participar desse processo na qualidade de sujeitos de direito, portadores de direitos subjetivos. Nesse sentido:

---

<sup>189</sup> HABERMAS, 2001, p. 148.

<sup>190</sup> Como sintetiza Habermas, “a substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica.” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 139)

<sup>191</sup> Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, o Estado de Direito garante a própria integridade da soberania popular. SOUZA NETO, 2006, p. 48.

<sup>192</sup> HABERMAS, 2002, p. 292.

<sup>193</sup> HABERMAS, 2003, p. 167-168.

No processo legislativo os cidadãos só podem tomar parte na condição de *sujeitos do direito*; não podem mais decidir, para tanto, sobre a linguagem de que se devem servir. A idéia democrática da autolegislação não tem opção senão validar-se a si mesma no *médium* do direito.

Contudo, quando se trata de decidir se cabe ou não institucionalizar sob a forma de direitos políticos do cidadão os pressupostos da comunicação com base nos quais os cidadãos julgam se é legítimo o direito que eles mesmos firmam à luz do princípio do discurso, aí então o código jurídico precisa estar como tal à disposição. Para a instituição desse código, entretanto, é necessário criar o status das pessoas do direito que pertençam, enquanto portadores de direitos subjetivos, a uma associação voluntária de jurisconsortes e que efetivamente façam valer por meios judiciais suas respectivas reivindicações jurídicas.<sup>194</sup>

Ora, como os cidadãos podem influenciar ativamente os processos decisórios estatais, problematizando os temas que lhes são importantes, se não forem suficientemente autônomos nas suas vidas privadas? Para participarem da comunicação que propiciará a formação racional da vontade popular, os indivíduos devem poder se posicionar como sujeitos de direito independentes, capazes de argumentar em favor das regulamentações que entendem corretas.

Direitos políticos que permitem a participação no processo democrático apenas podem ser exercidos, portanto, se os cidadãos forem titulares daqueles direitos subjetivos de liberdade que lhes garantem atuação independente enquanto sujeitos de direito. A conformação desses direitos subjetivos, por sua vez, resulta justamente do modo com o qual os direitos políticos são usufruídos. Ou seja, o exercício da autonomia pública somente é possível se a autonomia privada estiver igualmente garantida a todos os cidadãos, enquanto que a autonomia privada apenas estará preservada se os cidadãos fizerem uso adequado da autonomia pública. A autonomia pública, dessa forma, depende da autonomia privada e, ao mesmo tempo, atribui conteúdo concreto a esta.

A equiprimordialidade existente entre autonomia pública e privada encontra-se precisamente nesse movimento circular, que evidencia que uma autonomia simplesmente não existe sem a outra:

Não existe direito sem a autonomia privada das pessoas jurídicas individuais de um modo geral. Portanto, sem os direitos clássicos à liberdade, particularmente sem o direito fundamental às liberdades de ação subjetivas iguais, também não haveria um meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar na práxis de autodeterminação.

---

<sup>194</sup> HABERMAS, 2002, p. 293.

**Desse modo, as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexu interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado da sua autonomia política. Por isso os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis.** A imagem do núcleo e da casca é enganadora – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade que devesse reivindicar precedência com relação aos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental é essencial a mesma origem dos direitos à liberdade e civis.<sup>195</sup> (negritos aditados)

Assim como os direitos humanos e a soberania popular, a autonomia pública e a autonomia privada pressupõem-se mutuamente, razão por que devem ser asseguradas de modo equânime pelos ordenamentos constitucionais. Para tanto, as constituições precisam contemplar um sistema de direitos fundamentais “*que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo*”.<sup>196</sup> Tais direitos fundamentais, na perspectiva desenvolvida por Habermas, são os seguintes:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma dos *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros de direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.<sup>197</sup> (grifos do original)

Esses direitos visam, em princípio, a assegurar a autonomia privada de todos os integrantes de uma comunidade jurídica e, por isso, são elementares para a própria conformação do ordenamento jurídico. Sem os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação, sem os direitos que regulam o pertencimento dos indivíduos a uma determinada comunidade jurídica e, por último, sem os direitos que viabilizam àqueles que se sentem prejudicados a reivindicação judicial das suas pretensões, é impossível falar em autonomia privada e, por conseguinte, em direito legítimo.

<sup>195</sup> HABERMAS, 2001, p. 149.

<sup>196</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 158-159.

<sup>197</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 159.

Para que essas três categorias de direitos superem o nível abstrato e adquiram um conteúdo concreto nos ordenamentos constitucionais, os cidadãos “*têm que se autotransformar, pelo caminho da introdução de direitos fundamentais políticos, em legisladores políticos*”.<sup>198</sup> Os sujeitos de direito, então, somente serão os autores da sua ordem jurídica se houver:

(4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercem sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.<sup>199</sup> (grifos aditados)

Finalmente, para que seja viável a fruição livre e igualitária das autonomias pública e privada por todos os cidadãos, deve haver uma quinta categoria de direitos, que Habermas caracteriza do seguinte modo:

(5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).<sup>200</sup>

Com essas cinco categorias de direitos fundamentais, as ordens jurídicas modernas podem garantir de forma equânime tanto a autonomia privada quanto a autonomia pública, sendo que uma dimensão da autonomia pressupõe a outra e ambas legitimam o direito positivo.

E, se as autonomias pública e privada devem possuir o mesmo peso nas democracias constitucionais contemporâneas, é inaceitável, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, que os interesses configurados a partir do exercício legítimo da autonomia pública

---

<sup>198</sup> HABERMAS, 2003, p. 169.

<sup>199</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 159. Efetivamente, os direitos que asseguram a autonomia privada precisam ser interpretados e configurados por um legislador político para que assumam a figura concreta dos direitos clássicos de liberdade. Segundo Habermas, “os direitos liberais clássicos à dignidade do homem, à liberdade, à vida e integridade física da pessoa, à liberalidade, à escolha da profissão, à propriedade, à inviolabilidade da residência, etc. constituem interpretações e configurações do direito geral à liberdade no sentido de um direito a iguais liberdades subjetivas. De modo semelhante, a proibição da extradição, o direito de asilo e, em geral, o *status* material de deveres, o *status* de prestações, a cidadania, etc. significam uma concretização do *status* geral de um membro numa associação livre de parceiros do direito. E as garantias do encaminhamento do direito são interpretadas através de garantias processuais fundamentais e de princípios do direito (como é o caso da proibição do efeito retroativo, a proibição do castigo repetido do mesmo delito, a proibição dos tribunais de exceção, bem como a garantia de independência pessoal do juiz, etc.)” (HABERMAS, 1997, vol. I, p. 162)

<sup>200</sup> HABERMAS, 1997, vol. I, p. 160.

sejam hierarquicamente superiores àqueles interesses resultantes do exercício, igualmente legítimo, da autonomia privada.

Como será visto no último capítulo do presente trabalho, uma vez demonstrado que autonomia pública e privada são equiprimordiais, não há fundamento teórico que justifique a sobrevivência, no direito administrativo brasileiro, do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

### III – DIREITO ADMINISTRATIVO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

#### 3.1 – A Administração Pública na transição paradigmática

Como visto no capítulo anterior, a legitimidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos depende do reconhecimento da complementaridade existente entre constituição e democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular, entre autonomia privada e autonomia pública. Essas relações complementares, que foram encobertas pelos dois primeiros paradigmas do constitucionalismo moderno – Estado Liberal e Estado Social – encontra-se no núcleo do paradigma do Estado Democrático de Direito.<sup>201</sup> De fato, direitos fundamentais e democracia consubstanciam, juntos, verdadeiros elementos estruturantes das democracias constitucionais contemporâneas.<sup>202</sup>

No âmbito do direito administrativo, a consolidação do novo paradigma impõe a releitura de inúmeros institutos e categorias, especialmente porque, como bem observa Marçal Justen Filho, “*o instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás*”.<sup>203</sup> No Estado Democrático de Direito, toda a atividade administrativa deve ser balizada, na mesma medida, tanto pelo sistema de direitos fundamentais quanto pelo princípio democrático.

É possível dizer, então, que o direito administrativo passa, atualmente, por um gradual processo de transformação, que se desdobra em dois movimentos paralelos: a constitucionalização e a democratização da Administração Pública.<sup>204</sup> E, como será visto no capítulo seguinte, é justamente da convergência dessas duas tendências que se pode inferir a absoluta incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a ordem constitucional brasileira.

---

<sup>201</sup> HABERMAS, 2002, p. 294.

<sup>202</sup> BINENBOJM, 2008, p. 61.

<sup>203</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 13. Diogo de Figueiredo Moreira Neto segue a mesma linha de pensamento ao afirmar que “a Administração Pública acabou por tornar-se o ramo mais conservador do Estado, sempre o mais impérvio a modificações, o que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal experimentada neste século, e porque veio a ser justamente aquele em que as conquistas liberais foram mais demorada e penosamente absorvidas.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 11)

<sup>204</sup> Alguns autores, como Gustavo Binbenojm, consideram que o direito administrativo passa por um momento de constitucionalização e inserem dentro desse contexto a chamada democratização da atividade administrativa. No presente trabalho, optou-se por separar essas tendências, que, não obstante serem intimamente ligadas, possuem suas particularidades. De fato, a influência produzida no direito administrativo pela normatividade constitucional é distinta daquela gerada pela percepção de que a atividade administrativa apenas se revela democrática se aos administrados for realmente possível influenciar a formação da vontade estatal.

### 3.2 – A constitucionalização da atividade administrativa

A constitucionalização do direito administrativo decorre do reconhecimento definitivo da força normativa dos dispositivos constitucionais, ocorrido principalmente na segunda metade do século XX.<sup>205</sup> Enquanto a explicação do direito foi sustentada no substrato jusfilosófico do positivismo jurídico, prevaleceu a crença na completude dos códigos e na capacidade do sistema normativo de prever e regulamentar todas as dimensões da vida em sociedade com base em um mínimo de leis gerais e abstratas aprovadas pelos parlamentos. Nesse período tipicamente legicêntrico, o direito foi reduzido a um sistema fechado de regras escalonadas, em cujo centro figurava o Código Civil. As constituições, por sua vez, sequer eram vistas como verdadeiras normas jurídicas; não passavam de meras recomendações ao legislador político. Suas abstratas determinações eram incapazes de obrigar, vincular ou gerar direitos subjetivos para os cidadãos.<sup>206</sup>

Com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, o incremento das atribuições a cargo do Estado gerou um aumento significativo da quantidade de normas jurídicas editadas, muitas delas sequer aprovadas pelo Poder Legislativo. Há, então, uma progressiva banalização da lei formal, cada vez menos associada à vontade geral do povo. Ademais, o aumento da complexidade das relações sociais expõe a fragilidade do sistema hierarquizado de regras em que o positivismo jurídico se sustentava. Normas que regulavam as suas próprias condições de aplicação a partir da estrutura “se é A, deve ser B” revelaram-se incapazes de lidar com relações sociais cada vez mais plurais e diferenciadas. Como consequência, há uma progressiva desvalorização da lei formal e os códigos vão perdendo a centralidade até então desfrutada nas ordens jurídicas.<sup>207</sup> A ocorrência reiterada de situações e conflitos não previstos de antemão pelo legislador passa a reclamar o reconhecimento do caráter normativo, vinculante, dos abstratos princípios constitucionais, justamente para que essa abstração desse conta das mais diversas situações de aplicação.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> Sobre o tema, cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

<sup>206</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. (coords.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116.

<sup>207</sup> BINENBOJM, 2008, p. 62.

<sup>208</sup> cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 38-40. Para uma melhor compreensão da fragilidade do sistema de regras e da importância dos princípios para lidar com os casos difíceis, típicos de uma sociedade cada vez mais complexa, ver DWORKIN, 2007, p. 23-125.

A decadência do positivismo jurídico deve-se, ainda, às traumáticas experiências nazifascistas, cuja promoção da barbárie com fundamento na legalidade deu ensejo a inúmeros questionamentos dirigidos à validade da dissociação entre o direito e a moral. Nas palavras de Daniel Sarmento:

Ademais, eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozidades barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o Positivismo Jurídico.<sup>209</sup>

Se o positivismo jurídico ainda demonstrou força explicativa durante o paradigma do Estado Social, especialmente devido à influência da Teoria Pura de Hans Kelsen, a conjugação dos fatores acima mencionados e o conseqüente desenvolvimento do constitucionalismo na segunda metade do século XX dão ensejo à superação de ambos, tanto do positivismo quanto do paradigma social.

No contexto pós-positivista em que se insere o paradigma do Estado Democrático de Direito, há a definitiva inserção da Constituição e dos seus abstratos princípios no centro do ordenamento jurídico, de onde irradiam sua força normativa, dotada de supremacia formal e material, capaz de moldar os demais ramos do direito.<sup>210</sup> No âmbito do direito administrativo brasileiro, é possível dizer que a constitucionalização do direito age principalmente sob dois aspectos: de um lado, impõe a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade administrativa; de outro, dá nova conformação à noção de discricionariedade administrativa.<sup>211</sup>

O princípio da legalidade é visto pela doutrina clássica como basilar para a configuração do regime jurídico-administrativo. De acordo com esse princípio, há a

---

<sup>209</sup> SARMENTO, 2007, p. 119.

<sup>210</sup> BARROSO, p. 363. Sobre o triunfo do constitucionalismo no século XX, Bruce Ackerman observa com propriedade que atualmente “a fé iluminista em constituições escritas está varrendo o mundo”. (ACKERMAN, Bruce. A Ascensão do Constitucionalismo Mundial. Trad. Diego Werneck Argueles. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. (coords.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90)

<sup>211</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, essas são, ao lado da redefinição da idéia de supremacia do interesse público, as principais transformações que a constitucionalização do direito impõe ao direito administrativo. Cf. BARROSO, 2009, p. 372-376. No presente trabalho, a superação do princípio da supremacia do interesse público será abordada de modo separado, apenas no último capítulo, pois parte-se do pressuposto de que a inconstitucionalidade desse princípio resulta da influência tanto do sistema de direitos fundamentais quanto do princípio democrático.

vinculação positiva da Administração Pública à lei, de sorte que ao gestor público cabe tão somente aplicar mecanicamente as ordens advindas do legislador.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os administradores nada podem fazer senão o que as leis determinam. Devem apenas “*obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática*”, enquanto “*dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois é esta a posição que lhes compete no Direito Brasileiro*”.<sup>212</sup> Hely Lopes Meirelles, por sua vez, ressalta que “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’ para o administrador significa ‘deve fazer assim’*”.<sup>213</sup>

Como é possível notar, trata-se de uma concepção que vincula a atividade administrativa apenas à legislação ordinária, desconsiderando por completo a força normativa da Constituição. Todavia, em um ordenamento no qual as determinações constitucionais gozam de supremacia formal e material, não se pode admitir que a atividade administrativa seja dissociada dessas determinações.<sup>214</sup>

Com efeito, para que o direito administrativo se compatibilize com o cenário atual, é preciso superar a ideia de que a lei é imprescindível para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. As normas constitucionais devem ser vistas como critérios imediatos de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.<sup>215</sup> Como ressalta Luís Roberto Barroso, “*o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário*”.<sup>216</sup>

Ademais, deve-se ter em mente que há tempos a relação entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo já não segue aquela tradicional concepção de separação entre os poderes, que dava suporte à noção de legalidade administrativa enquanto vinculação positiva à lei. Desde a consolidação do Estado Social, houve uma significativa ampliação das atribuições normativas da Administração Pública, que não mais figura, no arranjo institucional jurídico-político,

---

<sup>212</sup> MELLO, C. 2010, p. 101.

<sup>213</sup> MEIRELLES, 2000, p. 82. No mesmo sentido Di Pietro afirma que “a Administração só pode fazer o que a lei permite”. (PIETRO, 2004, p. 61)

<sup>214</sup> Ainda é razoavelmente comum para quem lida com a Administração Pública no dia a dia deparar-se com uma situação na qual os administradores praticam atos manifestamente inconstitucionais e, mesmo assim, sustentam a validade do ato invocando a legislação infraconstitucional e o princípio da legalidade.

<sup>215</sup> BINENBOJM, 2008, p. 36-37.

<sup>216</sup> BARROSO, 2009, p. 375.

como mera instância executora de normas heterônomas. Na verdade, a Administração atualmente é, em grande medida, uma importante fonte de normas autônomas.<sup>217</sup>

No Brasil, a insuficiência da lei formal para modular a atividade administrativa é facilmente percebida. Afinal, para cada lei aprovada pelo Poder Legislativo, são editados inúmeros decretos, orientações, resoluções, portarias, pareceres, que visam a especificar o sentido das normas gerais e abstratas e, assim, viabilizar a atuação do gestor público. A vasta produção normativa da Administração Pública, que supera numericamente e em efeitos práticos a produção parlamentar, leva alguns autores, inclusive, à conclusão de que atualmente se vive em um Estado administrativo.<sup>218</sup>

A ideia de que administrar é fazer somente o que determina a lei formal não mais convence. Se o sentido da lei deve ser obtido à luz do texto constitucional e a sua aplicação concreta depende de atos regulamentares editados pela própria Administração, não há como sustentar que todo o regime jurídico-administrativo gravita em torno da lei. O princípio da legalidade deve, portanto, ceder lugar ao princípio da juridicidade administrativa.<sup>219</sup> O administrador público não se encontra mais vinculado apenas à lei, mas sim ao direito, ao ordenamento jurídico como um todo.<sup>220</sup>

Nesse contexto, o sistema de princípios e regras constitucionais ocupa posição central, enquanto elemento que dá coerência ao complexo conjunto normativo ao qual a Administração Pública está subordinada. Nas palavras de Gustavo Binbenbich:

A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).  
(...)

---

<sup>217</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo* (I). Madrid: Civitas, 1999, p. 428.

<sup>218</sup> MASHAW, Jerry L. *Greed, Chaos & Governance: Using Public Choice to improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 106. O autor extrai essa conclusão do contexto norte-americano, mas a mesma descrição da produção normativa da Administração Pública serve perfeitamente ao contexto brasileiro.

<sup>219</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1999, p. 429.

<sup>220</sup> DUARTE, 1996, p. 340.

A idéia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.<sup>221</sup> (grifos aditados)

A vinculação direta da atividade da Administração Pública às disposições constitucionais exige, ainda, sejam repensadas a noção de discricionariedade e a extensão do controle judicial incidente sobre o mérito dos atos administrativos. No direito brasileiro, a discricionariedade foi tradicionalmente encarada como liberdade de escolha dada ao administrador pela própria lei, segundo critérios de conveniência e oportunidade não controláveis pelos tribunais. De acordo com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos discricionários contrapõem-se aos vinculados da seguinte maneira:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.<sup>222</sup> (grifos do original)

A dicotomia vinculação/discricionariedade, nos termos definidos por Celso Antônio, faz sentido apenas quando se pensa o Direito Administrativo e o princípio da legalidade sob a ótica do positivismo jurídico. Todavia, sabe-se atualmente que o ofício administrativo não pode ser resumido, de forma alguma, à aplicação mecanicista da lei.<sup>223</sup> Quando se fala da atividade de interpretação jurídica, inexistente “objetividade absoluta”. Afinal, consoante explica o professor Marcelo Cattoni, por mais “clara” que determinada norma possa aparentar, será sempre o intérprete que atribuirá sentido ao texto normativo:

---

<sup>221</sup> BINENBOJM, 2008, p. 142-143.

<sup>222</sup> MELLO, C., 2010, p. 430.

<sup>223</sup> BINENBOJM, 2008, p. 34. Como bem observa Menelick de Carvalho Netto, no paradigma do Estado Democrático de Direito “requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e de equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucional que a história nos incumbe hoje de produzir.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 44)

(...), a atividade de interpretação jurídica não se dá porque a linguagem através da qual a norma se expressa é ambígua ou obscura ou porque aquele que editou a norma assim o quis. Toda comunicação implica interpretação, não no sentido de que seja preciso desvendar um pretensão verdadeiro significado, ou seja, aquele significado que o emissor quis ou tentou expressar, mas no sentido de que interpretar implica atribuir sentido, atribuir significados, compreender o que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundos da vida plurais.<sup>224</sup>

Atos vinculados, portanto, nunca serão atos em que não há apreciação subjetiva alguma por parte do agente público. Ainda que a distinção entre vinculação e discricionariedade não decorra propriamente do caráter aberto da interpretação, mas sim da conformação jurídica dos limites e possibilidades do agir administrativo<sup>225</sup>, o fato é que esse agir será sempre fruto da interpretação sistemática de diversos textos normativos, cuja tessitura aberta, vale repetir, inviabiliza falar-se em objetividade absoluta.

Ao mesmo tempo, atos discricionários também não podem ser atos em que a apreciação subjetiva do intérprete mostra-se imune de qualquer controle por parte do Poder Judiciário. Em um contexto de constitucionalização do direito administrativo, deve ser afastada a ideia de que, em determinadas matérias, o administrador público detém liberdade de escolha para além do direito. Se as decisões dos gestores públicos não estiverem em conformidade com todo o conjunto normativo pertinente, que tem nos princípios constitucionais o seu fundamento último de validade, será sempre possível a discussão judicial da conduta administrativa, inclusive no que tange aos critérios de conveniência e oportunidade que integram o mérito desta.

A distinção estanque entre atos vinculados e atos discricionários não faz jus à complexidade da atividade hermenêutica que se processa em um contexto de juridicidade administrativa. A rigor, toda hermenêutica jurídica é, em certa medida, hermenêutica constitucional. Uma vez que os princípios constitucionais, além de vincularem diretamente a Administração Pública, também condicionam a leitura das demais normas do ordenamento, a decisão a ser tomada deve ser aquela que melhor se compatibiliza com os princípios aplicáveis ao caso concreto, o que, aliás, impede seja a discricionariedade traduzida em arbitrariedade pura e simples.<sup>226</sup>

---

<sup>224</sup> OLIVEIRA, 2004, p. 147. Sobre o papel do intérprete no processo hermenêutico, cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>225</sup> Vale sempre ressaltar, como o faz Marçal Justen Filho, que discricionariedade não se confunde com interpretação. Cf. JUSTEN FILHO, 2005, p. 154-155.

<sup>226</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1999, p. 82.

Para adequar o direito administrativo a esse cenário de crescente complexidade, a distinção dicotômica entre atos vinculados e discricionários deve ser substituída por uma concepção nova, baseada em diferentes graus de vinculação ao ordenamento:

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.<sup>227</sup> (grifos do original)

Todas as decisões administrativas são, em maior ou menor grau, decisões vinculadas, subordinadas ao ordenamento jurídico como um todo. Ou melhor, todos os atos administrativos são, simultaneamente, vinculados e discricionários.<sup>228</sup> A extensão do controle judicial incidente sobre a atividade administrativa, por conseguinte, dependerá justamente do grau de vinculação existente, isto é, do grau de liberdade de conformação que a ordem jurídica reserva ao administrador público caso a caso. Cabe ao Poder Judiciário, então, analisar todos os aspectos da conduta administrativa para, ciente de que não lhe cabe substituir o gestor público na tomada de decisões de natureza administrativa, averiguar se, naquela hipótese específica, há alguma ilicitude que justifica a intervenção judicial. Em síntese:

(...) ao invés de uma predefinição *estática* a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma *dinâmica* distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leva em conta não apenas a *programação normativa* do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a “específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica, etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas”.<sup>229</sup> (grifos do original)

---

<sup>227</sup> BINENBOJM, 2008, p. 39.

<sup>228</sup> DUARTE, 1996, p. 343.

<sup>229</sup> BINENBOJM, 2008, p. 226-227.

A insuficiência da concepção tradicional, como é possível notar, não decorre da atribuição de mais ou menos poder discricionário às autoridades administrativas. Evidentemente, uma margem de liberdade decisória é essencial para a própria adequação da atividade executiva às diferentes hipóteses em que esta se faz necessária. O problema é que a tradicional distinção entre atos vinculados e discricionários – estática, rígida, dicotômica – não explica satisfatoriamente o modelo decisório da Administração Pública no paradigma do Estado Democrático de Direito. Daí porque, em um contexto de constitucionalização do direito, deve-se reconhecer que não existem apenas dois, mas sim diversos graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

### **3.3 – A democratização da atividade administrativa**

O advento do paradigma do Estado Democrático de Direito, paralelamente ao reconhecimento da importância da principiologia constitucional, e de certa forma como reflexo desta, reclama também sejam democratizadas as práticas da Administração Pública.<sup>230</sup>

Consoante ressaltado na introdução do presente trabalho, a crise do Estado Social foi decorrente, entre outros fatores, do déficit de legitimidade democrática que caracterizou esse paradigma. A supervalorização da esfera pública, inteiramente associada ao Estado, manteve a sociedade civil alheia às deliberações coletivamente vinculantes, limitando o exercício da soberania popular à eleição de representantes nos períodos eleitorais. A relação hierarquizada mantida pelo Estado com a sociedade produziu indivíduos carentes de prestações estatais e, por isso mesmo, dispensáveis para as discussões públicas.

Ocorre que, no momento em que o aparato estatal exclui os indivíduos da definição e da elaboração dos programas de ação vistos como essenciais para a materialização de direitos, a grande promessa do Estado Social – gerar cidadania para viabilizar democracia efetiva – converte-se justamente no seu oposto. Quando a materialização de direitos é efetivada de cima para baixo, por meio de um aparato burocrático-administrativo fechado, produz-se dependência e paternalismo, nunca cidadania e democracia. Nas precisas colocações de Menelick de Carvalho Netto:

---

<sup>230</sup> BAPTISTA, 2003, p. 29.

Paradoxalmente, embora a nova concepção de liberdade e igualdade ou, em termos práticos, de cidadania constitucional, passe assim a exigir o direito de acesso à saúde, à educação, à cultura, ao trabalho, à previdência ou mesmo à seguridade social, aos direitos sociais e coletivos enfim, aporta, como consequência perversa, a suposição subjacente de que, precisamente em razão da absoluta carência da população em geral de todos esses direitos materializantes da cidadania, a própria cidadania só pode ser tratada como massa, como conjunto dos destinatários, dos objetos, dos programas sociais, jamais como seus sujeitos, ou seja, são programas cuja autoria seria garantida como exclusivamente estatal.

Desse modo é que a grande promessa do Estado Social, em todos os níveis – e aqui emprego a expressão em termos muito latos, o próprio Estado socialista ou até o nazista, enfim, nele se enquadram – é o acesso pleno à cidadania de uma forma ou de outra, é viabilizar uma democracia efetiva, e muitas vezes, para isso, vai materializar o conceito de democracia naqueles terríveis da ditadura de um Hitler ou de um Stalin, apenas os dois lados da mesma moeda da barbárie totalitária. Mas, o grande problema desse tipo de paradigma constitucional é que ele propõe cidadania e, ele próprio, gera tudo menos cidadania.<sup>231</sup>

Na seara administrativa, o déficit de legitimidade democrática do poder público transparece no fato de que o aprofundamento das ingerências administrativas na sociedade não foi acompanhado pela ampliação da influência dos sujeitos efetivamente afetados pelas medidas estatais. Pelo contrário, na medida em que cresciam as atribuições estatais, diminuía a vinculação do administrador às normas gerais e abstratas aprovadas pelos representantes do povo. Para lidar com as inúmeras atribuições que são reservadas ao Estado no paradigma social, cresce de forma exponencial o poder normativo da Administração Pública, que se torna, cada vez mais, uma importante fonte de normas autônomas.

Diversas áreas da atividade administrativa, assim, escapam ao domínio do direito formal e o princípio da legalidade revela-se insuficiente para legitimar essa atividade:

Com efeito, no Estado liberal a legitimidade da Administração Pública repousava na legitimidade da própria lei, a cuja execução deveria se ater. Desde o surgimento do Estado-providência, todavia, a sobrecarga da Administração com atribuições normativas potencialmente autônomas e com tarefas de programação, ambas de início não previstas no modelo clássico da separação dos poderes, impõe o questionamento acerca da legitimidade dessas novas funções. A partir do momento em que a legalidade sozinha já não é mais capaz de assegurar a plena legitimidade da Administração, sobretudo porque há áreas da atividade administrativa que escapam ao domínio da lei formal, evidencia-se a necessidade de encontrar novas formas de legitimar a sua atuação.<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 18.

<sup>232</sup> BAPTISTA, 2003, p. 112.

De fato, quando a Administração assume tarefas do legislador político e passa a desenvolver programas próprios, é ela mesma que decide questões de fundamentação e aplicação normativa.<sup>233</sup> Em outros termos, no paradigma do Estado Social, a Administração Pública não só cresceu no tamanho e na importância como também passou a regulamentar a própria atividade. E, na medida em que a crescente ingerência estatal na vida dos indivíduos não mais decorre exclusivamente de autorizações previstas em lei – classicamente vista como expressão da vontade geral – mas sim de uma Administração que se autoprograma, são necessários novos meios de legitimação do agir administrativo.<sup>234</sup>

A consolidação do Estado Democrático de Direito impõe seja democratizada a Administração Pública por meio da sua abertura à influência dos administrados, ou melhor, pela substituição do enfoque do *príncipe* pela ótica dos administrados.<sup>235</sup> O Estado deve deixar de ser tutor para se tornar instrumento e o indivíduo deve deixar de ser súdito para se tornar cidadão.<sup>236</sup> A legitimidade da atuação estatal nesse novo paradigma depende de procedimentos que garantam a efetiva inclusão dos cidadãos nas deliberações públicas que irão afetá-los. De suma importância, então, o incremento da participação do administrado, bem como a processualização da atividade administrativa.

A relevância da participação do administrado no processo de democratização da Administração Pública fica evidente quando se constata que o autogoverno coletivo não pode ficar limitado apenas à representação política. A insuficiência da legalidade formal para regulamentar todas as áreas do domínio administrativo demonstra que a democracia deve ser exercida para muito além dos períodos eleitorais. No paradigma do Estado Democrático de Direito, cabe à sociedade “*não apenas a escolha de quem vai governar mas também a de como deve governar.*”<sup>237</sup> Consoante leciona Habermas, em um cenário de crescente complexidade e pluralidade, a democracia deve ser interpretada sob a perspectiva deliberativa, como um projeto discursivo no qual os cidadãos, enquanto potenciais participantes dos

---

<sup>233</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 180.

<sup>234</sup> Salienta-se, na linha de pensamento de Patrícia Baptista, que também não se pode reconduzir a legitimidade da Administração à eleição do chefe do Poder Executivo. Afinal, “uma enorme parcela da atividade administrativa pública passa inteiramente ao largo daquele mandatário ou mesmo de seus delegatários mais diretos.” (BAPTISTA, 2003, p. 125) Sobre esse tema, vale conferir também MASHAW, 1997, p. 106 e ss.

<sup>235</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 20. Afinal, os administradores públicos não são “os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivessem outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas para terem cumprido seu dever funcional.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 34)

<sup>236</sup> MOREIRA NETO, 2007, p. 447.

<sup>237</sup> MOREIRA NETO, 2007, p. 448.

debates públicos conformadores da vontade estatal, obedecem a leis que eles mesmos criaram.<sup>238</sup>

Na perspectiva democrático-deliberativa, o debate público possui grande potencial legitimador e racionalizador.<sup>239</sup> É a existência de um contexto dialógico adequado, no qual a circulação de informações, argumentos e questionamentos em geral seja a mais ampla possível, que viabiliza sejam tomadas decisões racionais e dignas de serem aceitas pelos participantes da prática comunicativa.<sup>240</sup>

A participação do cidadão é essencial para que ele possa influenciar discursivamente todos os momentos de elaboração e aplicação normativa, inclusive aqueles que ocorrem no âmbito da Administração Pública. A execução do direito, em qualquer esfera, apenas pode ser considerada legítima e democrática se os afetados pela decisão final efetivamente participarem da construção desta. Nas palavras de Habermas:

Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. No entanto, é necessário perguntar se tal “democratização” da administração – que ultrapassa o simples dever de informar e que complementou o controle parlamentar e judicial da administração a partir de dentro – implica apenas a participação decisória de envolvidos, a ativação do *ombudsmen*, de processos análogos ao tribunal, de interrogatórios, etc., ou se implica, além disso, outros tipos de arranjo num domínio tão suscetível a estorvos e onde a eficiência conta tanto. Tudo isso é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional, como a experimentação cuidadosa. No entanto, práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição.<sup>241</sup> (grifos do original)

---

<sup>238</sup> Cf. HABERMAS, 1997, vol. II, p. 9 e ss.

<sup>239</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 86-87.

<sup>240</sup> É o que destaca Vasco Pereira da Silva: “Assim, a intervenção (no procedimento) de um círculo de pessoas a determinar (...), que venham a ser lesadas de uma forma específica pelas decisões administrativas, tem como resultado conferir a essas mesmas escolhas administrativas uma força própria, um fundamento específico de validade, que se pode designar legitimação pelo procedimento. (...) Isso porque a participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses de que são portadores, não só se traduz numa melhoria de qualidade das decisões administrativas, possibilitando à Administração uma mais correcta configuração dos problemas e das diferentes perspectivas possíveis da sua resolução, como também torna as decisões administrativas mais facilmente aceites pelos seus destinatários. Pelo que a participação no procedimento constitui um importante factor de legitimação e de democraticidade de actuação da Administração Pública.” (SILVA, 2003, p. 402)

<sup>241</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 184-185.

O professor Dennis Galligan corretamente observa a importância da participação dos administrados não apenas para legitimar, como também para aperfeiçoar e racionalizar o funcionamento da máquina administrativa. No que tange ao incremento da legitimidade, o autor destaca que a virtude da participação deriva da própria concepção contemporânea de cidadania, mencionada acima, segundo a qual as pessoas devem ser responsáveis pela conformação das suas comunidades em todos aspectos. Indispensável, assim, que aos administrados seja garantido o direito de influenciar a tomada de decisões que irão afetar diretamente seus interesses.<sup>242</sup>

De outra sorte, não se pode perder de vista que a participação dos interessados também aperfeiçoa o próprio processo decisório administrativo. Afinal, a ingerência dos administrados é um meio eficaz de agregar às discussões novas informações e perspectivas, o que inegavelmente contribui para resultados melhores e mais justos.<sup>243</sup>

Como se vê, a participação administrativa encontra-se intimamente associada a um modelo que, destinado a conformar a Administração Pública neste início de século, exige desta práticas mais legítimas e democráticas.<sup>244</sup> E, nesse cenário de transformações, a processualização da atividade administrativa revela-se essencial para viabilizar a aproximação entre o cidadão e o Estado, enfim, para viabilizar a própria participação dos administrados na formação dos atos decisórios.<sup>245</sup>

O direito administrativo foi tradicionalmente concebido em torno da figura do ato administrativo, manifestação unilateral e autoritária de um Estado que se colocava acima dos seus súditos. Em uma realidade na qual os mecanismos de controle da atividade administrativa eram bastante limitados, natural que apenas ao momento decisório final fosse dada alguma atenção. Todavia, com a crescente demanda por um efetivo diálogo entre Administração e administrado, a análise isolada do ato administrativo mostra-se insuficiente. O processo administrativo desponta, então, como sucessor do ato administrativo, na medida em que consubstancia o melhor meio para expressar uma vontade que precisa se legitimar perante os administrados.<sup>246</sup>

---

<sup>242</sup> GALLIGAN, Denis. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 129.

<sup>243</sup> GALLIGAN, 1996, p. 131.

<sup>244</sup> BAPTISTA, 2003, p. 132.

<sup>245</sup> Sobre a processualização da atividade administrativa, cf. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>246</sup> Sobre a relevância do processo administrativo como alternativa à crise do ato administrativo, vale conferir SILVA, 2003, p. 301 e ss.

Na medida em que é dada ao particular a possibilidade de apresentar novos fatos e informações, e também de defender seus interesses, ele não só colabora para a tomada de decisões melhores como também figura como participante ativo da realização da função administrativa.<sup>247</sup> De fato, a formação processual da vontade administrativa institucionaliza a participação dos administrados e permite, com isso, que os mais diversos interesses e perspectivas sejam levados em consideração na gestão pública.<sup>248</sup> Trata-se, pois, de um importante instrumento de democratização da Administração Pública, que garante, ademais, imparcialidade como parâmetro decisório.<sup>249</sup> A importância da processualização administrativa é sintetizada com propriedade na seguinte passagem de autoria de Gustavo Binenbojm:

Um dos traços mais marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de *processualização* da atividade administrativa. Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos *formativos da vontade administrativa*, e não apenas do ato administrativo final. Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e à ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau elevado de *consensualidade e legitimação* das decisões da Administração Pública.<sup>250</sup> (destaques do original)

Merece relevo, nessa linha, o papel de destaque que os direitos fundamentais de natureza processual devem ter no âmbito do direito administrativo. Considerando as incontáveis hipóteses em que a atuação do poder público interfere na esfera privada dos indivíduos, é imprescindível que a atividade executiva seja cada vez mais modulada pelos princípios constitucionais da igualdade das partes, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da motivação, todos primordiais para a devida valorização do processo administrativo.<sup>251</sup>

No Brasil, a submissão da formação da vontade administrativa às garantias processuais dos cidadãos deu-se, inicialmente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, e, efetivamente, com a publicação da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.<sup>252</sup> A preocupação

---

<sup>247</sup> SILVA, 2003, p. 306.

<sup>248</sup> BAPTISTA, 2003, p. 238.

<sup>249</sup> Cf. DUARTE, 1996.

<sup>250</sup> BINENBOJM, 2008, p. 77.

<sup>251</sup> Cf. FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>252</sup> BAPTISTA, 2003, p. 254 e ss.

desse diploma legal com a democratização da Administração Pública transparece já no art. 1º, em cujo texto constam os objetivos das regras referentes ao processo administrativo: a proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração. Chama a atenção também o art. 2º, que submete a Administração aos princípios da motivação, ampla defesa, contraditório, entre outros, e garante expressamente aos administrados os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos.<sup>253</sup>

O caráter mais inovador da Lei nº 9.784/99, contudo, não está no compromisso assumido com a adequada regulamentação do processo administrativo – que, afinal, decorre diretamente dos princípios constitucionais – mas sim na substancial abertura da Administração Pública à participação dos administrados.

---

<sup>253</sup> Por oportuno, vale transcrever os seguintes dispositivos da Lei nº 9.784/99:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. (...)”

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

(...)

Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.” (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1 de fevereiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm). Acesso em 4 de abril de 2011)

Ao apresentar um generoso rol de legitimados para figurar nos processos administrativos, admitindo a participação tanto de pessoas físicas e jurídicas com direitos ou interesses em discussão quanto de organizações e associações representativas no tocante a direitos e interesses coletivos ou difusos, a Lei nº 9.784/99 possibilita um amplo diálogo entre a sociedade civil e as autoridades estatais na formação da vontade administrativa. Viabiliza, desse modo, que o potencial legitimador e racionalizador do debate público realmente se faça presente no direito administrativo brasileiro.

Enfim, uma vez expostas as mudanças por que vem passando o direito administrativo nos últimos anos, é possível retomar, no capítulo seguinte, a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que, como será demonstrado, não encontra amparo no cenário de transição paradigmática para o paradigma do Estado Democrático de Direito.

## **IV – A INCOMPATIBILIDADE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

### **4.1 – Por uma concepção procedimental de interesse público**

No capítulo anterior, foram traçadas, em linhas gerais, algumas das principais transformações por que vem passando o direito administrativo a partir da influência dos movimentos de constitucionalização e de democratização da Administração Pública. Mas, quando essas tendências são analisadas de forma interligada, ou seja, quando se conjuga, no âmbito do direito administrativo, a influência produzida pelo sistema de direitos constitucionais com aquela produzida pelo princípio democrático, tem-se também a superação definitiva de um dos mais importantes dogmas do direito administrativo brasileiro: aquele que afirma, de modo apriorístico, a superioridade do interesse coletivo sobre o individual.

Retomando as discussões abordadas no primeiro capítulo acerca da compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado com a ordem constitucional vigente, agora à luz da teoria discursiva do direito formulada por Jürgen Habermas, é possível se posicionar definitivamente contra a utilização do referido princípio no direito brasileiro. Quando se constata, com base na formulação teórica do autor alemão, que a legitimidade das democracias constitucionais contemporâneas depende do reconhecimento da relação de interdependência existente entre os direitos humanos e a soberania popular, entre a autonomia privada e a autonomia pública, conclui-se que o princípio da supremacia do interesse público efetivamente é incompatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com a Constituição da República de 1988.<sup>254</sup>

Conforme exposto no primeiro capítulo do presente trabalho, o princípio da supremacia do interesse público é visto pela doutrina clássica como fundamento de validade da posição privilegiada que os órgãos encarregados de zelar pelo interesse público devem ter nas relações mantidas com os particulares. Afirma-se, inclusive, que a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável.

---

<sup>254</sup> Parte-se aqui do pressuposto de que a Constituição da República de 1988 é um produto do paradigma do Estado Democrático de Direito não somente porque assim ela se intitula em seu art. 1º, mas principalmente pela ênfase dada pelos seus dispositivos tanto aos direitos fundamentais quanto ao processo democrático.

Mas, afinal, o que vem a ser o interesse público? Quais são esses interesses da coletividade que não somente se contrapõem, como também prevalecem sobre os interesses privados?

Em comunidades plurais e complexas, caracterizadas por incontáveis identidades sociais e concepções acerca do bem comum, inexistem respostas definitivas para esses questionamentos. Nas precisas palavras de Humberto Ávila, o “*interesse público não é determinável objetivamente.*”<sup>255</sup> Decerto, pessoas idôneas, de boa-fé, divergem profundamente acerca do que seja o verdadeiro interesse da coletividade.<sup>256</sup> Como se sabe, uma das características mais marcantes da sociedade contemporânea é o profundo desacordo moral, filosófico e religioso com o qual a teoria política deve lidar.<sup>257</sup>

Qualquer tentativa de atribuir um significado definitivo para a expressão “interesse público” corre o risco, inclusive, de revelar-se antidemocrática, insensível aos distintos interesses que se manifestam no corpo social.<sup>258</sup> Como explica Patrícia Baptista, o conteúdo do interesse público é absolutamente dinâmico:

Ora apontado como o *somatório de interesses individuais coincidentes*, ora como uma *grandeza autônoma*, o interesse público mantém com os demais interesses existentes na sociedade uma relação de permanente tensão, sendo impossível afirmar, fora do caso concreto, o grau de conformação ou colidência entre eles.

A questão do interesse público, enfim, nas palavras de Eros Roberto Grau, prossegue como a *grande questão do direito administrativo*. Apenas deve-se reconhecer que esse *interesse público*, mormente na versão corporificada na lei, não pode mais continuar monopolizando o direito administrativo. Antes, tal ramo do direito precisa evoluir para atuar como um instrumento eficaz de regulação de um espaço público marcado pela pluralidade de atores e de interesses em jogo, característica principal da sociedade contemporânea.<sup>259</sup> (destaque do original)

Considerando que o interesse público não é – e nem deve ser – determinável objetiva e abstratamente, é preciso analisar o tema a partir de uma perspectiva jurídico-doutrinária distinta da dogmática tradicional.

---

<sup>255</sup> ÁVILA, 2010, p. 213.

<sup>256</sup> SARMENTO, 2010, p. 98.

<sup>257</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 65.

<sup>258</sup> “A solução do prestígio ao interesse público é tão perigosa para a democracia quanto todas as fórmulas semelhantes em regimes totalitários (o espírito do povo alemão ou o interesse do povo soviético).” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 44)

<sup>259</sup> BAPTISTA, 2003, p. 202-203.

À evidência, deixar a cargo da Administração Pública o monopólio da definição do interesse público não é uma opção em uma sociedade democrática e, ao mesmo tempo, apenas identificá-lo ao interesse da coletividade, ao bem comum, nada acrescenta ao debate.<sup>260</sup> Diante da pluralidade de interesses igualmente legítimos que se manifestam na sociedade atual, a noção de interesse público deve ser pensada à luz de uma perspectiva procedimental, segundo a qual o interesse público não tem um conteúdo *a priori*; ele é o resultado de procedimentos democráticos de criação, execução e aplicação do direito.<sup>261</sup>

O paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, tal como trabalhado por Habermas, leva a sério o pluralismo e, por isso, rejeita qualquer possibilidade de haver um modelo perfeito para a organização social. Ele diverge dos paradigmas jurídicos anteriores na medida em que “*não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política*”.<sup>262</sup> Visa, essencialmente, a estabelecer condições para que os cidadãos possam, sob determinadas regras, descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los, ou melhor, identificar os seus interesses e o melhor modo de preservá-los. Trata-se de um paradigma que radicaliza o projeto democrático por ser esse o único meio de conferir legitimidade às ordens jurídicas.

A democracia, entendida como um processo longo e ininterrupto de tomada de decisões coletivamente vinculantes, deve permanecer aberta quanto aos resultados, “*considerando, como únicas restrições defensáveis, as que dizem respeito a suas próprias condições procedimentais*”.<sup>263</sup> O paradigma procedimental, na realidade, possui apenas um único núcleo dogmático: a ideia de autonomia, segundo a qual os cidadãos, no plano individual e coletivo, devem obedecer a si próprios.<sup>264</sup>

A autonomia, no âmbito do Direito, é fracionada em autonomia privada e autonomia pública, ambas protegidas pelos ordenamentos jurídicos modernos. Em síntese, a autonomia privada – que se expressa nos direitos fundamentais a iguais liberdades subjetivas – garante ao cidadão um espaço de autodeterminação em que ele está autorizado a agir de acordo com

---

<sup>260</sup> MOREIRA NETO, 2007, p. 410.

<sup>261</sup> Esse mesmo raciocínio é desenvolvido por Marçal Justen Filho, para quem “somente seria possível aludir a ‘interesse público’ como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o ‘interesse público’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 45)

<sup>262</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 190.

<sup>263</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 11.

<sup>264</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 190.

seus próprios interesses. Por sua vez, a autonomia pública – que se expressa no princípio da soberania popular – garante ao cidadão a possibilidade de participar do processo de conformação das normas que serão seguidas pela comunidade jurídica da qual faz parte.<sup>265</sup>

O conceito de autonomia, que se desdobra em autodeterminação individual e autogoverno coletivo, é central para se delimitar o sentido da expressão “interesse público” no direito administrativo. Em uma democracia constitucional, nenhuma instância pode ser “senhora” da definição do interesse público, competindo à sociedade como um todo decidir, de acordo com regras predeterminadas, quais são os interesses, individuais e coletivos, merecedores da tutela do Direito.<sup>266</sup>

Sendo assim, no nível abstrato que caracteriza a dimensão normativa, o termo “interesse público” somente pode ser interpretado como o resultado do exercício da autonomia pública dos cidadãos de uma determinada comunidade jurídica em um determinado contexto histórico. Ou seja, não existe um conteúdo estático para o interesse público; ele é continuamente definido e redefinido por práticas democráticas que concretizam o princípio da soberania popular. Devem ser consideradas de interesse público, pois, aquelas questões que os indivíduos, no exercício discursivo da autonomia cidadã, julgarem merecedoras da proteção do sistema normativo. Consoante bem adverte o professor Marçal Justen Filho, o interesse público não é o pressuposto de decisões democráticas, mas sim o resultado delas:

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público.<sup>267</sup>

Vale destacar, por fim, que a conformação democrática do interesse público efetiva-se em diferentes níveis, nos quais estão incluídos tanto os procedimentos de elaboração normativa quanto os de execução e aplicação do direito positivo. Na verdade, no contexto paradigmático atual, a autonomia pública expande-se para além da atuação direta nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

---

<sup>265</sup> HABERMAS, 2001, p. 146.

<sup>266</sup> Sempre que a autoridade estatal buscar o monopólio da delimitação do interesse público, estar-se-á diante da mais “odiosa e inconstitucional tentativa de privatização do público: o assenhoreamento egoístico e o aniquilamento normativo da própria Constituição”. (CARVALHO NETTO, 2001, p. 21)

<sup>267</sup> JUSTEN FILHO, 2005, p. 45.

A existência de uma esfera pública independente do aparato burocrático estatal, aberta à livre circulação de argumentos e informações, viabiliza sejam identificados os interesses presentes na coletividade e, assim, seja direcionado o processo decisório estatal justamente para a análise desses interesses.<sup>268</sup> Daniel Sarmiento bem observa a relevância da dimensão não institucionalizada da autonomia cidadã para a conformação e proteção do interesse público, a partir da influência de um terceiro setor:

(...) composto por ONG's, associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais, que atuam em prol de interesses da coletividade, e agem aglutinando e canalizando para o sistema político demandas importantes, muitas vezes negligenciadas pelas instâncias representativas tradicionais. Tais entidades, que assumem um papel de proa nas democracias contemporâneas, embora componham a sociedade civil, regem-se por uma lógica que se diferencia radicalmente da busca de maximização dos interesses privados, própria das forças econômicas do mercado.<sup>269</sup>

Com a consolidação do Estado Democrático de Direito, portanto, afasta-se definitivamente aquela visão típica dos paradigmas anteriores, que identificava a esfera privada apenas ao mercado e a esfera pública apenas ao Estado. Em muitos casos, é a sociedade civil que irá defender “*interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo*”.<sup>270</sup>

#### 4.2 – A interdependência entre interesses públicos e interesses privados

A conexão demonstrada acima entre autonomia e interesse é central para se analisar o princípio da supremacia. Uma vez observado que os interesses públicos e privados tutelados pelo Direito são aqueles que decorrem, respectivamente, do exercício legítimo das autonomias pública e privada, é possível demonstrar que entre tais interesses não existe uma abstrata relação de antagonismo – como pressupõe o princípio da supremacia do interesse público – mas sim uma relação de interdependência.

O paradigma do Estado Democrático de Direito, por estar sustentado normativamente no nexos interno do sistema de direitos fundamentais com o princípio democrático, exige o reconhecimento da equiprimordialidade existente entre a autonomia privada e a autonomia

<sup>268</sup> HABERMAS, 1997, vol. II, p. 24.

<sup>269</sup> SARMENTO, 2010, p. 47-48.

<sup>270</sup> CARVALHO NETTO, 2001, p. 19.

pública, negligenciada pelos paradigmas anteriores.<sup>271</sup> Afinal, como demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho, os cidadãos devem ser, no exercício da autonomia pública, os autores daquelas normas que lhes vão garantir, enquanto destinatários dessas mesmas normas, o exercício da autonomia privada.

Direitos políticos que viabilizam a participação no processo democrático (autonomia pública) apenas podem ser exercidos se os cidadãos forem titulares também daqueles direitos subjetivos de liberdade (autonomia privada) que lhes garantem uma configuração independente dos seus objetivos e interesses pessoais. A delimitação de tais direitos subjetivos, por sua vez, resulta justamente do modo pelo qual aqueles direitos políticos são usufruídos.

Ou seja, o exercício da autonomia pública somente é possível se a autonomia privada estiver igualmente garantida a todos os cidadãos, ao mesmo tempo em que a autonomia privada apenas estará efetivamente preservada se os cidadãos fizerem uso adequado da autonomia pública.<sup>272</sup>

Reportando-se mais uma vez às considerações de Habermas:

Não existe direito sem a autonomia privada das pessoas jurídicas individuais de um modo geral. Portanto, sem os direitos clássicos à liberdade, particularmente sem o direito fundamental às liberdades de ação subjetivas iguais, também não haveria um meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar na práxis de autodeterminação.

Desse modo, as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexó interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado da sua autonomia política. Por isso os direitos fundamentais liberais e políticos são indivisíveis. A imagem do núcleo e da casca é enganadora – como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade que devesse reivindicar precedência com relação aos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental é essencial a mesma origem dos direitos à liberdade e civis.<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> HABERMAS, 2002, p. 290 e ss.

<sup>272</sup> HABERMAS, 2002, p. 293-294. Retoma-se, nesse ponto, o raciocínio desenvolvido no item 2.5, em razão da sua importância para a demonstração da incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

<sup>273</sup> HABERMAS, 2001, p. 149.

Esse raciocínio circular, que explica como as autonomias pública e privada pressupõem-se reciprocamente, também revela-se útil para explicar a relação complementar existente entre interesses públicos e privados no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito.

Em comunidades políticas que se pretendem democráticas, os cidadãos apenas estarão aptos a participar ativamente dos processos deliberativos que definirão o conteúdo do interesse público na medida em que seus interesses privados estiverem suficientemente protegidos. Ora, como os indivíduos podem problematizar de modo independente os temas que lhes parecem relevantes e debater conjuntamente o que é de interesse público, se aos seus interesses privados for negada a devida proteção jurídica? Quando não há uma tutela adequada do direito à autodeterminação individual, sequer existem condições para que o interesse público seja constituído de modo minimamente democrático.

Na medida em que viabiliza a conformação democrática do interesse público, o interesse privado passa a integrar a própria concepção de interesse público.<sup>274</sup> Em uma sociedade plural e complexa, na qual os direitos fundamentais como um todo – inclusive aqueles que protegem a autonomia individual – consubstanciam condições possibilitadoras da soberania popular, a proteção adequada do interesse privado representa uma verdadeira finalidade pública, fundamentada justamente no princípio democrático.

De outra sorte, deve-se ter em mente que a promoção do interesse público também representa uma condição possibilitadora da proteção jurídica do interesse privado. A concretização de interesses públicos pelo Estado visa, essencialmente, a garantir que todos os integrantes da comunidade política tenham as mesmas possibilidades de agir, tenham iguais liberdades subjetivas.<sup>275</sup> Quando a Administração Pública efetiva políticas públicas com vistas a tutelar direitos sociais ou difusos, ela está, na verdade, atuando para que todos os cidadãos tenham condições materiais e sociais equânimes para seguir seus interesses privados de modo autônomo e independente.

---

<sup>274</sup> Segundo Daniel Sarmiento, “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público”. Dessa forma, “o quadro que se delinea diante dos olhos é muito mais o de convergência entre interesses públicos e particulares do que o de colisão. Tal situação, repita-se, não constitui a exceção, mas a regra. Na imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros. Até porque, o interesse público, na verdade, é composto pelos interesses particulares dos componentes da sociedade, razão pela qual se torna em regra impossível dissociar os interesses públicos dos interesses privados.” (SARMENTO, 2010, p. 83-84)

<sup>275</sup> HABERMAS, 2002, p. 295.

Do mesmo modo que o interesse individual serve ao interesse coletivo, o coletivo serve ao individual; ambos formam uma rica, produtiva e permanente tensão.<sup>276</sup> A proteção normativa do interesse privado, pois, é condição de possibilidade, parte integrante e, ao mesmo tempo, consequência da promoção satisfatória do interesse público. Assim como o reconhecimento da coesão interna da democracia com os direitos fundamentais mantém interligadas as autonomias pública e privada, é possível dizer, como o faz Humberto Ávila, que os interesses públicos e privados também mostram-se conceitualmente inseparáveis nas ordens jurídicas contemporâneas:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). (...) Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, na verdade, uma “conexão estrutural” (“*ein struktureller Zusammenhang*”). Se eles – o interesse público e o interesse privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.<sup>277</sup>

A ideia de que o interesse público goza de primazia frente ao interesse privado, portanto, encontra-se baseada em um pressuposto absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Considerando que, nesse paradigma, interesses públicos e privados não são categorias abstratamente antagônicas, não há mais como reputar adequada à ordem constitucional uma norma que afirma, de modo *apriorístico*, a prevalência de uma categoria sobre a outra. Direitos individuais que protegem interesses privados e metas coletivas que protegem interesses públicos encontram-se igualmente incluídos entre os objetivos da atividade estatal, justamente porque a Constituição da República reconhece a interdependência existente entre as autonomias pública e privada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>276</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei nº 10.216/2001*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2005, p. 14.

<sup>277</sup> ÁVILA, 2010, p. 192-193.

A superação do princípio da supremacia do interesse público é uma das mais relevantes transformações que a consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito impõe ao direito administrativo. Como já ressaltado, trata-se de uma norma que foi amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência do país durante muitos anos, mas que, além de incompatível com a realidade atual, é invocada na grande maioria dos casos de modo impreciso ou desnecessário. Sendo assim, é oportuno fazer alguns esclarecimentos para uma adequada compreensão das verdadeiras consequências da definitiva desconsideração da referida norma.

Em primeiro lugar, vale sublinhar que o fato de interesses públicos e privados serem complementares no plano normativo não significa que ambos sempre irão convergir nos casos concretos. Direitos individuais e metas coletivas, assim como diversos outros princípios constitucionais, podem ser contrários sem ser contraditórios.<sup>278</sup> Subsistem conjuntamente na dimensão abstrata e, por vezes, concorrem em pólos opostos para reger determinadas situações específicas. Como exemplifica Rafael Oliveira:

(...) em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex: a criação de um hidrelétrica e a necessidade de desmatamento de área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex: a servidão administrativa de passagem estabelecida em um imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).<sup>279</sup>

Nos casos de concorrência entre interesses da coletividade e os interesses dos particulares, cabe ao intérprete – ciente de que ambos são igualmente tutelados pelo ordenamento brasileiro – decidir, com base nas peculiaridades do caso concreto, se a norma adequada para reger a controvérsia é aquela que delimita determinada meta coletiva ou aquela que protege o direito individual supostamente ofendido, sem que nenhuma goze de prevalência sobre a outra.<sup>280</sup> Quando a decisão cabe à Administração Pública, esta deve ter em

---

<sup>278</sup> CARVALHO NETTO, 2004, p. 39.

<sup>279</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

<sup>280</sup> Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenojm, entre outros autores citados nesta dissertação, lançam mão, com base na perspectiva teórica de Robert Alexy, da técnica da ponderação de valores para lidar com os casos concretos em que há conflitos entre interesses coletivos e interesses individuais. No momento, esse raciocínio não será levado adiante, para se manter a coerência com o marco teórico até então adotado, uma vez

mente que são as especificidades da situação analisada que devem guiar a aplicação do direito, e não soluções simplistas como a baseada na suposta prevalência *apriorística* do interesse público sobre o interesse privado.<sup>281</sup>

Por oportuno, salienta-se que, por predeterminar as suas próprias condições de aplicação, independentemente das nuances do caso concreto, a supremacia do interesse público sequer pode ser equiparada a um princípio jurídico. De acordo com a conhecida descrição feita pelo por Ronald Dworkin, os ordenamentos jurídicos contemporâneos são compostos por dois tipos de normas: regras e princípios, cuja diferença é de natureza lógica.<sup>282</sup>

As regras são normas aplicáveis à maneira “do tudo ou nada”. Uma vez ocorridos os fatos previstos, deve incidir necessariamente a consequência jurídica prevista de antemão. Quando duas regras entram em conflito por contemplarem as mesmas hipóteses de aplicação, uma delas deve ser invalidada. Os princípios, por outro lado, são normas que “*não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.*”<sup>283</sup> Na verdade, princípios sequer estabelecem em que situações devem ser aplicados. Sua principal função no ordenamento jurídico é indicar direções que devem ser seguidas pelas instâncias que interpretam e aplicam o direito. Quando dois princípios

---

que Habermas opõe-se a esse aspecto da teoria desenvolvida por Alexy. De toda sorte, importa salientar que a divergência entre os dois autores alemães acerca da hermenêutica jurídica não é primordial para os objetivos do presente trabalho, devendo prevalecer os aspectos de convergência entre os marcos teóricos. Com efeito, seja com base na perspectiva desenvolvida por Habermas, seja com base naquela trabalhada por Alexy, as hipóteses de confronto entre princípios constitucionais que protegem direitos individuais e metas coletivas devem ser resolvidas à luz das especificidades do caso concreto, e não com base em uma abstrata norma de preferência dos interesses coletivos. Para uma adequada compreensão do debate existente entre Habermas e Alexy acerca da interpretação jurídica, cf. CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 79-120.

<sup>281</sup> Sobre a importância das especificidades dos casos concretos para uma hermenêutica adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, Menelick de Carvalho Netto salienta que os princípios “estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é fundamental, portanto, para que possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração, e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas, que fornece o substrato do que Klaus Gunther denomina *sendo de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões. (...) Com essa abertura para a complexidade de toda situação de aplicação, o aplicador deve exigir então que o ordenamento jurídico apresente-se diante dele, não através de uma única regra integrante de um todo passivo, harmônico e predeterminado que já teria de antemão regulado de modo absoluto a aplicação de suas regras, mas em sua integralidade, como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações.” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 39-40)

<sup>282</sup> DWORKIN, 2007, p. 35 e ss.

<sup>283</sup> DWORKIN, 2007, p. 40.

conflitam, as particularidades do caso concreto é que indicam qual deve prevalecer, sem que a validade de nenhum deles seja questionada.<sup>284</sup>

Uma vez apresentada a distinção entre regras e princípios jurídicos, mesmo que de forma resumida, são desnecessários maiores esforços para se concluir que uma norma que predetermina a supremacia do interesse público sobre o privado nos casos de conflito não é, de modo algum, um princípio jurídico. Efetivamente, trata-se de uma norma que somente pode ser aplicada na base do “tudo ou nada”, que antecipa as consequências jurídicas que se seguem quando há colisão entre interesses individuais e metas coletivas. Sua incidência dá ensejo a uma única solução: a preponderância do interesse público. Aliás, uma solução manifestamente contrária ao ordenamento constitucional brasileiro, que reconhece o caráter contramajoritário dos direitos individuais e, por tal razão, preserva em inúmeros casos interesses privados mesmo em face de objetivos coletivos desejados pelas mais numerosas maiorias políticas.

Sendo assim, a supremacia do interesse público, que sequer consubstancia um princípio jurídico, não pode ser vista como elemento normativo integrante do direito administrativo brasileiro.<sup>285</sup> Na precisa colocação de Gustavo Binjenbojm, “*um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia*”.<sup>286</sup> Da mesma forma, sua aplicação sob a lógica das regras jurídicas também se mostra inviável, pois um único caso concreto no qual o interesse privado, protegido por uma garantia constitucional fundamental, prevaleça frente a um interesse coletivo perseguido pela Administração Pública é suficiente para invalidar a única consequência jurídica apresentada para os casos de concorrência normativa.

Vale esclarecer também que o reconhecimento da inexistência de uma supremacia do interesse público não implica defender a ideia oposta, a da prevalência do interesse privado.<sup>287</sup> O contexto atual, como já amplamente ressaltado, é o da equiprimordialidade das duas

---

<sup>284</sup> “Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem.” (DWORKIN, 2007, p. 57)

<sup>285</sup> Vale salientar o acerto de Humberto Ávila, que, como visto no primeiro capítulo desta dissertação, vê a supremacia do interesse público não como um princípio jurídico, mas sim como uma regra abstrata de preferência para casos de colisão. ÁVILA, 2010, p. 187.

<sup>286</sup> BINENBOJM, 2008, p. 102.

<sup>287</sup> Esse equívoco é cometido, por exemplo, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cujos textos mais recentes partem da premissa de que negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado. Para a autora, os críticos do princípio da supremacia do interesse público compõem uma ala retrógrada, que “prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público.” (DI PIETRO, 2010, p. 101)

esferas. A crescente complexidade e pluralidade impede seja a sociedade dividida em dois pólos incomunicáveis, em uma relação dicotômica típica do Estado Social, na qual o público é sempre excelente e o privado é sempre péssimo.<sup>288</sup>

Com a consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito, o interesse privado passa a ser tão merecedor da tutela estatal quanto o interesse público, especialmente porque deixa de ser negativamente valorado para ser associado ao direito à autodeterminação, ao direito à participação independente e autônoma nos debates públicos constitutivos da democracia.<sup>289</sup>

De suma relevância, nesse sentido, superar de vez a ultrapassada distinção entre direitos positivos e negativos, que sustentou durante muito tempo a ideia de que ao poder público competiria agir apenas para garantir direitos de natureza coletiva, devendo se omitir para preservar direitos individuais. Todos os direitos, sejam eles individuais, coletivos ou difusos, dependem, em maior ou menor grau, da estrutura administrativa.<sup>290</sup> Mesmo as liberdades subjetivas clássicas, como o direito de propriedade ou de ir e vir, apenas podem ser efetivamente usufruídos pelos cidadãos se o poder público implementar políticas que viabilizem o seu exercício. O que seriam desses direitos, por exemplo, se não fossem os programas de segurança pública levados a efeito pela Administração Pública?<sup>291</sup>

A ilusória distinção entre direitos positivos e negativos, como se vê, não pode justificar a utilização do princípio da supremacia do interesse público no direito administrativo brasileiro. Considerando que, em maior ou menor grau, todos os direitos são positivos, é possível compreender porque, no arranjo institucional instituído pela Constituição da República, compete à Administração implementar programas de ação no intuito de preservar não apenas direitos coletivos, mas também direitos de caráter meramente individual.

---

<sup>288</sup> Vale conferir, nesse sentido, a seguinte passagem, de autoria do professor Roberto Aguiar: “É interessante relembrar que esse entendimento da juridicidade cindiu a sociedade em dois mundos: de um lado a esfera pública, que precede a privada por se referir à proteção de interesses coletivos, e de outro, a esfera privada, formada por seres abstratos denominados indivíduos, que outra coisa não fazem senão defender seus interesses particulares. (...) As esferas do público e do privado renunciaram às suas pontes e deixaram correr soltos todos os preconceitos recíprocos e desconfianças mútuas”. (AGUIAR, Roberto. *Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã*. Notícia do direito brasileiro, nova série, n. 9, 2002, p. 70)

<sup>289</sup> ARAÚJO PINTO, 2003, p. 44-45.

<sup>290</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

<sup>291</sup> Na mesma linha de raciocínio desenvolvido por Stephen Holmes e Cass Sunstein, vale observar os valores gastos anualmente pela Administração Pública na execução de políticas de segurança pública, que visam a tutelar os direitos de liberdade e de propriedade dos indivíduos, para se concluir que tais direitos não são, de modo algum, direitos negativos, cuja efetivação depende tão somente da abstenção estatal. Cf. HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 59-76.

Importa ressaltar, por último, que alguns institutos classicamente fundamentados no princípio da supremacia não revelam, quando analisados com a devida atenção, qualquer relação com essa norma de prevalência.

Tome-se, como exemplo, as prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública, entre as quais se incluem a presunção de legitimidade e a imperatividade dos atos administrativos, os prazos processuais maiores, o poder de autotutela, entre outras. A justificação de tais prerrogativas no princípio da supremacia apresenta, de pronto, uma grave inconsistência; dá a entender que o interesse público se confunde com o interesse estatal. Se o primado do público sobre o privado sempre dá ensejo a uma posição de superioridade da Administração sobre o administrado, é inegável a identificação do público com estatal. Todavia, nem mesmo os defensores da validade do princípio em foco fazem essa ultrapassada identificação.

O fundamento de validade das prerrogativas estatais encontra-se, na verdade, na sua natureza instrumental, no fato de que a Administração Pública somente pode desempenhar satisfatoriamente as funções a ela reservadas pelo ordenamento jurídico se for titular de determinados poderes e faculdades diferenciados. São prerrogativas funcionais, semelhantes àquelas garantidas aos membros do Poder Judiciário para que possam exercer a judicatura com isenção e imparcialidade.<sup>292</sup> Nas precisas colocações de Humberto Ávila:

Da constatação de que os órgãos administrativos possuem em alguns casos uma posição privilegiada relativamente aos particulares não resulta, de modo algum, na corroboração da supremacia do interesse público sobre o particular. Essa posição indica, tão só, que os órgãos administrativos exercem uma função pública, para cujo ótimo desempenho são necessários determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas. E essas regras procedimentais (não regras que instituem finalidades) decorrem tanto das normas constitucionais como do desinteresse pessoal que define a função administrativa (“Selbstlosigkeit”).<sup>293</sup>

O próprio Celso Antônio Bandeira de Mello – talvez o principal defensor do princípio da supremacia – reconhece a natureza meramente instrumental das prerrogativas do poder público, ao afirmar que:

---

<sup>292</sup> Assim como os juizes, por determinação constitucional, são titulares de garantias diferenciadas – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade salarial – que viabilizam um melhor desempenho da função jurisdicional, a Administração Pública goza de prerrogativas processuais e materiais que viabilizam um melhor desempenho da função executiva.

<sup>293</sup> ÁVILA, 2010, p. 202.

as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia [do interesse público] não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’ *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de ‘função’.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, *no interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse público. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais: servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*.<sup>294</sup> (destaques do original)

De fato, se todas as prerrogativas estatais devem ser garantidas tão somente na medida rigorosamente necessária ao desempenho satisfatório das funções e finalidades reservadas ao Estado pelo direito positivo, resta evidente que inexiste conexão entre tais prerrogativas e uma suposta primazia do interesse público sobre o particular.

Raciocínio semelhante demonstra que as limitações ao direito de propriedade não guardam qualquer relação com a existência de uma norma asseguradora da supremacia dos interesses da coletividade sobre os do particular.<sup>295</sup> Assim como a Constituição da República possibilita, por exemplo, que a Administração lance mão do instituto da desapropriação e, assim, faça prevalecer os interesses da coletividade sobre os direitos de propriedade dos particulares, há inúmeras situações em que os objetivos coletivos cedem frente à força normativa dos direitos individuais.

Ou seja, se a desapropriação permite inferir do texto constitucional uma norma de primazia do interesse público sobre o interesse privado, uma norma diametralmente oposta também pode ser extraída das diversas garantias individuais contidas no art. 5º do texto constitucional. À evidência, não faz sentido afirmar que a ordem jurídica brasileira contempla a supremacia do interesse público e também a supremacia do interesse privado. Melhor é reconhecer, em definitivo, que interesses coletivos e interesses individuais são normativamente equiprimordiais.

<sup>294</sup> MELLO, C., 2010, p. 97-98

<sup>295</sup> Sobre a relação do direito de propriedade com os demais direitos assegurados constitucionalmente, cf. FACHIN, Luiz Edson. Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do espaço privado à função social. *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina*, nº 11, UFSC: Santa Catarina, 1999.

Diante dos esclarecimentos feitos, é possível notar que de forma alguma pretende-se minimizar a importância do conceito de interesse público para o direito administrativo brasileiro. O que não se pode mais admitir, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, é o modo como esse conceito é tradicionalmente abordado, em contraposição ao interesse privado.<sup>296</sup> Se é certo que o interesse público, normativamente delimitado, consubstancia o mais importante direcionador do agir administrativo, também há de ficar claro, especialmente para os administradores menos propensos ao respeito dos direitos dos administrados, que interesses privados e coletivos são espécies do gênero interesse público.

Seguindo a linha de raciocínio de Gustavo Binjenbojm, o termo interesse público deve ser interpretado como uma referência abstrata que abarca tanto interesses privados quanto interesses coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Daí porque, em um caso específico, o interesse público pode ser satisfeito pela implementação de um interesse da coletividade e, em outro, pelo respeito a um interesse eminentemente individual.<sup>297</sup>

No contexto de superação do dogma da supremacia do público sobre o privado, deve-se destacar o acerto da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que, em seu artigo 2º, faz referência a um princípio do interesse público, sem fazer qualquer menção à prevalência de uma categoria de interesses sobre a outra. Esse sim – o princípio do interesse público – é um princípio compatível com o texto constitucional brasileiro e, portanto, apto a direcionar normativamente a conduta das autoridades estatais em favor do respeito a todos os direitos fundamentais titularizados pelos administrados, sejam eles individuais ou coletivos.<sup>298</sup>

---

<sup>296</sup> Nas palavras de Humberto Ávila, o problema “não é propriamente a descrição e a explicação da importância do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mas o modo mesmo como isso é feito.” (ÁVILA, 2010, p. 176)

<sup>297</sup> BINENBOJM, 2008, p.104.

<sup>298</sup> Daniel Sarmento chega à conclusão semelhante, não obstante fale em um princípio da tutela do interesse público, e não em um princípio do interesse público. Na essência, tanto o princípio da tutela do interesse público, mencionado pelo professor Daniel Sarmento, quanto o princípio do interesse público, mencionado pela Lei nº 9.784/99, estão baseados na mesma concepção. Ambos ressaltam a importância do interesse público para orientar a conduta administrativa, sem contrapô-lo ao interesse privado. Segundo Daniel Sarmento, na medida em que se mostra inadequado falar em supremacia do interesse público sobre o particular, “é preferível, sob todos os aspectos, cogitar em um princípio da tutela do interesse público, para explicar o fato de que a Administração não deve perseguir os interesses privados dos governantes, mas sim os pertencentes à sociedade, nos termos em que definidos pela ordem jurídica (princípio da juridicidade). Se a idéia de supremacia envolve uma comparação entre o interesse público e o particular, com a atribuição de preeminência ao primeiro, na noção de tutela este elemento está ausente, o que se afigura mais compatível com o princípio da proporcionalidade, fechando a porta para possíveis excessos.” (SARMENTO, 2010, p. 114)

## CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito brasileiro vem passando por um gradual processo de transformação, decorrente da consolidação do paradigma do Estado Democrático de Direito. Construído a partir dos excessos vivenciados no Estado Social, o novo paradigma exige, entre outras mudanças, seja repensada a relação hierarquizada mantida até então pelo Estado com a sociedade.

No âmbito do direito administrativo, a transição paradigmática impõe a releitura de inúmeros institutos e categorias, especialmente daqueles mais comprometidos com os pressupostos do paradigma social. Aliás, provavelmente o direito administrativo foi o ramo do direito em que tais pressupostos mais nitidamente se manifestaram. Não obstante, diversas proposições de adequação da atividade administrativa ao novo paradigma sofrem grande resistência da doutrina tradicional, que as associa a uma suposta tentativa de retomada dos ideais do liberalismo econômico do século XIX.<sup>299</sup>

É nesse cenário que se insere o debate, em pleno andamento, acerca da compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado com a ordem constitucional atualmente em vigor no Brasil. De um lado, administrativistas de renome, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella de Pietro, defendem a validade do referido princípio, sob o fundamento de que a prevalência do interesse coletivo sobre o individual é a razão de ser da própria existência do Estado. De outro, importantes autores do direito público, como Humberto Ávila, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm, vêem o princípio da supremacia como fator de legitimação de práticas arbitrárias típicas de um paradigma excessivamente guiado pela lógica da autoridade da Administração.

Com a presente dissertação, objetivou-se tomar posição nesse debate, analisando o princípio da supremacia do interesse público à luz da leitura procedimental do Estado Democrático de Direito feita por Jürgen Habermas. Com base nas perspectivas teóricas desse autor, foi possível demonstrar que o pressuposto contido no princípio da supremacia – de que interesses públicos e privados são abstratamente antagônicos – é incompatível com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, com a Constituição da República de 1988.

---

<sup>299</sup> DI PIETRO, 2010.

Ao contrário do que pressupõe o princípio da supremacia, interesses públicos e interesses privados são categorias normativas interdependentes. Há, entre eles, uma relação de pressuposição mútua, que impede seja considerada válida uma norma que afirma, de modo *apriorístico*, a prevalência de uns sobre os outros. Como visto, o princípio da supremacia, por minimizar a proteção jurídica do interesse privado e desconsiderar que este é condição de possibilidade da conformação legítima do interesse público, revela-se contrário à própria concepção contemporânea de democracia, que exige sejam os cidadãos os autores daquelas normas às quais estão submetidos enquanto destinatários.

Com efeito, para se discutir adequadamente o princípio da supremacia, tema tão caro ao direito administrativo brasileiro, é preciso, antes de tudo, deixar de lado aquela pré-compreensão maniqueísta, típica do paradigma social, que associa a esfera privada dos indivíduos tão somente a interesses egoísticos de sujeitos participantes do mercado. Ora, nem todas as relações sociais são relações econômicas. O sistema da economia é apenas mais um, entre inúmeros outros, com o qual o sistema do direito deve lidar cotidianamente.

A superação do princípio da supremacia do interesse público não tem qualquer relação com uma suposta tentativa de submissão do direito administrativo a ideais típicos do neoliberalismo. Busca-se, isto sim, submeter definitivamente a atividade administrativa à influência normativa dos direitos fundamentais e do princípio democrático. Tanto é assim que, em momento algum deste trabalho, foi questionada a relevância das políticas públicas estatais para a concretização do sistema de direitos fundamentais.

Reconhecer a importância do Estado não significa fechar os olhos para o modo como ele exerce suas atribuições juridicamente delimitadas, ou então isentá-lo do devido controle que deve ser feito pela sociedade como um todo. Daí a preocupação com o modo verticalizado que a Administração Pública, na maioria dos casos justificando-se na suposta prevalência do interesse coletivo sobre o particular, ainda costuma efetivar seus programas de ação no Brasil, como se a ela coubesse o monopólio da definição dos interesses mercedores da tutela estatal.

Ante à pluralidade de interesses igualmente legítimos que se manifestam nas comunidades políticas atuais, o conteúdo do interesse público não pode permanecer estático, sob a tutela paternalista de um aparato administrativo que se mantém acima dos seus súditos. Ele deve ser constantemente definido e redefinido por práticas democráticas de elaboração, execução e aplicação normativas, que somente podem ser postas em prática se os direitos

individuais dos administrados estiverem suficientemente protegidos. Afinal, os direitos fundamentais como um todo, inclusive aqueles que garantem a autonomia privada, são condições de possibilidade do efetivo exercício da soberania popular.

A crise do Estado Social e a transição para o Estado Democrático de Direito evidenciaram a equiprimordialidade das autonomias pública e privada para a conformação do direito legítimo. Daí porque, desde 1988, os direitos individuais são tão merecedores da proteção jurídica estatal quanto as finalidades coletivas, sem que exista qualquer indicação no ordenamento constitucional brasileiro de que metas coletivas gozam de preferência *apriorística* face aos direitos individuais.

Uma vez constatada a fragilidade do pressuposto dicotômico contido no princípio da supremacia, impõe-se o abandono dessa norma. O direito administrativo brasileiro deve, no atual cenário, ser normatizado pelo princípio do interesse público, mencionado expressamente pela Lei nº 9.784/99 e cujo conteúdo dinâmico abrange toda a gama de interesses individuais e coletivos legítimos sob a ótica constitucional. Desse modo não se minimiza a importância do conceito de interesse público para a regulamentação da atividade administrativa, mas apenas se reconhece que dentro desse abstrato conceito estão igualmente incluídos interesses de natureza individual e coletiva titularizados pelos administrados.

Com base no princípio do interesse público, a Administração pode lidar adequadamente com a complexidade das situações com as quais se depara, verificando, nos casos de concorrência concreta entre interesses individuais e coletivos, quais deles devem prevalecer. Efetivamente, eventual posição de supremacia de um interesse sobre outro somente poderá ser aquilatada em um procedimento *a posteriori*, dirigido sob uma perspectiva democrática, em que se demonstra que um interesse, seja ele de titularidade individual ou coletiva, reflete o interesse público e, portanto, merece atenção prioritária naquela hipótese específica.

Chegou o momento de o direito administrativo definitivamente se curvar à força normativa da ordem constitucional brasileira. Para tanto, imprescindível seja sepultada a autoritária visão de que as autoridades administrativas atuam não para preservar os direitos dos administrados, mas sim em função de uma abstrata supremacia do interesse público, cujo conteúdo concreto elas próprias são responsáveis pela definição.

## Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. A Ascensão do Constitucionalismo Mundial. Trad. Diego Werneck Arguelhes. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. (coords.). *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AGUIAR, Roberto. *Procurando superar o ontem: um direito para hoje e amanhã*. Notícia do direito brasileiro, n. 9, Brasília: UnB, 2002.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: OLIVEIRA, Claudia Fernanda Pereira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

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

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1º de fevereiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm). Acesso em 4 de abril de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 9.253/DF. Impetrante: Valdemar de Oliveira Leite. Impetrado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Gilson Dipp. Órgão: Terceira Seção. Julgamento: Brasília, 18 de maio de 2005. Publicação: 8.6.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1003/DF Medida Cautelar. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão: Plenário. Julgamento: Brasília, 1º.8.1994. Publicação: 10.9.1999.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do estado de direito. In: OLIVEIRA, Claudia Fernanda Pereira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Fórum administrativo*, ano I, n. I, 2001.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de.; MATTOS, Virgílio de. *O novo direito dos portadores de transtorno mental: o alcance da Lei nº 10.216/2001*. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2005.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BENHABIB, Seyla (org.). *Democracy and difference: contesting the boundaries of the political*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

COSTA, Alexandre Bernardino. *A teoria do direito na modernidade da sociedade moderna*. Notícia do direito brasileiro, nº 8, Brasília: UnB, 2001.

\_\_\_\_\_. *Desafios do Poder Constituinte no Estado Democrático de Direito*. Tese de doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. Novas Limitações ao Direito de Propriedade: do espaço privado à função social. *Revista de Direito da Universidade de Santa Catarina*, nº 11, UFSC: Santa Catarina, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLIGAN, Denis James. *Due Process and Fair Procedures: a Study of Administrative Procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de Derecho Administrativo (I) e (II)*. 9ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

GIANNINI, Massimo Severo. *Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Trad. M. Baena de Alcázar e J. M. García Madarí. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1980.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das Necessidades humanas aos direitos*. Ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: Ensaio políticos*. Trad. Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

\_\_\_\_\_. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *A era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade (I) e (II)*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.

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

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1967.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MASHAW, Jerry L. *Greed, Chaos and Governance: using public choice to improve Public Law*. New Haven: Yale University Press, 1997.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEQUETE, Eunice Ferreira. *Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jurgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

\_\_\_\_\_. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista do Direito Administrativo* nº 220, 2000.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ROSENFELD, Michel. A Identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte, vol. 7, n. 12, jan/jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity. In: ROSENFELD, Michel. (Ed.) *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy – theoretical perspectives*. Durham, NC and London: Duke University Press, 1994.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel. (coord.). *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

WARAT, Luís Alberto. *Saber crítico e senso comum teórico dos juristas*. Revista Sequência, n. 5. Florianópolis: UFSC, 1982.