



## O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA ROUPAGEM NEOCONSTITUCIONALISTA

THE PRINCIPLE OF THE SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST IN THE STATE DEMOCRATIC RIGHT AND HIS NEOCONSTITUCIONALISM GUISE

---

**Dirce Nazare Andrade Ferreira**

Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Professora da Universidade Federal do Espírito Santo. E-mail: dircenazare@hotmail.com

**Aloisio Krohling**

Pós-Doutor em Filosofia Política e doutor em Filosofia pelo Instituto Santo Anselmo em Roma. Mestre em Sociologia Política (Escola de Sociologia e Política de São Paulo). Professor e pesquisador do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: krohling@gmail.com

### Resumo

Trata o presente de uma análise do princípio da supremacia do interesse público examinado no Estado Liberal, no Estado Social e no Estado Democrático de Direito e a forma como tem sido manejado nesses três momentos para cumprir os objetivos do Estado. Faz um diálogo com o paradigma neoconstitucional e o princípio da supremacia do interesse público, estabelecendo quão dissonantes são os dois *Standards*, destacando que para solver esse dilema da interpretação o Direito deve se abrigar na ética. Para traçar este percurso o artigo utiliza o método dialético através de uma pesquisa qualitativa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo - Supremacia do Interesse público - neoconstitucionalismo.

### Abstract

This is an analysis of the principle of supremacy of public interest examined in the Liberal State, the Welfare State and the Rule of Law and the way it has been handled those three times to meet the goals of the state. Makes a dialogue with the paradigm neoconstitucional and the principle of the supremacy of the public interest, establishing how the two are dissonant standards, noting that solver to this dilemma of

---

interpreting the law must take shelter in ethics. To trace this route the article uses the dialectical method through a qualitative research literature.

**Keywords:** Administrative Law - Supremacy of the Public Interest - neoconstitutionalism

## 1. INTRODUÇÃO

O Estado e o princípio da supremacia do interesse público que lhe é corolário enquanto estruturas organizadas para dar conformação à sociedade são frutos de transformações histórico-sociais complexas e que portanto apresentam ductibilidade.

Esta pesquisa tem como objetivo demonstrar a dinâmica de atuação do Estado moderno e a forma como utiliza o princípio da supremacia do interesse público no paradigma Estado Democrático de Direito. Para tanto dar suporte ao percurso dialogamos também com os recortes históricos denominados Estado Liberal e Estado Social de Direitos. O Estado fez uma trajetória pendular ligada tanto à política quanto às transformações sociais, mas a história demonstrou que o Estado influenciado por grupos de poder, desenvolveu um percurso de dominação na sociedade, desde o Liberalismo até o Estado democrático de Direito, e neste caminhar se transformou em aparelhamento muitas vezes voltado à classe que o gerou.

O Estado se edificou sobre ruínas de velhos clãs com a perspectiva de remodelagem, mas se apropriou das práticas dessas classes, reproduzindo-as em menor ou maior grau. E assim utilizou o princípio da supremacia de interesse público pelas vestes neutras da lei tanto no Estado liberal, quanto no Estado Social e também no Estado democrático de Direito. Este último apresenta maior potencial de adversidade, por que se mostra como Estado constitucional onde florescem os direitos fundamentais, mas desenvolveu o Estado neoliberal que se apresentou como perfil ideológico cujas condicionantes foram as doutrinas econômicas do livre mercado. A desigualdade entre Estado e Sociedade encontrou nos três momentos a justificativa do princípio da supremacia do interesse público como elemento sancionador das ações do próprio Estado.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público permanece como axioma informador do Direito administrativo desde o Estado liberal até hoje, e proclama superioridade do Estado de tal forma, que coercitivamente a ele é concedido poder assimétrico em relação ao particular. O Estado se ergue soberano sobre a vontade privada de seus cidadãos por se entender que a administração pública é guardiã dos interesses coletivos.

Ocorre que no paradigma do Estado democrático de Direito o movimento de transformação da sociedade repensa o Direito e suas matrizes positivistas, impulsionando críticas ao Direito Administrativo e ao princípio da supremacia de interesse público. Se o pensamento liberal que criou o conceito de direito administrativo vislumbrou o conjunto de princípios harmônicos que regem os fins do Estado e lhes deu supremacia, agora o movimento neoconstitucionalista tenta transformar a supremacia em diálogo da lei com a Constituição. A aproximação da supremacia do interesse público com a Constituição traz para a interpretação deste princípio, novos elementos. Na sociedade plural a aplicação da lei divide espaço com a interpretação principiológica revisitando velhas práticas tanto na interpretação do Direito Administrativo quanto na ação de sua supremacia de interesse público.

Assim, o Direito Administrativo é chamado a efetivar ponderação na aplicação da

---

supremacia fazendo uma análise individual de cada caso concreto, na tentativa de expurgar as assimetrias entre particular e Estado, geradoras de injustiças perpetradas pelo próprio Estado. São criadas novas práticas, a Constituição ganha novo espaço e se transforma em pólo irradiador que dialoga com o Direito Administrativo, tendo como mediadora a própria sociedade e seus imperativos sócio-políticos.

Nesse cenário a supremacia do interesse público tem seu espaço de discricionariedade mitigado pela juridicização que se reveste de diálogo entre poder judiciário e Constituição para flexibilizar interpretações e adequá-las à fluidez da sociedade plural, pois a própria Constituição é estrutura política aderente à sociedade.

Ao poder judiciário são concedidas novas atribuições interpretativas, suas ações já não se resumem à aplicação mecânica da lei, isto por que o próprio princípio da legalidade no direito administrativo se une aos princípios constitucionais. A deslegalização ou delegificação é fenômeno que atua junto à Administração pública para impulsionar a flexibilização das decisões de acordo com o caso concreto a ser analisado, gerando assim a Constituição Administrativista, unida ao poder judiciário.

O neoconstitucionalismo avulta como nova teoria apontando críticas ao exacerbamento do princípio da supremacia de interesse público, demonstrando que sua imperatividade foi adequada no nascedouro do Direito Administrativo com a teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu. Porém no Estado democrático de direito, mostra-se sem sintonia com a Constituição. Assim, a desconstrução da supremacia de interesse público é tema novo que surge na perspectiva de mitigar a assimetria do Estado face ao cidadão.

Neste aspecto, se a administração pública reflete a vontade de seus cidadãos, o interesse público que lhe é peculiar deveria ser resultante do conjunto dos interesses desses indivíduos considerados como membros da sociedade. Não é o que ocorre, todavia, pois o princípio da supremacia do interesse público é assimétrico, resultando desta relação unilateralizada, elementos paradoxais que podem suscitar grandes discussões acerca do papel do Estado no trato com a coletividade. É certo que essa contradição emerge do próprio embrião do direito administrativo, uma vez que seu nascedouro justificou-se junto ao constitucionalismo, como forma protetiva do Estado Liberal. Por conseguinte, embora do direito constitucional tenha emergido grandes ondas transformadoras, o direito administrativo permanece atado aos esquemas racionais do liberalismo. Assim, o princípio da supremacia pode por em risco a tutela aos direitos fundamentais, pois o Estado age pelas vias da autotutela.

Na interpretação do direito administrativo se acoplam traços autoritários incompatíveis com o atual momento democrático do Brasil e com a própria Constituição Federal que abriga os princípios de administração pública. No contrafluxo da sociedade democrática os dilemas atuais do direito administrativo emergem como incômodos paradoxos. Mas o direito administrativo se constitui como disciplina do Estado Moderno, por que se configura como norma delimitadora da organização do Estado-poder e de sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes. Entretanto, esse balizamento ao tempo que determina, convive com a supremacia do interesse público, que amplia poderes. Eis sua contradição.

Para o neoconstitucionalismo o direito administrativo parece já nascer paradoxal: é que no afã de romper com o Estado francês e preencher a lacuna deixada pela monarquia, acaba depositando aos pés do Estado uma gama de poderes que podem parecer sem limites. Destaque-se todavia que o momento plural da sociedade democrática pode ser traduzido também em uma complexidade que não comportaria arbitrariedades. Se de um lado o direito administrativo cinge ações de seus administrados à lei como forma de boa gestão, de outro ele próprio, deposita nas mãos

do Estado abstrato a supremacia arbitrária permitindo justificar em nome dela, quaisquer atos.

Daí a crise do direito administrativo que parece compatível com o direito moderno e pode representar uma fratura ou afastamento de direitos fundamentais do cidadão. Desta forma, o Estado pode cometer atos autoritários utilizando o princípio da supremacia como escudo autoprotetivo, estabelecendo bases conflitantes no interior do próprio sistema que rege a administração pública. Ocorre que o neoconstitucionalismo transforma a Constituição em pólo irradiador do Direito na sociedade. Isto impele às inquietações e dúvidas por ser um modelo transplantado de países europeus a exemplo da Alemanha (Robert Alexy), Itália (Ferrajoli) com aproximação também da teoria americana (Ronald Dwork). Assim se perfaz o dilema atual do direito administrativo e seu princípio da supremacia, idéia transplantada no modelo liberal aplicada em solo pátrio e replicada sem sintonia com o paradigma hodierno do Estado Democrático de Direito, que preconiza direitos e garantias fundamentais do cidadão, e não do Estado.

Tendo como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público e suas caracterizações constitucionais no Estado democrático de Direito, a problematização deste trabalho consiste em questionar:

- Como o princípio da supremacia do interesse público pode ser interpretado no Estado Democrático de Direito para cumprir os direitos fundamentais?

- Como equilibrar interesses públicos e privados no novo paradigma constitucional?

A premissa metodológica foi construída de modo múltiplo dialético uma vez que se pretendeu refazer breve recuo histórico para pontuar a supremacia do interesse público na história constitucional do Estado e suas variações. Sem ter a pretensão de esgotar tema tão complexo, realizamos uma pesquisa qualitativa construída sob pesquisa bibliográfica interdisciplinar estabelecendo diálogos entre o direito administrativo e o direito constitucional.

O diálogo entre essas duas áreas no paradigma do Estado Democrático de Direito, mostrou que se o princípio da supremacia de direito público é revestido de coercitividade e autotela, o que o torna imperativo; nos dias atuais deve ser manejado com maior zelo e ética evitando assim que sob as vestes principiológicas do neoconstitucionalismo não se incorra em mau uso e decisionismo, o que se poderia incorrer em ações tão inadequadas quanto a sua assimetria com o interesse privado.

## **2. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O nascimento do direito administrativo e do direito constitucional significou a noção garantística, vinculando a administração pública aos interesses indiretos da comunidade por via da lei, significando no Estado Liberal, uma luta contra a volta da monarquia<sup>1</sup> e o fortalecimento da racionalidade.

---

<sup>1</sup> Binenbojm (2006, p. 9-17) discorda dessa visão nascedoura do Direito Administrativo, ressaltando que a idéia garantística que dá como certidão de nascimento do Direito Administrativo a Lei pluviose do ano VII de 1800 não é a mais adequada. O autor destaca que essa descrição é um erro histórico, ou reprodução acrítica de um discurso embotado pela visão garantística. E que na verdade a separação dos poderes com a perspectiva do executivo cumprir o princípio da legalidade é um golpe

A administração como exercício da lei, teve a perspectiva de subordinar as ações dos gestores à vontade heterônoma do Estado que lhes é mantenedor. Neste aspecto, “vale lembrar que o direito administrativo se desenvolveu em um período marcado pela crença na completude das grandes codificações” (BINENBOJM, 2006, p. 12). Na origem o direito administrativo desenvolveu normatividade, como forma de racionalizar os mecanismos do Estado, todavia o que se verificou foi a rigidez de formas, que culminada com hermetismo, acabou por produzir verticalidade e um giro aproximativo da autocracia, se nutrindo dos ideais monárquicos que combateu. Assim é possível dizer que o direito administrativo desde o início, trouxe consigo elementos contraditórios que se agravaram com sua trajetória, culminando na atualidade em descompasso com a Constituição.<sup>2</sup>

No Estado Liberal a supremacia do interesse público foi o manto com o qual se revestiu o Estado para inserir ações em nome da liberdade. De cunho controverso, a liberdade efetivada significou naquele lapso histórico a imposição da vontade de uma classe concretizada pelas mãos do Estado. Bonavides (1996, p. 27) explica “que na doutrina do liberalismo o Estado sempre foi o fantasma que aterrorizou o indivíduo. O poder, de que não poderia prescindir o ordenamento estatal, aparece na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade”. Destaque-se que até hoje essa verticalidade do interesse público é destacada como elemento mais elevado do regime jurídico do direito administrativo e com ele se espraia através dos atos de execução dos gestores para os demais poderes. Portanto,

[...] trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo de sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2005, p. 58)

No nascedouro o direito administrativo preconizou segurança na sociedade, mas demonstrou ambivalência, pois excluiu certos atos de reexame pelos outros poderes, e deu legitimidade ao executivo, privilegiando a administração. Binjenbojm (2006, p. 23) denomina essa contradição de “vício de origem” do direito administrativo. Mas ele se corporificou como elemento estruturante da administração pública, obteve status de campo autônomo que sustenta o Estado e atende os três poderes (executivo, legislativo e judiciário), com elevada supremacia indisponível.

Binjenbojm (2006) destaca com propriedade que no curso histórico o direito administrativo percorreu caminhos contraditórios, chegando a separar-se do Direito Constitucional, fenômeno o que o autor chama de “deslocamento”, explicando que, se

---

visando alargar a liberdade decisória do executivo, tornando-o independente do controle judicial. Nesse aspecto, para o autor o direito administrativo é uma forma de reprodução do antigo regime, pois é tão autocrático quanto ele. E ainda, o direito administrativo foi a desconfiança dos franceses aos tribunais judiciais, para afastar o judiciário de seus atos e diminuir a esfera de controle. Para o autor o modelo de administração implantado pelos portugueses no Brasil, encontrou farto material para se legitimar.

<sup>2</sup> Sobre este descompasso, Lênio Streck destaca um fosso entre a modernidade tardia nos países periféricos e as Constituições, propondo a “teoria da constituição dirigente para países periféricos. Neste sentido ver STRECK, Luiz Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

de um lado as constituições brasileiras mudaram, o direito administrativo permaneceu isolado, imune a elas, se nutrido de axiomas próprios, “mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais” (BINENBOJM, 2006, p.20).

O direito administrativo no Brasil revestiu-se na verdade, no dogma da sistematização do fazer cotidiano da administração pública, se consubstanciando como elemento disciplinador das ações do Estado. Desta forma exercitou um hermetismo tanto à constituição quanto à sociedade, fazendo de sua autonomia um escudo para imunizar os administradores públicos “da normatividade constitucional” (BINENBOJM, 2006, p. 19). Além do que, se revestiu de elevada importância perfazendo-se como ciência das ações do Estado enquanto gestor.

Meirelles (2005, p. 41) explica que isso acontece pela estreita necessidade entre Estado e gestão, destacando que o “[...] o Estado para atender seus fins, atua em três sentidos - administração, legislação e jurisdição - e em todos eles pede orientação ao Direito Administrativo”. Daí a noção de imprescindibilidade e alto valor agregado concedido à área, o que o torna suprema em sua importância.

Na verdade a organização e exercício de atividades estatais se personificaram no poder da administração pública discricionária<sup>3</sup> muitas vezes sem “quaisquer alusão aos princípios e regras constitucionais” (BINENBOJM, 2006, p. 19). Isto tudo protegido pela retórica de satisfazer o bem comum, concretizado através de atos administrativos que não poderiam se afastar dos componentes legais.

Ressalte-se ainda o elemento vertical que permaneceu desde o nascimento do direito administrativo criando linearidade entre administração pública e coletividade, com a justificativa de cumprimento da lei, sem se deixar controlar pelo poder judiciário. Binenbojm (2006, p. 38-42) destaca que essas contradições de nascedouro do direito administrativo estão postas principalmente em sua feição parcial - há parca neutralidade nas ações, embora se proclame a matriz weberiana<sup>4</sup> como processo racional. Por giro contrário há parcialidade em proveito do poder estatal, uma vez que ao criar o direito que lhe era mais conveniente, o Estado aplicou-o em situações de assimetria à coletividade.

Dito isso, observa-se um elemento de imunização decisória protegida pelo princípio da legalidade, e sobretudo, vê-se resquícios da tradição monárquica de ação absolutista no princípio da supremacia do interesse público. Ademais disto o aparato legal que conforma o direito administrativo tem fundamentos nas concepções militares, apresentando rígida hierarquia e escalonamento nos moldes de estruturas napoleônicas. Binenbojm (2006, p. 47) destaca o anacronismo, assegurando que “o instrumental do direito administrativo refere-se a uma realidade de um século atrás” e sua interpretação é verticalizada, portanto está em dissonância com o modelo horizontal de interpretação da Constituição, na sociedade moderna.

---

<sup>3</sup> Na verdade Binenbojm (2006, p. 19-23) destaca que a controvérsia do direito administrativo, explicando que se a separação de poderes foi efetivada para imunizar o executivo do controle dos atos pelo judiciário, a discricionariedade foi um princípio contrário à legalidade, sendo visto como insubmissão, ou pelo menos não-submissão à lei.

<sup>4</sup> Tragtenberg, Maurício (1992, p. 89-104) explica que a matriz weberiana é uma corrente de pensamento que influenciou as ciências humanas, e tem como seu principal expoente o sociólogo Max Weber. As premissas do pensamento weberiano trazem os conceitos de previsibilidade e racionalidade como elementos marcantes.

O Estado de bem estar social<sup>5</sup>, paradigma que sucedeu o Estado Liberal também foi uma resposta governamental às demandas sociais provocados pelo capitalismo, e sobretudo “é produto da reforma do modelo clássico do Estado liberal” (CRUZ, 2011, p. 162) pois conserva sua adesão ao capitalismo, não renunciando aos postulados econômicos do liberalismo, mas elabora transformações à medida que faz intervenções nos domínios econômicos e sociais.

Assim “um sistema político-econômico que mantém um âmbito privado capitalista, encarrega o Estado de tarefas relativas à obtenção de tarefas sociais” (CRUZ, 2011, p.167); nessa relação antagônica o conceito de interesse público é mais uma vez a intervenção verticalizada do Estado, uma vez que ele “é a adaptação do Estado burguês capitalista [e funciona] com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático: acumulação capitalista e garantia de direitos sociais” (CRUZ, 2011, p.165).

Bobbio (1995, p.187) destaca que as desigualdades no Estado Social - quando se compara povo e dirigentes – residem na “ideologia que [...] sempre hostilizou as massas e encareceu o papel essencial das elites dirigentes [...]”. Assim o interesse público ganha contornos de politização da função social, assim como meio de agravar a dependência do cidadão e se consolidar em alguns países o totalitarismo.<sup>6</sup>

No paradigma do Estado Democrático de Direito Binenbojm (2006, p.20-27) chama a atenção, para “a fuga ao direito privado”, como um paradoxo do direito administrativo. Ele fora constituído com conotações de ramo público, mas inicia desde a falência do Estado de bem-estar, um tortuoso caminho suscitando críticas, desde sua inadequação com as Constituições, até sua camuflagem de interesses.

É que neste caminho há complexas conotações uma vez que sua direção deságua em interesses pessoais, sancionados pelo próprio Estado, e que se constituem como a falência dos paradigmas do direito administrativo. A fuga para o direito privado significa que o Estado se transmuta em Estado regulatório, através de parcerias com o setor privado na perspectiva de dinamização da gestão pública.

Assim o gerencialismo<sup>7</sup> ao aproximar-se da administração pública e imputar-lhe modelos de organizações privadas subverte o direito administrativo. Binenbojm (2006, p. 20) sobre este aspecto destaca que à gestão pública tem aderido o fenômeno de parcerias com a iniciativa privada, e com isso,

[...] assiste-se a emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre gestão pública e privada: a atividade da gestão privatizada (regime

<sup>5</sup> Cruz (2011, p.171) considera o início do Estado de bem estar social a implantação na Inglaterra do Beveridge Information que reorganizou a seguridade social, nos anos posteriores à primeira guerra mundial. É possível reconhecer também o Estado de Bem Estar na legislação social da Alemanha de Bismarck, assim como Leis da Prússia entre 1883 e 1889.

<sup>6</sup> Assim o fizeram Lênin e Sorel no socialismo; Pareto e Mussolini no fascismo; Gobineau, Rosenberg e Hitler, no racismo (BOBBIO, 1995, p. 188)

<sup>7</sup> Os modelos “administração pública gerencial (APG)” e “governo empreendedor” são protótipos de iniciativa privada inseridos na administração pública, trazendo dentre outros aspectos objetivos tais como: produtividade e mensuração, descentralização na gestão, desagregação do serviço público em órgãos independentes e especializados, policentrismo. Os dois modelos foram denominados genericamente de gerencialismo. V. Bresser-Pereira, Luiz Carlos. *Da administração burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, 1996. OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

---

administrativo flexibilizado) e a atividade da gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado).

Neste sentido, Barroso (2005) destaca que o perfil do Estado brasileiro foi alterado por reformas na administração pública, iniciando-se assim novo modelo que tenta operar de forma mais aderente ao Estado democrático. A participação ampla do Estado nos processos econômicos globalizantes são corolários da redução do papel do Estado enquanto agente de empreendimento, focando a prestação de serviços em parcerias com o setor privado. Essa desestatização conduz o mercado ao papel de protagonista neste cenário denominado de modelo neoliberal.

Essas alterações põem em relevo o Direito Administrativo e a própria gestão pública<sup>8</sup>, forçando-os a adotar práticas mais adequadas ao momento democrático posterior à Constituição de 1988. O autor cita dentre outros aspectos da constitucionalização administrativa, a permissão da entrada do capital estrangeiro no Brasil, junto à desestatização e o fortalecimento do Estado empreendedor<sup>9</sup>, estabelecendo com o setor privado uma relação denominada de parceria. Essas modificações impelem nova interpretação do Direito Administrativo segundo Barroso (2005,) sua aproximação com os princípios constitucionais fazendo uma democratização e mitigando seu caráter de verticalidade<sup>10</sup> adicionando-se a isso os próprios princípios da administração pública, que agora recebem outra roupagem.

Agora pelo novo paradigma, a discricionariedade deixa de ser um espaço de larga “liberdade decisória, para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais entre os diferentes bens e interesses jurídicos (BINENBOJM, 2006, p.71)”. Neste aspecto tanto o direito administrativo quanto o constitucional acatam a complexidade dos fenômenos jurídicos, que se tornam aos olhos da Constituição, mais subjetivos. Desta forma, o poder judiciário passa a dialogar com o princípio da supremacia de interesse público, através do exame dos atos administrativos, de forma que os atos discricionários passam a ter parâmetros jurídicos em consonância com os administrativos.

Então a constituição abraça o direito administrativo tanto no texto legal, quanto nas interpretações da doutrina, exigindo dos administrativistas, novo posicionamento e ressaltando a inconveniência do Direito Administrativo com a roupagem vetusta do princípio da supremacia de interesse público. Vejamos quais suas principais características.

## **2.1 AS DIVERGÊNCIAS ENTRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DE INTERESSE PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Quando se relaciona Estado e políticas públicas, adjacente está o direito

---

<sup>9</sup> Junte-se a essas transformações a implementação das agências reguladoras independentes, como órgãos de posicionamento externo à responsabilidade política do governo. Caracterizadas como órgãos autônomos, rompem o princípio da unidade da Administração como metáfora piramidal e inauguram “novo paradigma de ação em rede que lembra a configuração policentrista (BINENBOJM, 2006, p. 22).”

<sup>10</sup> No estado democrático de direito, o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático tal como delineados na Constituição também passa a exercer papel preponderante no direito administrativo.

administrativo formando com o direito constitucional a díade do Estado moderno. Geralmente nas transições democráticas se busca adaptação e reestruturação do aparato estatal aos limites do novo texto constitucional. Mas nos diversos países tanto europeus quanto norte-americanos o direito administrativo desde seu nascimento<sup>11</sup> sobreviveu incólume às mudanças constitucionais que o circundaram, de forma a se tornar disciplina afastada das Constituições criando dessa forma dicotomias muito sérias e inadequações entre os princípios constitucionais e os princípios administrativos.

Isso acontece com o princípio da supremacia do interesse público a partir do nascedouro, se nutre de neutralidade para justificar ações personalistas, que parecem desidratadas de ética, e carentes da visão republicana enquanto noção de “*res publica*”. Então, se a formação do Estado se revestiu da mesclagem entre público e privado no manejar de interesses nem sempre razoáveis, hoje o princípio da supremacia do interesse público começa a receber críticas, pois há corrosão, à medida que ele colide com outros princípios administrativos e constitucionais.

O novo paradigma destaca que, a supremacia de interesse público está acoplada à coercitividade, e poderia violar direitos fundamentais. Já o direito administrativo se defende respondendo que seus atos são impessoais e alega a supremacia do próprio Estado. Desta forma, vários embates sobre essas questões tem sido trazidos à tona no novo paradigma constitucional que destaca a fragilidade teórica e inadequação do princípio da supremacia do interesse público.

### 2.1.1 A DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO

Os conceitos de supremacia de interesse público<sup>12</sup> dantes expostos demonstram um permanente binômio Estado-particular caracterizado por esferas público-privadas como elementos dicotômicos. A equidistância entre esses pólos é resquício histórico ou “conseqüência da organização da polis que determinava o lócus de fixação de cada pessoa a partir de sua condição na cidade (ARENDDT, 2008, p.33)”. Esse pensamento binário liga-se também ao direito natural racionalista dos séculos XIX cuja intenção consistia em separar elementos por ordem de grandeza para classificá-los a partir de categorias racionais ordenadas para efetivar ações de império. A supremacia justificada como condição de racionalidade que deveria servir para afastar decisões mescladas por interesses pessoais dos administrados, agora se reveste do gosto e expectativa peculiar do próprio Estado, transmutando-se assim a essência do princípio que deveria ser um elemento para resguardar o interesse público, protegendo-o.

Mas essa fragmentação é débil pois interesses público e privado se articulam de forma permanente, pois estão postos na sociedade de forma tão conexos que não se

---

<sup>11</sup> Ao realizar um recuo histórico ao nascedouro do direito administrativo chega-se ao período da formação do estado de direito, nos modelos alemão e francês, sendo que a escola alemã tem matriz com feições racionalizadoras, apresentando o modelo de pirâmide conformadora de sua estrutura, com perfeição formal; neste modelo a supremacia do interesse público é fator preponderante. Já a escola francesa, de matriz garantidora tem caráter prestacional. Aragão (2005, p.1) destaca que “essa visão racional, se opôs à teoria de Duguit”, que na França deu origem à Escola do Serviço Público.

<sup>12</sup> Destaque-se também o conceito de interesse público como algo de textura ampliada, com dimensão muito extensa, podendo ser transformado em nomenclatura indeterminada com o qual é complexo trabalhar.

pode estabelecer contradições entre eles, uma vez que são complementares, e algumas vezes convergentes. Aragão (2005, p. 7) ao aduzir as razões da impropriedade dicotômica do princípio de supremacia de interesse público, destaca também a inadequação mecanicista de tal princípio com a própria noção de interesse público lembrando que,

A doutrina contemporânea refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo padrão de comparação. Menciona-se a indeterminação e dificuldade de definição de interesse público, e a sua difícil e incerta avaliação, [...] o que gera crise.

Logo, o princípio serve como capa protetiva ao Estado para ações peculiares se utilizando da dicotomia público-privado como justificativa. E ainda, cria um fosso assimétrico entre Estado e cidadão, a medida que evidencia o Estado em detrimento da pessoa física.

### 2.1.2 ASSIMETRIA ENTRE ESTADO E PARTICULARES

Na esfera relacional com a comunidade (interesse privado) o princípio da supremacia de interesse público, em nome do bem comum e dos fins da coletividade já se antepõe com prevalência diante dos particulares. Esse princípio decorre do poder de império do Estado em adotar a si próprio como vetor principal, mas essa categorização é mais severa, uma vez que há a onipotência do Estado diante dos particulares, podendo às vezes exercer tirania, a partir de ações que o fazem merecedor de maior atenção que o próprio cidadão. É a teoria da dimensão menor da pessoa, que refaz o perfil do Estado arbitrário, diametralmente maior. E mais grave ainda, nessa cisão é que a separação é enganosa, pois na prática ela não se mantém pois Estado e indivíduo são partícipes do mesmo conjunto social. Binenbojm (2001, p. 100) sobre o tema, destaca que,

[...] a relação bipolar estado/cidadão enquanto objeto central do direito administrativo, apresenta-se em tom necessário e inexorável. Na prática, contudo, constata-se o caráter multipolar das relações administrativas permeadas que são por vínculos nos quais inexistente necessária contraposição [e superioridade] entre público e privado.

A proclamação da superioridade se faz na tentativa de afastar critérios de decisões não institucionais ou decisões pessoais de cunho privado que por certo desgastariam a função estatal. Pela supremacia, diz Meirelles (2005, p. 40-45) que a vontade da coletividade comunga-se aos atos de execução na gestão pública, de maneira que se possa antever garantias constitucionais cumpridas.

Ocorre que as Constituições destacam como prevalente a pessoa humana. Logo, a realização de interesse privado sob o abrigo da Constituição não é desvio de finalidade, pois a promoção do interesse privado também é perspectiva de atendimento da coletividade, uma vez que aquele cidadão protegido também é parte dela. Os cidadãos representam o fim para o qual se volta o próprio Estado, aqui tomado como instrumento para consecução dos direitos fundamentais dessas pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana destaca com propriedade que o cerne de suas ações repousa na pessoa física - ela, é alvo para atuação das Constituições que por sua vez, devem garantir a satisfação dos direitos subjetivos.

Logo, não há que se falar em interesse do Estado prevalecente ao da pessoa física, tampouco interesse público abstratamente considerado sobrepujando-se ao interesse privado.

Neste sentido a assimetria entre Estado e particulares vem sendo mitigada no Estado democrático de direito, pois “a supremacia de interesse público não existe somente para esmagar o indivíduo sob uma jurisdição consagradora de privilégios injustificáveis (BASTOS, 1994, p.30)”. Ela existe para que o Estado em consonância com a Constituição consiga efetivar os direitos fundamentais da pessoa, e não do Estado. É também nessa linha de entendimento que se posiciona a moderna doutrina ressaltando que no sentido de minorar a verticalidade o princípio da supremacia do interesse público,

[...] vem sendo matizado pela idéia de que à administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância para que não ocorra sacrifício *a priori* de nenhum interesse; o objetivo dessa função está na busca de compatibilidade ou conciliação de interesses (MEDAUAR, 2006, p. 145).

Depreende-se que o princípio da supremacia de interesse público se encontra inadequado ao neoconstitucionalismo, uma vez que as Constituições receberam transformações e o direito administrativo permaneceu com a mesma roupagem Liberal. Neste aspecto o princípio sofre profundas pressões, a mais severa delas é o anacronismo que desemboca em sua inadequação enquanto princípio.

### 2.1.3 A INADEQUAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO COMO PRINCÍPIO

Desta forma, a partir da crise atual do direito administrativo o princípio da supremacia de interesse público recebe críticas exigindo que seja redefinido, uma vez que ele se incompatibiliza com a Constituição já que esta protege como interesses maiores, os interesses dos indivíduos, e aquele protege *prima facie*, o Estado. A mais contundente crítica tenta desconstruir o princípio da supremacia do interesse público, atacando sua estrutura, negando-o como categoria de princípio.

Para Ávila (2007, p. 30) por razões diversas não há que se denominar a supremacia como princípio<sup>13</sup>, uma vez que o conceito de princípios é incompatível com a atuação de supremacia, ademais assevera o autor, o referido princípio da supremacia de interesse público não está implícito no ordenamento jurídico do Estado democrático de direito. Dele não influi supremacia do Estado, logo a prevalência do interesse público não decorre de análise sistemática do ordenamento. Para ser princípio se necessita dialético, prerrogativa ausente na supremacia de interesse público, que não dialoga, tampouco admite associação com o interesse privado.

Assim como inadequado também o é, o uso da supremacia de interesse público, de maneira pretensiosa a iluminar todo o ordenamento jurídico como farol no alto da

---

<sup>13</sup> Ávila (2007, p. 24-27) ao discorrer sobre a inadequação do princípio da supremacia descreve os conceitos de princípios como axioma, como postulados e princípios como norma, demonstrando que o princípio da supremacia de interesse público não se encaixa em nenhum dos conceitos, daí sua impropriedade.

torre, sem fazer referência aos outros princípios. Essa noção de insularidade não se sustenta, uma vez que a noção de princípio remete às inferências com outros princípios. Adicione-se a isso, a característica de que o princípio da supremacia de interesse público também padece do vício da rigidez, isto por que ao tratar de supremacia é culminado alto valor que não se flexiona, prevalece de plano imediato a supremacia.

Essa característica monolítica impede que o princípio da supremacia possa ser efetivado em gradações diferenciadas, de acordo com o caso concreto. Desta forma não admite ponderação, dificultando a compatibilidade com os postulados da proporcionalidade ou razoabilidade, negando assim a característica da auto referência que os princípios fazem uns aos outros, através de diálogo.

Na verdade desde o nascimento do direito administrativo, há no regime jurídico conflitos insanáveis, incompatíveis com a noção de sistema que preconiza integração de elementos e aplicação de normas no sentido de imprimir equilíbrio ao julgamento dos bens jurídicos demandados, de modo a efetivar prestação jurisdicional adequada a cada caso concreto tomando como julgamento o prisma da igualdade entre partes.

Logo, a relação bipolar público-privada antinômica, típica de momentos menos singelos do espaço jurídico foi substituída por relações multipolares envolvendo diferenciadas situações que não mais se restringem ao binário esquema Estado-cidadão. Ávila (2007, p. 26) destaca neste aspecto,

[...] as novas figuras e as novas relações jurídicas que não envolvem estritamente uma contraposição entre público e privado, [e cita como exemplo:] a decorrência da privatização de serviços públicos, a necessidade de fiscalização e cooperação nas áreas como telefonia e mídia eletrônica [e ressalta que estes serviços] são prestados indiretamente pelo Estado atuando através de outros agentes.

Desta forma, diante do influxo Estado-cidadão, seria interessante que a análise do direito administrativo primasse pela interpretação dialogicizada às relações multipolares envolvidas na sociedade. Neste novo cenário a relação público-privado parece ter se evanescido, cedendo espaço para relações poligonais de alta complexidade. Essas novas configurações parecem incongruentes com a unidirecionalidade do princípio de supremacia pública sobre interesses privados.

Pela visão unilateral suprema do Estado se inobserva as especificidades de cada caso, impondo ao invés invariável relação de preponderância cujo ápice é ocupado pelo próprio Estado com a visão de alta relevância, corporificada no princípio da supremacia de interesse público. Ocorre que como princípio<sup>14</sup> tem em seu cerne visões contraditórias, carregando como princípio que é, a característica de diálogo; mas essa comunicação é efetivado através de roupagem verticalizada, incompatível com o conceito moderno de princípio, portanto de difícil diálogo no neoconstitucionalismo.

---

<sup>14</sup> Ávila (2007, p. 28-30) destaca que, se analisado sob a ótica da Constituição brasileira de 1988, o princípio da supremacia de interesse público lá não encontra abrigo. Isso por que ao proteger valores como cidadania, igualdade, segurança e propriedade privada, a Constituição dá amparo de imediato ao cidadão, e não ao Estado. Ademais a Constituição institui normas fundamentais tutelando a dignidade humana, assegurando ao indivíduo e seus interesses privados a prevalência, já que a Constituição de 1988 é cidadã. Logo, faltam na Constituição brasileira de 1988 fundamentos jurídicos de validade ao princípio de supremacia de interesses públicos que possam fazê-los prevalente ao privado.

### 3. NEOCONSTITUCIONALISMO E AS NOVAS FORMAS DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

As transformações advindas de constelação de forças pressionam o Direito, que enquanto ciência social não pode se isolar nos códigos. Paralela à descodificação, o século XX conduz os países<sup>15</sup> à jurisdição constitucional como movimento ampliativo com conotações diferenciadas. O Direito Administrativo, todavia, permanece sem modificações, reproduzindo modelos na esfera liberal, vislumbrando o Estado como elemento supremo, que se reporta aos códigos negando transformações sociais.

Barroso (2006, p. 5) destaca que o século XX apresenta três momentos histórico-sociais de conotações bem demarcadas, cada um deles com denominações apropriadas e características peculiares, sendo que neles o Direito Administrativo e seu princípio da supremacia de interesse público não se modificam. O Estado liberal, continua o autor, inaugurou a etapa da pré-modernidade, seguido pelo Estado de Bem Estar social na era da modernidade; e por fim a pós modernidade desenhada com as colorações do Estado neoliberal ou Estado democrático de direito.

Como superação do positivismo o Estado democrático de direito se articulou com o pós-positivismo e se remodelou, Sarmiento (2005, p.xi) cita como exemplo “[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” Como exemplo de transformações no final do século XX inicia-se o movimento denominado neoconstitucionalismo.

Barroso (2005, p. 10-12) destaca que são três os marcos delimitadores do neoconstitucionalismo. O marco histórico foi a ressignificação da ciência jurídica no pós segunda guerra<sup>16</sup> que fez valores como ética e moral se reaproximam do Direito. O marco filosófico que traça o limítrofe desse momento histórico foi o questionamento do positivismo com posterior ascensão do pós-positivismo<sup>17</sup>. E por fim o marco teórico significando uma gama de idéias interdisciplinares.<sup>18</sup>

Pelo neoconstitucionalismo a constituição ganha novo tônus, passando a representar junto às leis esparsas o documento mais relevante do sistema jurídico vislumbrado como força plural capaz de impulsioná-lo, e assim o faz como núcleo interconectado com as demais normas que com ela são complementares e dialógicas implicando verdadeira sinergia jurídica que como tal, demanda novas interpretações. É o neoconstitucionalismo um paradigma de rearticulação da ciência jurídica com a ética através do direito constitucional, na perspectiva de reconstrução do próprio fenômeno jurídico e sua interpretação.

---

<sup>15</sup> Barroso (2001, p. 2-6) destaca que o marco histórico do novo paradigma foi o constitucionalismo pós segunda guerra mundial, especialmente na Alemanha e Itália. No Brasil, inicia-se com a constituição de 1988. O autor destaca que a reaproximação da constituição e democracia produz nova reorganização sócio-política.

<sup>16</sup> A constituição da Alemanha ou Lei fundamental de 1949 e a Constituição da Itália em 1947 são elementos históricos demarcadores da transmutação constitucional.

<sup>17</sup> O pós-positivismo é uma releitura do positivismo, uma vez que significa um conjunto complementar de novas idéias entre elas a argumentação jurídica e a leitura moral do Direito com aproximação da Filosofia.

<sup>18</sup> Dentre essas idéias, destaca-se a nova interpretação constitucional, a expansão da jurisdição Constitucional e a força normativa da Constituição.

Sendo que pelo novo paradigma, o intérprete resgata a constituição da periferia do ordenamento normativo para ocupar espaço de núcleo donde emanam valores, e com eles estabelece um emergente de sintonia que também se liga aos critérios de tempo e espaço social. Barroso (2006, p. 332) para ilustrar essa gramatura destaca que “[...] a interpretação constitucional envolverá uma operação intelectual singela”.

Isto por que sendo a Constituição novo artefato para amalgamar relações jurídicas, ela se reveste de elevada carga axiológica e passa a ser elemento de filtragem na sociedade, de tal maneira que ocorre verdadeiro fenômeno de constitucionalização do direito. Barroso (2006, p.338) entende que “a Constituição passa a ser encarada como sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores suprapositivos no qual as idéias de justiça e de realização de direitos fundamentais desempenham papel central”.

Portanto, ao se falar em nova interpretação constitucional quer se destacar que a singularidade da norma constitucional demandou nesses novos tempos um elenco próprio de elementos desenvolvidos para suprir a carência do método tradicional, sem contudo anular suas premissas, mas dialogar com elas. Binbenojm (2001, p.53) assevera que “a Constituição assume, como nos albores do liberalismo, a feição de uma constituição-garantia”.

Barroso (2005, p. 34-38) destaca que este novo olhar que remodela a interpretação passa a trabalhar com diferentes categorias, tais como: os conceitos indeterminados, a proporcionalidade, as cláusulas gerais, a ponderação, a colisão de normas constitucionais, e os princípios. Para este artigo foram selecionamos a partir do entendimento de Barroso as categorias: cláusulas gerais, ponderação de normas constitucionais e princípios constitucionais que, ao constar na pauta do neoconstitucionalismo passam a impelir nova interpretação ao princípio da supremacia de interesse público.

### 3.1 CLÁUSULAS GERAIS

A Constituição como sistema aberto exposto ao diálogo constitui-se de um conjunto de regras e princípios com forte tendência integrativa, por assim dizer ativo, mas complementar ao ordenamento jurídico formando a idéia de totalidade integrativa que apresenta aspectos não simétricos. Essa noção de dialeticidade implica reconhecimento de critérios mais generalistas evocando quase sempre a idéia de conjunto incompleto, que também remete ao conceito de incerteza, fato que de *per si* colide com a idéia vertical do princípio da supremacia do interesse público frente ao cidadão.

Destaque-se que a Constituição forma a idéia de conjunto de unidades reciprocamente consideradas, valendo dizer um sistema complexo<sup>19</sup> interconectado às demais normas. Daí já se vê a discórdia entre o neoconstitucionalismo e a teoria monolítica do princípio da supremacia do interesse público.

Isto significa, portanto, que a estrutura e conformação constitucional repousam na idéia imperfeita da inexistência racional, demonstrando multicaracterizações de demandas - essa organicidade que envolve o sistema pode apresentar permanentes

---

<sup>19</sup> Sobre o tema ver, Morin, Edgar. *O Pensar Complexo*. Rio de Janeiro: Garamond, 1999. O livro trata da forma como a ciência vem substituindo o pensar racional pelo orgânico.

tensões, pois o convívio entre antagonismos é a tônica da sociedade, principalmente na era pós-moderna. Ressalte-se portanto, que esses temas constitucionais são estudos dos fenômenos sociais e operam pelo panoramas de ambigüidades e conflitos, devendo apresentar-se aberta, portanto incongruente com a exatidão e certeza da supremacia do interesse público que faz uma trilha quase monárquica, isolada, imperial.

Nesta seara, as Constituições são por excelência diálogos abertos que carecem de esforços intelectivos cuja interpretação possa aclarar as dialeticidades de seus objetivos que muitas vezes se mostram comandos plurais. Logo as cláusulas gerais são conceitos jurídicos porosos de alta flexibilidade que muitas vezes mostram-se indeterminados, já que possuem tessitura aberta necessitando portanto de impulsos hermenêuticos para que sejam interpretados de forma congruente à Constituição.

As cláusulas gerais são diretrizes alargadas que se apresentam incompletas no texto constitucional, na verdade são normas em abstrato que no fluxo social podem sofrer diferenciações envolvendo múltiplas colorações pois são principiológicas. Daí Barroso (2005, p. 23) com propriedade afirmar que “não há univocidade na interpretação [...] e que a norma em sua dicção abstrata já não mais desfruta da onipotência [positivista]”. É que no fluxo da sociedade atual os conflitos se mostram diferenciados e já não mais contemplam interpretações verticalizadas como se as esferas sociais replicassem as mesmas ações de forma estanque.

Nessa dimensão plural a interpretação da Constituição pelas cláusulas gerais pode apresentar ambigüidades, pois elas são abertas, e desta forma, são heterogêneas ao princípio da supremacia do interesse público e sua roupagem homogeneizadora. No neoconstitucionalismo o Direito se torna fenômeno de diálogo entre si mesmo nas diversas áreas e entre outras ciências, logo esse diálogo pode suscitar conflitos de interpretação e colisão entre suas normas, fato impensado na supremacia de interesse público. Esses entrosques são na verdade, a riqueza do fenômeno da interpretação, e necessitam portanto de ponderação subjetiva na aplicação.

### 3.2 PONDERAÇÃO

As normas (regras e princípios) são descrições de situações fáticas, que devem ser analisadas em confronto com a complexidade do todo para aplicação no caso concreto. Necessitam de análise ou juízo de valor, pois não se constituem mandamentos racionais exatos, prontos para concretização objetiva. Assim Barroso (2006, p.346) destaca que “ponderação é técnica jurídica aplicada a casos de difícil aplicação” explicando que casos difíceis<sup>20</sup> são situações que permitem aplicação de diferentes normas de mesma hierarquia e que podem apresentar múltiplas soluções. Essa amplitude de respostas contidas em normas diversas, gerando por seu turno soluções diferenciadas desafia o intérprete a pensar outra solução que não seja somente a idéia subsuntiva.

Em situações de tal complexidade, quase sempre há tensões nos interior das normas, provocando entre elas o fenômeno da colisão. Nestes complexos casos a subsunção da regra não é a melhor escolha, uma vez que sua adequação não

---

<sup>20</sup> Dworkin (2002, p. 126) explica que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem o poder discricionário para decidir.”

corresponde ao caso, isto por que subsumir significa trabalhar com elemento verticalizado, e em muitos casos faz-se subsunção pela interpretação unívoca. O princípio da supremacia do interesse público, no entanto, é incongruente, pois embora princípio refuta a complexidade e não valora os elementos colidentes.

Já a técnica interpretativa de ponderação faz exame minucioso das normas para então escolher aquela que melhor se coadune ao caso concreto, diz Binbenojm que (2001, p. 108) “a ponderação é forma de proporcionar acomodação otimizada” entre normas díspares. Na ponderação se trabalha de forma multidirecional aplicando-se a adequada decisão. Para Binbenojm (2001, p.109) “a ponderação pode ser compreendida como método destinado a estabelecer prevalência entre elementos que se entrelaçam”.

A ponderação é estratégia argumentativa dual e híbrida que se perfaz a partir de análises procurando minimizar riscos de não atendimento à Constituição. Barroso (2006, p. 346-347) descreve a ponderação em três etapas, aqui sucintamente descritas:

Na primeira cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso identificando conflito entre elas [...] na segunda cabe examinar os fatos e circunstâncias concretas do caso [...] e na terceira etapa a ponderação singulariza-se em oposição à subsunção, [sendo que] esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da razoabilidade ou proporcionalidade.

Além disso, Dworkin (2002, p. 128) destaca que “as leis e regras do direito costumeiro (*common Law*) são quase sempre vagas [e que na sociedade atual] surgem problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes”. Em situações como essas a decisão adequada é recorrer aos princípios estabelecendo através da ponderação, os mais adequados ao caso concreto. Binbenojm ao tratar da interpretação da Constituição (2001, p. 55) destaca que “[...] outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos direitos fundamentais e da democracia, também na linha pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético”. Apostando embora na razão prática e no intersubjetivo e dialógico da racionalidade - esta linha de pensamento tem em Jürgen Habermas, seu mais eloqüente e profícuo formulador.

### 3.3 PRINCÍPIOS

O Direito é composto por um conjunto de elementos normativos formando um complexo sistema interpretativo. Barcellos (2002, p.31) diz que “o elemento essencial do direito [...] e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade.” Normas enquanto comandos caracterizam-se por um conjunto donde se ramificam outros ordenamentos jurídicos<sup>21</sup>. Depreende-se que a categoria norma<sup>22</sup> é gênero jurídico ou

<sup>21</sup> Barcellos (2002, p. 43) destaca que “a teoria geral do direito consolidou o entendimento hoje generalizadamente aceito, de que as normas jurídicas - e assim também as normas constitucionais - podem ser classificadas quanto à sua estrutura, em duas categorias: princípios e regras”.

<sup>22</sup> Diniz (2005, p. 353) destaca que “as norma jurídicas, cuja pluralidade constitui a ordem jurídica vigente para cada cultura, apresentam conteúdo que varia de acordo com as épocas, lugares, políticas dominantes, etc...”

tronco donde emanam as duas espécies quais sejam: regras e princípios. Se as regras são relatos objetivos descrevendo condutas ou elementos fáticos que serão aplicadas à situação, é possível destacar a racionalidade nelas contida. Barroso (2006, p. 338) ensina que por serem relatos objetivos, “ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir pelo mecanismo tradicional da subsunção” estabelecendo-se um liame entre fato e comando que se unem de forma inequívoca.

Dworkin (2002, p. 40) ao estabelecer diferenciação entre regras e princípios ensina que “os dois conjuntos de padrões distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada* [...]” significando dizer que vale para aquele caso e oferece resposta, ou nada contribui.

Já os princípios são normas consagradoras de valores, eis então sua característica orgânica, significando propriedades probabilísticas carregadas de roupagens valorativas que lhes concede conteúdos axiológicos aproximativos da moralidade, pois “formam uma exigência da justiça e da equidade” (BARCELLOS, 2002, p.47). Desta forma os princípios enunciam razões que conduzem a interpretação a determinados fins, uma vez que possuem “a dimensão de importantes tipos particulares de padrões” (DWORKIN, 2002, p.46).

Neste entendimento há paridade entre regras e princípios, significando dizer que são categorias simétricas<sup>23</sup>, de forma que não se estabelece entre as duas normas o critério da hierarquia, embora se possa afirmar que os princípios sejam orientações diretivas de caráter mais genérico, que fundamenta o conjunto de regras de determinada sociedade. Dos princípios se pode deduzir conexões com outras normas, a ponto de lhes fornecer subsidiariedade, sem contudo sobrepujar-se a elas. Logo, os princípios também são normas, mas envoltas em elevada carga teleológica não rompem com os próprios objetivos contidos na Constituição.

Todavia o princípio da supremacia do interesse público não se adequa ao neoconstitucionalismo pois como imutabilidade, expurga valores aderentes aos elementos contingenciais que os cercam. Por ele não é possível falar em intercâmbio no ordenamento tampouco integração com normas infraconstitucionais, pois enquanto consagrador de supremacia o princípio é ele mesmo hermético funcionando como uma regra.

Princípios são portanto normas que flexíveis, podem apresentar permanente estado de tensão com outras normas devido a seu caráter dialético. Não é o caso do princípio da supremacia de interesse público, que não comporta sopesamento e ponderação, portanto não motiva o intérprete a maior variabilidade de ação ao dialogar com o caso concreto. Aqui não há que se falar em diálogo nem no caráter elástico de vagueza contido nos princípios – por giro contrário, a supremacia do interesse público é altivo no ordenamento jurídico. Desta forma há vocação natural para funcionar como suporte autoritário, daí ser considerado no vocábulo uma roupagem de poder de império pouco adequada aos tempos hodiernos.

Portanto pela ótica principiológica da supremacia de interesse público há uma determinação precisa divorciada da sociedade plural e sua carga de subjetividade. Rothenburg (2003, p. 18) lembra ainda que “os princípios são dotados de generalidade, não significando todavia imprecisão”, uma vez que seu significado pode ser colhido por

---

<sup>23</sup> Este ponto não é pacífico entre os juristas e doutrinadores. Rothenburg (2003, p.16) comunga com a idéia de Lorenzetti (1998, p.313) destacando que os princípios são superiores às demais normas, considerando-os hierarquicamente mais elevados.

intermédio da ação interpretativa holística. Não é o que ocorre, todavia, com o princípio em tela. Destaque-se que a vivacidade aberta dos princípios contrasta com a via adialogical do tónus jurídico da supremacia do interesse público, sem plasticidade não há como exercer o liame de significados traduzidos na constituição, pois ele é inflexível.

Esse é um dos aspectos mais complexos da teoria neoconstitucionalista – pois se ela tem um viés elástico que deverá conjugar outros princípios, a supremacia do interesse público não se dilata daí que o neoconstitucionalismo tem dificuldade de lidar com valores mecânicos a ponto de escapar-lhe o sentido constitucional.

Essas nuances lindas do neoconstitucionalismo com o princípio da supremacia do interesse público são peculiaridades de uma nascente teoria ainda em curso e que apresenta tensões em seu desenvolver. Pelo neoconstitucionalismo a avulsão de pensamentos contextualizados tenta romper as metas narrativas universalizantes do princípio da supremacia do interesse público se opondo à visão estanque de predição do mundo encerrado em jaulas.

Bello (2007, p. 13) ressalta que o direito constitucional tornou-se “[...] o epicentro do ordenamento jurídico hodierno [...] representa a matriz por intermédio da qual devem ser extraídos os elementos e técnicas necessárias para a deliberação do norte de cada ramo subsidiário do Direito”. Guastini (2003, p. 43) destaca que “o neoconstitucionalismo tem impacto principalmente na cultura legiscêntrica” desconstruindo o positivismo. Para Cittadino (2004, p. 34) pelo neoconstitucionalismo “existe uma transformação, um jogo mutável de forças plurais”<sup>24</sup> na sociedade que interagem entre si, em si, e com a Constituição.

Decerto que o neoconstitucionalismo é teoria antiformalista uma vez que demanda necessidade de se estabelecer limites legais ao poder político e agregar valores capazes de remodelar interpretações a partir da conjugação da constituição com a sociedade. Logo, o novo paradigma que envolve a constituição representa a tentativa de obscurecer os caracteres generalistas e de abstratividade do modelo racionalista, e se tenta abrir dialogicidade sobretudo através da interpretação e do reconhecimento dos princípios constitucionais.

Na esfera pública o direito administrativo concede sustentáculo à atividade do Estado, também se vê pressionado pela inserção de novos conceitos e revisitação de práticas mais clássicas. Duarte (2004, p. 55) lembra que há um “[...] desafio de que as decisões constitucionais se produzam a partir de uma prática discursiva” e que envolvam outros ramos do direito.

Barroso (2005, p. 23) ressalta que o Estado inicia seu exercício de transformação preconizando alterações na economia e na administração pública tais como a desestatização de alguns setores, a mudança na prestação de serviços e exploração de atividades econômicas por particulares, e principalmente a modernização da administração pública. Junte-se a isso a permissão de estabelecimento de parcerias com capitais estrangeiros conjugada com a diminuição expressiva da atuação do Estado em determinados setores.

Assim, nova dinâmica é efetivada na administração pública gerando um Estado com valores constitucionais que se aplicam na sociedade estabelecendo conceitos de garantia jurisdicional na esfera pública. Barroso (2005, p. 4) explica que “no direito

---

<sup>24</sup> Existe uma perspectiva interdisciplinar entre Filosofia do Direito e Direito Constitucional na perspectiva de atendimento dos direitos fundamentais uma vez que há polissemia entre os temas, daí a perspectiva plural do fenômeno de constitucionalização, inclusive buscando a viabilização de diálogo intercultural na sociedade globalizada.

público, a onda é a governabilidade. Fala-se em “[...], *delegisficação, desregulamentação*” com aplicação direta da Constituição.

Desta forma pelo pensamento neoconstitucional o Direito administrativo necessita revisitar seus conceitos clássicos uma vez que ainda guarda resquícios de outro momento político social, e como tal está em dissonância com a Constituição. Como elemento de roupagem diferenciada vislumbra-se a estreita aderência da administração pública à Constituição pois há crença em sua força vinculante e normativa. Conjugado com isso há pressão pela redefinição do Direito Administrativo, a partir da Constituição, pois a sua força normativa é conjugada com a expansão da jurisdição constitucional. Então a hermenêutica constitucional é diferenciada e questiona o princípio da supremacia do interesse público, a partir da *neointerpretação* da Constituição.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste resgate histórico foi possível perceber que o Estado moderno nasceu absolutista nas entranhas da relação capital e trabalho, e se concentrou no poder econômico burguês. No cenário emergiu a coercitividade nos três momentos – Estado Liberal, Estado Social e Estado democrático de Direito, o Estado nos três momentos tornou o princípio da supremacia do interesse público serviente para cumprir as mais variadas ações que beneficiaram o próprio Estado. Ademais o princípio da supremacia acobertou a atuação inadequada do Estado, imunizando-o nas decisões menos nobres.

Foi possível perceber também que sob as vestes da supremacia de interesse público o Estado subverteu aquilo a que se propôs, e quase sempre agiu em nome de interesse privado de determinada fatia social, sendo inclusive isento pelo princípio da legalidade, corolário da supremacia de interesse público. A díade supremacia e legalidade agindo de forma ajustada perpetraram inclusão de alguns interesses e exclusões de outros. Neste cenário unilateral a decisão unilateral em favor do Estado foi um fenômeno presente nos três momentos, e ela foi provocada pelos próprios gestores. Registre-se que desde a formação do Estado liberal a ocupação de cargos públicos e a atuação do direito administrativo estiveram unidos para concretizar a vontade dos operadores representantes de uma classe bem destacada, cujas decisões cindidas da grande maioria do povo, se mantém até hoje no Estado democrático de Direito, quase sempre com a mesma roupagem da supremacia do interesse público.

Assim a dicotomia público-privado foi uma clivagem para afastar os cidadãos do Estado e canalizar as decisões para o próprio Estado, manejando o princípio em desfavor da comunidade e privilegiando a si próprio - repise-se que o Estado enquanto ente abstrato é corporificado por quem lhe impulsiona, significando dizer, seus administradores públicos. A díade público-privado foi geratriz da assimetria do Estado Liberal com o particular, uma vez que ao separar os dois pólos foi engendrado um fosso entre esses dois elementos, que na verdade deveriam estar interligados.

Foi possível perceber também que a teoria da constituição durante os séculos XIX e XX, sofreu modificações, mas o direito administrativo e seu princípio da supremacia de interesse público se mantém imunizados da vida e seus imperativos e reclamos. Daí a urgência de reflexões sobre o princípio da supremacia de interesse público no Estado Democrático de Direito.

Desta forma no Estado democrático de direito há tentativa de superação entre a dualidade “lei-interpretação” pelo enfraquecimento do positivismo, e a interpretação por

via única do princípio da legalidade que enlaça à interpretação somente à lei. Nesta superação outros elementos avultam, dentre eles a Constituição que ganha tónus de elemento catalisador na sociedade.

A Constituição no Estado democrático é ordem integradora pois faz ligação dialética com outras normas, englobando de forma dinâmica aspectos sociais e com eles fazendo uma tessitura fluida. Isto por que aliada aos princípios constitucionais se transforma em elemento supremo, que implica transformar o direito administrativo e seu próprio princípio da supremacia de interesse público pelas vias da interpretação ética. Assim não se pode falar em interpretação afastada da vida, pois o caráter político está arraigado na Constituição, mas a ética é o fator de equilíbrio na hermenêutica do princípio da supremacia do interesse público.

Todavia essas ações devem ser exercitadas com cautela, significando que não se pode afastar a ética dessa relação difusa sob pena de recair em armadilhas. Isto por que, desde a perspectiva de formação do Estado democrático de Direito, o questionamento do juspositivismo se acelera, e em seu vácuo são dadas respostas que na verdade são modelos temperados com outros sabores doutrinários mercedores de reflexões. Novas partículas ou prefixos são aglutinados às palavras na tentativa de suavização de seu conteúdo para melhor convencer. Essas escaramuças são por vezes artifícios adicionados à velha palavra, mas que preservam o radical assim como o conteúdo de suas idéias, que permanecem as mesmas do nascedouro. Nesse aspecto a palavra constitucionalismo se transforma em neoconstitucionalismo, ganhando nova formatação e conduzindo o princípio da supremacia do interesse público às novas ações.

O novo pode ter certo sabor atrativo, mas algumas vezes sua configuração é a decantada estrutura antiga que ressurge. Assim, velhas roupagens com adereços novos chamados de *neoteoria* etrazida de outros países, por si só já suscitam cismas. Isto por que o princípio da supremacia de interesse público no neoconstitucionalismo significa a apropriação de um modelo eurocêntrico cuja matriz resvala entre a teoria européia alexyana e as idéias americanas de Ronald Dworkin, dentre outros. Essa metateoria tem sido aplicada no Brasil indistintamente e encantado uma geração de constitucionalistas pelo discurso do novo, que surge esperançoso.

Mas o novo às vezes implica em clássicos refeitos, principalmente quando gestado em matrizes já conhecidas no velho mundo. Significa novamente a idéia transplantada de um lócus geográfico que sempre dominou a história do ocidente, e que volta com maior energia neste início de século. Não se pode esquecer do fenômeno da vassalagem na ciência, exercitada pela subserviência doutrinária nos países colonizados, como é o caso do Brasil. Novamente se faz necessário repensar a ciência do Direito, agora com a perspectiva ética da transformação da própria dinâmica do direito e seus pilares, sob pena do paradigma do Estado democrático de direito se transformar em alçapão e reproduzir pelas vias do decisionismo principiológico as mesmas injustiças combatidas por ele.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: Sarmiento, Daniel (org) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia**

---

de interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

AVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios** (da definição à aplicação dos princípios jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Repensando o princípio da supremacia de interesse público sobre o particular**. Salvador: Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 11. setembro/outubro/novembro 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 20/01/2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo** no. 240, 2005.

\_\_\_\_\_. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Antonio Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismos, democracia deliberativa e atuação do STF. In Vieira, José Ribas. **Perspectivas da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, 1996.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2011.

DUARTE, Ecio Oto Ramos. **Teoria do discurso e correção normativa do direito**. São Paulo: Landy, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Taking right seriously**. Cambridge: Harvard University, 1997.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GUASTINI, Riccardo. A Constituição do ordenamento jurídico. In: Carbonell, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)?**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

KROHLING, Aloísio. **Direitos humanos fundamentais: diálogo intercultural e democracia**. São Paulo: Paulus, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ética e a descoberta do outro**. Curitiba: Editora CRV, 2010.

- 
- \_\_\_\_\_. **A ética da alteridade e da responsabilidade**. Curitiba: Juruá, 2011.
- \_\_\_\_\_. **O que é uma Constituição política**. São Paulo: Global Editora, 1987.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, 1996.
- ROTHENBURG, Claudius Walter. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- \_\_\_\_\_. 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: Lúmen Júris, 2005.
- STRECK, Luiz Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica, e Teorias Discursivas**. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TRAGTENBERG, Maurício. **Burocracia e Ideologia**. São Paulo: Atlas, 1992.

Recebido em 25/07/2013  
Aprovado em 02/08/2013