

# A NECESSIDADE DA INSERÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO O PRIMEIRO POSTULADO DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO PARA A LEGITIMAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tiago Nunes da Silva<sup>1</sup>

Daniel Barile da Silveira<sup>2</sup>

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a necessidade de inserção dos direitos fundamentais como primeiro postulado do regime jurídico administrativo. O estudo justifica-se, pois hodiernamente, verifica-se, que os atos emanados da discricionariedade administrativa, têm suscitado riscos ao princípio norteador de toda a relação jurídica processual/administrativa, ou seja, o devido processo legal. Objetiva-se aprofundar na discussão no instituto da remoção do servidor público, e justifica-se pela percepção do elevado risco que os atos discricionários apresentam por vez que, comumente, não se vislumbra a exposição das razões de fato e de direito, a fim de fundamentar determinado ato para que se possa verificar o atendimento em prol do interesse público, e não para os devidos fins de punir e/ou atender a interesses particulares. Para a concretização da pesquisa observou-se o método bibliográfico, acompanhado do método dedutivo. Em conclusão, nota-se que a Administração Pública

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Pela Universidade de Marília – UNIMAR. Pós-graduado em Direito Público. Assessor Parlamentar na Câmara Municipal de Uberlândia. Professor na Graduação e Pós-Graduação. Advogado. Consultor em Direito Público.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UNB). Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito na Universidade de Marília – UNIMAR.

não pode atuar de forma desvincilhada dos valores estabelecidos pelos direitos e garantias fundamentais, sob pena de anulação do ato ora praticado.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Regime jurídico administrativo. Remoção de servidor público.

## THE NEED FOR THE INSERTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS THE FIRST POSTULATED OF THE ADMINISTRATIVE LEGAL REGIME FOR THE LEGITIMATION OF THE ACTS PRACTICED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

Abstract: The present research aims to analyze the need to insert fundamental rights as the first postulate of the administrative legal regime. The study is justified, since nowadays, it is verified, that the acts emanating from the administrative discretion, have risked risks to the guiding principle of all the procedural / administrative legal relation, that is, the due legal process. The objective is to deepen the discussion in the institute of the removal of the public servant, and is justified by the perception of the high risk that the discretionary acts present, since, in common, the exposition of the reasons of fact and of law, in order to establish a specific act in order to verify service in the public interest, and not for the purposes of punishing and / or serving particular interests. For the accomplishment of the research the bibliographic method was observed, accompanied by the deductive method. In conclusion, it is noted that the Public Administration cannot act in a disengaged way from the values established by the fundamental rights and guarantees, under penalty of annulment of the act now practiced.

Keywords: Fundamental rights. Administrative legal regime. Removal of public server.

## 1. INTRODUÇÃO



presente pesquisa é elaborada a partir da análise do princípio da supremacia do interesse público sob a ótica dos direitos fundamentais, principalmente, no que refere à ausência de motivação nos atos discricionários.

Nota-se que o princípio da supremacia do interesse público sempre foi tema de calorosas discussões e polêmicas, por incorrer em abuso de poder pela forma desenfreada de agir. Nesse sentido, importa salientar que, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, o princípio em tela já atuava furtando todas as cenas de polêmicas, ao que parece não ser diferente nos dias atuais.

O problemático princípio da supremacia do interesse público se aloja em um edifício construído, cujas bases têm demonstrado rachaduras perigosas, o que logo, implica na reconstrução em relação ao princípio. Porquanto, acerca de sua prevalência sobre o interesse privado, as dúvidas se proliferaram no que concerne ao seu modo imperativo de agir, chegando a ser chamado pela doutrina clássica de “princípio supremo”.

De outro lado, releva destacar que o direito moderno vincula-se às fontes de integração social, visando desrespeitar o mínimo dos interesses (público *versus* particular), valorando ambos os interesses. Noutras palavras, não sobeja afirmar que a supremacia do interesse público não pode servir de alicerce para o interesse individual do Estado, e tampouco para o interesse egoístico do agente público, servindo de manto para cobrir as arbitrariedades.

A par desses apontamentos iniciais, releva destacar que, não há que se falar em Estado divorciado do princípio da supremacia, pois se assim o fosse, o Estado estaria inapto ao atingimento do bem-estar social comum. Entretanto, constitui-se

como um dos objetivos da presente pesquisa demonstrar que a supremacia não pode ser entendida como postulado normativo revestido de total imperatividade, sem que haja a devida observância no que toca à suas decisões de modo que, estejam sempre delineadas sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais.

Neste sentido, o objetivo da pesquisa constitui-se na abordagem da grave violação ao princípio fundamental processual do devido processo legal, face à ausência da exposição das razões de fato e de direito nos atos discricionários. Sendo mais objetivo aqui, no caso da remoção do servidor público.

O estudo que se desenvolverá a seguir pretende trazer contribuições valorosas para a ciência do Direito Público e, em especial, no que concerne à melhor forma para a aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público, sobretudo, de forma mais Democrática, a fim de preservar a respeitabilidade face aos direitos fundamentais.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRIMEIRO POSTULADO

A Constituição Federal de 1988 reservou o Título II, para disciplinar matéria inerente aos direitos e garantias fundamentais. O estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais é matéria que suscita esforço por parte de quem escreve e pelo leitor.

É sabido que, a expressão, direitos fundamentais fora registrada inicialmente na França em 1770, no movimento político e cultural que conseqüentemente concebeu a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.<sup>3</sup>

No Brasil, os direitos individuais foram regulados pela primeira vez na Constituição de 1824, com 35 incisos (art.179). Em 1891, na primeira Constituição do Brasil Republicano, o (art.72) da Constituição assegurou aos brasileiros e estrangeiros

---

<sup>3</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estados de derecho y Constitución*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 30.

residentes no país, o direito à liberdade, à segurança e à propriedade. Inclusive foi a primeira a constitucionalizar a garantia do Habeas Corpus.

Já uma grande transformação ocorreu na Constituição de 1934, a qual além dos direitos individuais inseriu também os direitos políticos e de nacionalidade. As demais constituições trouxeram modificações pouco relevantes, enquanto a atual de 1988 introduziu mudanças bem mais profundas.

Nesse ponto, é de toda conveniência observar que os direitos fundamentais compõem-se de elementos que são considerados imprescindíveis para o seu reconhecimento sendo eles: I – que expressem valores que em cada lugar e momento a sociedade os reconheça como seu; II – que se positivem numa norma fundamental como meio da sociedade poder exigir seu cumprimento; III – que seja a única forma de permitir que a vontade social se transforme em vontade política, transformando-se em fins do Estado; IV – que se revelem como forma social e democrática de se eliminar os privilégios, sendo necessários para a realização dos princípios do Estado democrático de direito.<sup>4</sup>

No que tange aos conceitos esposados pela doutrina sobre direitos fundamentais, tem se percebido uma enormidade de conceitos. Por via de consequência, é necessário consignar alguns deles. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli assim conceitua:

Os direitos fundamentais representam todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos em quanto dotados de *status* de pessoas. Entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesões) adstrita a um sujeito e prevista por uma norma jurídica positiva.<sup>5</sup>

Marcelo Schenk Duque averbou que “o sentido clássico dos direitos fundamentais repousa no fato de que eles asseguram

---

<sup>4</sup> ROVIRA VIÑAS, Antoni. *El abuso los derechos fundamentales*. Barcelona: Edicione Península, 1983, p. 81.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: debate com Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 19.

determinado acervo de bens jurídicos e de ações das pessoas, contra violações estatais”.<sup>6</sup>

Ressalte-se, ainda, a relevância dos direitos fundamentais no lapidar ensinamento do professor Ingo Wolfgang Sarlet:

Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional. Praticamente não há mais estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas constituições.<sup>7</sup>

Ademais, nota-se a importância dos direitos fundamentais para o ser humano e para a sociedade brasileira. É a partir destes direitos e garantias, que o ser humano sustenta sua individualidade e tem o direito a sua própria vida, sendo este bem considerado o de maior valor.

Noutro giro, não se pode olvidar que, os direitos fundamentais passaram a ocupar dois lugares de destaque, ou seja, a base e o fundamento. Importante frisar que, a concepção que se tem do Estado hodiernamente, no duro exercício de seu poderio, deve estar atrelado, e jamais divorciado dos limites e/ou parâmetros estabelecidos na Constituição de cada País.

No processo evolutivo, os direitos fundamentais foram distribuídos em dimensões, de forma que estão em constante transformação, até mesmo porque os anseios dos indivíduos, considerado na sua existência, e da coletividade são reflexos da evolução humana, seja de ordem social, cultural, política ou econômica.

Feitos esses apontamentos, ainda que de forma sucinta, delimita-se o enfrentamento da proposta da inserção dos direitos

---

<sup>6</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 50.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 21.

fundamentais como primeiro postulado do regime jurídico administrativo, sob a ótica do devido processo legal. Para tanto, o ensaio será desenvolvido tendo como norte, o instituto da remoção do servidor público como paradigma de melhor compreensão da proposta.

A despeito da concepção inerente ao devido processo legal, Eduardo Rodrigues dos Santos, assim consignou:

Assim, pode-se afirmar que o devido processo legal possui uma alta abrangência axiológica, englobando os demais princípios processuais constantes na Carta Maior, implícitos ou expressos, tais como o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, o duplo de grau de jurisdição, a publicidade, a motivação, o juiz natural, a inadmissibilidade das provas ilícitas a duração razoável do processo, a eficiência processual, dentre vários outros, fazendo-se guiar pela razoabilidade e pela proporcionalidade, buscando decisões pautadas na justiça e na equidade, respeitando e fazendo respeitar os direitos e garantias fundamentais [...].<sup>8</sup>

Do conceito exposto, depreende-se do devido processo legal, o núcleo central de toda a princiologia aplicada à sistemática processual, que tem como finalidade coibir o abuso de poder por parte da Administração Pública direta e indireta, e principalmente, pelo Poder Judiciário, por ter assumido o monopólio da justiça estatal.

No que refere ao instituto da remoção do servidor público, a matéria foi disciplinada no art. 36<sup>9</sup> da Lei 8.112 de 1990. Por questão didática, a fim de obedecer à delimitação proposta no presente trabalho, não constitui como escopo a análise de todas as nuances acerca do instituto da remoção. Nesse passo, o estudo partirá da seguinte indagação: Havendo desvio de poder na aplicação da remoção do servidor público, e considerando a enorme dificuldade para a produção de provas, para que o ato seja

---

<sup>8</sup> SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios Processuais Constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 132

<sup>9</sup> Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

anulado, é possível afirmar que nesta situação, o conteúdo as-  
sentado no bojo do devido processo legal estará comprometido?

A par da seguinte indagação, ainda que singelamente, cabe aqui consignar breves esclarecimentos acerca do abuso de poder, que se classifica em excesso e desvio de poder e/ou finalidade. Nesse sentido, colhe-se, por oportuno, as lições de Hely Lopes de Meirelles.

O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, assim, a sua competência legal, e com isso invalidada o ato, porquanto ninguém pode agir em nome da Administração fora dos limites legais.

O desvio de poder, por outro lado, é a violação dissimulada da lei pelo agente administrativo, que, embora nos limites de suas atribuições, usa de seu poder para fins ou por motivos diversos daqueles em virtude dos quais o poder lhe foi conferido.<sup>10</sup>

Veja-se que, em relação ao excesso de poder, o conceito está intimamente ligado à competência do agente público para atuar em nome da Administração. No caso concreto, uma vez constatado que o agente exorbitou sua competência, ou seja, o seu limite de atuação, o ato deve ser considerado inválido, valendo destacar a possibilidade da incidência da convalidação do ato.

Mas a questão tormentosa encontra-se alojada no desvio de poder do agente público. Enfatiza-se a real necessidade de se analisar a problemática do desvio de poder. O Estado, manifesta sua vontade por meio da figura do agente, que dotado de competência deve agir com vistas a certo fim de interesse geral. Desse modo, quando a autoridade administrativa emite atos com fins diversos dos pretendidos em lei, sua conduta será classificada arbitrária na modalidade desvio de poder.

No entanto, em relação ao particular, na maior parte das vezes em que ocorre o desvio de poder há uma ocultação da

---

<sup>10</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92.



verdadeira intenção do agente. Noutras palavras, não é difícil vislumbrar os casos em que há favoritismo, perseguição, ou apenas o proveito pessoal por parte do administrador.

Ainda sobre o desvio de poder, não é de hoje que a doutrina aponta a problemática dos atos eivados de vícios praticados pela Administração Pública sob o fundamento da discricionariedade, e esta, de forma autoritária, tem atuado contrariamente aos preceitos mandamentais que emanam do Estado Democrático de Direito.

Feitos esses apontamentos, sendo mais objetivo, a fim de responder a presente indagação, o que está a afirmar, é que, em relação à remoção do servidor público, na maioria das vezes a real motivação para a prática do ato, tem como principal fundamento, punir determinado servidor por questões de desafeto particular ou políticos.

A partir dessa constatação, para que o servidor possa fazer prova no âmbito administrativo, ou na via judicial, a fim de demonstrar que o ato na verdade deixou de atender o elemento finalidade (interesse público), visando atender a interesse particular no sentido (punitivo), é necessário compreender a enorme dificuldade, cabendo dizer quase que impossível, a saga para a produção probatória na busca de anular o ato.

Afirma-se isto, pelo fato do agente deter a competência para a prática do ato. Outro ponto a destacar, assenta no conteúdo vago de (interesse público), que lamentavelmente, ainda tem sido tratado de forma a conceber dúvidas pela doutrina e jurisprudência. Ou seja, como fundamento para a validade do ato de remoção, uma vez alegado o (interesse público), parece ser o bastante para a validade do ato.

Visando melhor tratativa para o instituto da remoção de servidor público, para que de tal modo, o devido processo legal seja realmente efetivo, a proposta aqui vem no sentido da exigência de um (procedimento de justificação), para legitimação do ato.

Dentro dessa ordem ideias, nos moldes da presente proposta, a necessidade da demonstração por parte da Administração Pública, da exposição das razões de fato e de direito, que consequentemente ensejou na escolha de determinado servidor, o que na maioria das vezes, não ocorre, principalmente nos pequenos Municípios por parte do Chefe do Poder Executivo. Situação está inaceitável.

Desse modo, ao dizer (procedimento de justificação) para a legitimação do ato, deve ser alcançado para tantos outros atos revestidos de discricionariedade, por vezes que, nessa modalidade, em tese, vivencia-se no dia a dia, o abuso de poder, e a grave ofensa ao princípio da impessoalidade, deixando de atender também o interesse público.

Em resumo, pode concluir que, para que o devido processo legal possa ser aplicado em toda a sua plenitude, face ao instituto da remoção, e de tantos outros atos praticados pela Administração Pública, principalmente os discricionários, necessário se faz a reflexão da instauração de um procedimento<sup>11</sup> a ser realizado de forma prévia, como instrumento de legitimação do ato. Isto, para que o devido processual, e outros direitos fundamentais que dele deriva, seja resguardado integralmente.

O procedimento justifica-se pela seguinte razão. Na atualidade, sabe-se, que o principal fundamento para motivar a remoção, apresenta-se como interesse público. Pois bem, neste caso, diante da manifestação expressa do servidor removido no sentido de contestar o ato, tanto no âmbito administrativo como judicial se faz necessário elencar algumas razões causadoras capazes de mitigar o devido processo legal.

Primeira razão, uma vez o ato praticado pelo agente

---

<sup>11</sup> Ao ensejo, destaca-se, de igual modo, a necessidade de instauração prévia do referido procedimento no que refere à desapropriação. Nos tempos atuais, sob a ótica dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao devido processo legal, não é admissível a fundamentação no sentido de consignar unicamente o interesse público, para fins de legitimação da desapropriação, sob pena de grave violação, repete-se: ao devido processo legal.

competente, em tese, o ato será considerado legal; Segunda razão, o instituto da remoção, encontra-se respaldado no plano normativo, com previsão expressa na Lei n°. 8.112/1990; Terceira razão, para a justificativa do ato o que se vê, é tão somente o interesse público. Feitos esses apontamentos, resta demonstrado que em tese, o ato ocorreu em perfeitas condições com a lei. Só que não.

A partir do momento em que se verifica a remoção por razões de desafetos pessoais ou políticos, e por vez identificada as três razões para expressar a validade do ato, dificilmente o servidor conseguirá produzir provas, a fim de comprovar o abuso de poder na modalidade desvio de finalidade. Afirma-se isto, devido à escassez de provas a serem produzidas, podendo valorar basicamente a prova testemunhal, o que neste caso, será valorada pelo critério subjetivo da autoridade superior hierárquico (Processo Administrativo), e bem como pelo juízo da causa (Processo Judicial).

Diante deste cenário caótico, vislumbra-se clara limitação ao devido processo legal, face ao instituto da remoção do servidor diante da ausência de justificativas das razões de fato e de direito que ensejou a remoção, pela enorme dificuldade em apontar vício no abuso de poder, especificamente na modalidade desvio de poder.

Contudo, a conclusão que se chega é que, em relação ao querer do Estado, não é aceitável que seja obtido de forma desvincilhada do princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade, nem tampouco de forma a ignorar os direitos fundamentais individuais e coletivos consagrados em nossa ordem constitucional, para que, só assim, não ocorra o enfraquecimento da democracia, o que representaria lastimável retrocesso na ordem constitucional brasileira.

### 3. A NECESSIDADE DA RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

## COMO SEGUNDO POSTULADO

O tema da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional, em trabalhos recentes, com o principal objetivo de relativizar a concepção ultrapassada e autoritária de que a supremacia do interesse público deve ser tida como "base fundamental" do Direito Administrativo.

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se na posição de um princípio geral "supremo", que possibilita imposições, pela Administração Pública, de condutas vantajosas em relação aos particulares.

A ideia que se tem do princípio da supremacia do interesse público, assim, é apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão.

Trata-se de um 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 da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.<sup>12</sup>

Nesse sentido, veja-se que o princípio em comento é tido como fundamento para dar sustento aos atos da Administração Pública, que se estriba pela então supremacia do interesse público e pela indisponibilidade do interesse público, que se encontram assentados em um elevadíssimo grau de prevalência.

É mister, pois, assinalar que a doutrina nacional frequentemente alude ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular atribuindo-lhe total relevância, no que concerne à definição do regime jurídico-administrativo.

---

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

Não é difícil perceber que tal princípio sempre fora empregado com o escopo de justificar a vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, que defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

O debate teórico acerca do princípio da supremacia do interesse público está pautado por inúmeras indagações, entre elas, a doutrina tem buscado esclarecer o fundamento da posição privilegiada da Administração Pública nas relações com os particulares.

O paradigma culminado pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado relembra os moldes de um governo autoritário, revestido de um poder desenfreado “para manter o controle dos seus súditos”.

Imperioso ressaltar que o modo pelo qual a Administração Pública desenvolve suas ações, justificando ser necessário se utilizar de tal forma para atender ao interesse público, relembra atos de um Estado ditatorial, em que os atos não eram fundados no direito, mas, sim, na sua própria vontade ou de quem o representava, o que, lastimavelmente, parece não ser diferente nos dias atuais.

Assentadas tais premissas, vale ressaltar que, após a mudança de um Estado não mais controlador e, sim, prestador, vislumbra-se um modelo estatal que novamente sacrifica o interesse privado em detrimento do que “se diz ser interesse público”, não valorando princípios de suma relevância, como o princípio da igualdade, tido como base do Estado Democrático de Direito.

É forçoso admitir que o grande problema que se vislumbra, após séculos, é o fato de um Estado Democrático de Direito atuar nos moldes de um Estado ditatorial, conforme dito. O que se percebe pelos atos da Administração Pública é tão somente a mitigação de conquistas valiosas para a sociedade, a exemplo,

os direitos fundamentais inseridos na Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio que, de plano, já preestabeleça que a melhor solução no caso concreto se consubstancia na “vitória” do interesse público, sacrificando em todo tempo o interesse privado. Nas palavras de Gustavo Binenbojm:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.<sup>13</sup>

No que tange à legalidade do princípio da supremacia do interesse público, os conceitos esposados pela doutrina e pela jurisprudência versam sobre dois aspectos: para a sua própria sobrevivência e para a manutenção da ordem social a fim de mantê-la sempre estável.

Segundo Fábio Medina Osório<sup>14</sup> [...] evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da Constituição Federal.

Dessa forma, não é difícil constatar por que a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (do público sobre o privado) é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Não se pode olvidar que o princípio da supremacia do interesse público tem sido aplicado de forma desvencilhada do

---

<sup>13</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 95.

<sup>14</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo* n. 220, abril/junho. 2000, p. 84.

princípio da proporcionalidade. Nas demandas em que a Administração Pública é parte, não se tem buscado atender à ponderação entre o interesse público e o interesse privado, de forma a valorar ambos.

No entanto, ao tentar justificar sua forma de atuação estribada somente na supremacia do interesse público, o Estado não é convincente, pois o que se percebe, nos casos concretos, é a existência de elevado grau de vantagem e/ou prevalência em favor da Administração Pública, que age em desconformidade com o que apregoa o princípio da proporcionalidade.

Outro ponto a destacar é que, em algumas situações, a supremacia do interesse público afronta outros princípios da Carta Democrática de 1988, até mesmo aqueles expressos no rol dos direitos fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, face à enorme dificuldade existente em se produzirem provas em demandas das quais a Administração Pública seja parte, principalmente em relação aos atos que derivam do exercício do poder de polícia.

Independentemente do que seja o conceito do princípio da supremacia do interesse público, não é aceitável afirmar que, nos casos concretos, ele sempre prevalecerá sobre o interesse privado. Ora, um princípio que se presta a afirmar que o interesse público sempre prevalecerá sobre o interesse privado fere letalmente o Estado Democrático de Direito e representa nítido regresso.

Portanto, resta frisar que, em um Estado Constitucional, o ideal é que a ordem jurídica não aplique o princípio da supremacia de forma desenfreada, estribando-se em critérios subjetivos, com ampla discricionariedade do agente que desempenha a função estatal, pois, dessa forma, disseminará arbitrariedades tamanhas que nem sempre são estampadas.

A doutrina brasileira, especificamente nas searas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, encontra-se dividida acerca do fundamento do princípio basilar do Direito

Administrativo: a supremacia do interesse público. Após vários estudos a respeito desse princípio, há na doutrina mais atualizada dois entendimentos distintos. A primeira diferença entre estas correntes doutrinárias é que existem aqueles que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, como Humberto Ávila<sup>15</sup>, e aqueles que advogam com veemência a necessidade de sua reconstrução, como Luís Roberto Barroso<sup>16</sup>.

É tema aberto à discussão, nos dias atuais, o que a doutrina tem chamado de “desconstrução e reconstrução do princípio da supremacia do interesse público”. Entretanto, nessa altura, é prudente consignar a proposta de reconstrução do princípio em comento.

De plano, urge consignar que não há divergência entre as correntes retro mencionadas no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público não vislumbra consistência teórica. Em outro ponto, a doutrina também não discorda no que diz respeito à incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o sistema constitucional dos direitos fundamentais.

Importa, neste momento, frisar que o Estado tem como objetivo essencial a defesa do interesse público, devendo canalizar suas ações em prol do atendimento dos interesses da coletividade, com vistas a resguardar uma das premissas do Estado Democrático de Direito.

Desde os primórdios, os indivíduos, a fim de facilitar a obtenção de moradia, alimento, bem-estar e segurança, viram-se compelidos a se reestruturar nos moldes de uma sociedade para se protegerem de ataques de animais e até mesmo de outros indivíduos.

Assim, a imposição de limitações aos interesses

---

<sup>15</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



individuais em benefício da coletividade teve a sua gênese no momento em que os indivíduos passaram a enxergar a necessidade de viver em grupos, ou seja, em sociedade, objetivando, a partir de então, a convivência social.

Sem embargo, dentro dessa ordem de ideias, enfatize-se que, hodiernamente, a despeito do convívio em sociedade, não há que se olvidar a extrema necessidade da imposição de limitação da vontade alheia, para atender o interesse coletivo.

A imposição de limitação alcançou robustez no momento em que o Estado foi instituído como administrador e representante do povo, passando a tutelar conforme o interesse público, a fim de preservar a harmonia e o interesse da sociedade. Pode-se dizer, então, que essa imposição de limitação passou a ser exteriorizada mediante a atuação do Estado.

A problemática maior dessa exteriorização encontra-se exatamente no modo pelo qual se tem aplicado a imposição de limitações, visto que o Estado tem atuado e manifestado suas vontades de forma arbitrária, “assentado num vantajoso trono de superioridade”, cada vez mais distante dos ditames da proporcionalidade.

O Estado tem-se valido do princípio da supremacia do interesse público como alicerce e justificativa de todos os seus atos e, na maioria das vezes, tem “atropelado” os indivíduos e seus direitos fundamentais. Nas palavras de Bastos:

A supremacia do interesse público não existe tão somente para esmagar o indivíduo sob uma jurisdição consagrada de privilégios injustificáveis. Essa supremacia do interesse coletivo tem que encarnar privilégios legítimos. Vale dizer, recursos jurídicos que o direito administrativo dispõe e que são absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menor custo possível para o cidadão.<sup>17</sup>

Nas relações do Estado com seus administrados, passou-se a vislumbrar atos truncados com características do

---

<sup>17</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

autoritarismo, atos de superioridade, tais como o de organizar, de punir e de fiscalizar, situação em que o Estado passou a ser a “cabeça” dessa relação.

O Direito moderno vincula-se às fontes de integração social, com vistas a desrespeitar minimamente os interesses públicos e particulares, valorando-os ponderadamente. Noutras palavras, não sobeja afirmar que a supremacia do interesse público não pode servir de alicerce para o interesse individual do Estado, tampouco para o interesse egoístico do agente público, servindo de manto para cobrir as arbitrariedades.

Nem por isso, contudo, há de ser desprezado o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, que tem sido duramente criticado neste trabalho. Nessa altura, já é de se considerar que o Direito Administrativo não pode ser mais explicado a partir de um postulado de supremacia, divorciado de outros pilares, como o da proporcionalidade.

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 elegeu o princípio da proporcionalidade, que deve ser aplicado com o escopo de impedir restrições a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos princípios em busca da melhor solução.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não coaduna com as nuances do Estado Democrático de Direito, devido a tamanha negligência em não valorar os mandamentos consagrados constitucionalmente. Tudo isso implica a proposta de “reconstrução da supremacia do interesse público” sob a ótica da proporcionalidade.

Firmados esses pontos, impende observar que o princípio da supremacia do interesse público deve-se guiar pelo postulado da proporcionalidade, avaliando os meios utilizados para melhor adequação à promoção do resultado fim, com o fito de desrespeitar, o mínimo possível, os interesses particulares.

Note-se bem: não se nega a relevância do princípio da supremacia do interesse público enquanto instrumento essencial para alcançar interesses essenciais a toda sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo.

Enfim, distante da pretensão de ser exaustivo, o princípio da supremacia do interesse público tem sido reconhecido desde os primórdios, como exigência para a manutenção da vida em sociedade, visando ao bem-estar de todos.

O fato é que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a vantagem que outrora fora concedida à Administração Pública, e que ainda permanece em relação ao particular, já não pode mais ser vista e aceita de forma absoluta, o que logo implica a relativização das “vontades do Estado” segundo a ótica da proporcionalidade.

O que se está a afirmar é que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela e prudência e crucialmente sob o mandamento da proporcionalidade, pois, não raras vezes, o interesse público se depara com interesses individuais e até mesmo coletivos.

#### 4. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO COMO TERCEIRO POSTULADO

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos. Além das monografias concebidas, têm sido publicadas obras de grande relevo acerca da disciplina, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público.

Acerca do Direito Administrativo, convém aduzir que ele sempre foi construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Assim, não é novidade que sua estrutura se assesta sobre esses dois pilares: de um lado, as chamadas

prerrogativas e, de outro, as sujeições, que dão identidade ao conteúdo da atividade administrativa. Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado “interesse público”, cujo papel se mostra tão relevante? Alice Maria Gonzales Borges assim o define:

1. O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.
2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.<sup>18</sup>

A partir do conceito exposto, depreende-se que ainda se encontra distante a possibilidade de se determinar com clareza o conceito seguro do que seja interesse público. Ademais, o interesse público seria, então, o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Para Eros Roberto Grau:

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

[...] os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.<sup>19</sup>

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, devido ao grau de abstração e pelo fato de ser indeterminado, o interesse público

---

<sup>18</sup> BORGES, Alice Maria Gonzales. *Temas do Direito Administrativo atual* (Estudos e Pareceres). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. Revista dos Tribunais*, 1988, p. 72.

“deságua” ao alvedrio da Administração Pública, para ser aplicado, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

É bem verdade que a missão de esclarecer esses conceitos absolutamente abertos recai sobre a doutrina. Isso enseja outro problema, pois faz com que o intérprete ou o aplicador da lei nem sempre encontre o conceito adequado a ser aplicado no caso concreto, em virtude do elevadíssimo grau de conceitos jurídicos indeterminados existentes em nosso ordenamento.

É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada, torna-se possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados esses pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta em um descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade. Nesse sentido Robertônio Pessoa postula:

Em temos concretos, um interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma coletividade determinada (bairro, distrito, região metropolitana, município, Estado, região, União), que o mesmo passa a ser identificado como interesse de toda comunidade, qualquer que seja sua dimensão.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Consulex, 2000, p. 88.

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, o conceito de “interesse público” não pode mais suscitar dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, visto que se encontra entrelaçado aos direitos fundamentais.

As considerações expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo do que realmente seja interesse público. Ora, tal interesse não pode servir de justificativa para que a Administração sustente atos autoritários e abusivos. Sustentar essa tese seria mitigar os preceitos mandamentais dos direitos fundamentais.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se perceber que, muitas vezes, os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas decorrentes da abstração e da indeterminabilidade do conceito de “interesse público”, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato esse que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os cidadãos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sempre fora visto como mandamento, ou seja, tido como exigência para o convívio natural da vida em sociedade, se estribando na premissa de que, afastada a supremacia, o Estado estaria totalmente desprovido da capacidade de zelar pelo bem-estar comum, especialmente no que tange ao poder de polícia.

Enfatize-se, porém, conforme fora demonstrado, que o princípio da supremacia do interesse público lastimavelmente vem se perpetuando através de atos desrespeitosos, impondo restrições arbitrárias e abusivas por parte da Administração Pública em face do cidadão.

Dito isto, vislumbra-se cada vez mais o Estado interferindo na vida dos cidadãos de forma truculenta, divorciado de postura ética, e principalmente, a não respeitabilidade aos

direitos fundamentais.

É forçoso reconhecer que o dever de ponderação em relação à aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público encontra respaldo à luz das inovações plasmadas no bojo da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, não é o caso de aventar a possibilidade de destruição do princípio em comento, mas, ao revés, de reconstrução sob a ótica dos direitos fundamentais.

Ao fixar diretrizes sob a ótica de ponderação, no que concerne à supremacia do interesse público, a Administração Pública deve atuar de forma a valorizar os direitos fundamentais, os quais são valores primordiais da ordem constitucional interna do Estado, inerentes à ideia do devido processo legal da forma mais ampla e segura, a fim de destacar a legitimidade da decisão, evitando assim, os desmandos e privilégios da Administração Pública.

Contudo, a conclusão que se chega é que a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não pode se dar de forma desvencilhada do devido processo legal, nem tampouco, de forma a ignorar os direitos fundamentais individuais e coletivos consagrados em nossa ordem constitucional, para que, só assim, não ocorra o enfraquecimento da democracia, o que representaria lastimável retrocesso na ordem constitucional brasileira.



## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BORGES, Alice Maria Gonzales. *Temas do Direito Administrativo atual (Estudos e Pareceres)*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.
- DUQUÊ, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate com Luca Bacceli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale y Danilo Zolo*. Madri: Editorial Trotta, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. Revista dos Tribunais, 1988.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo n. 220, abril/junho. 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estados de derecho y Constitución*. 6. ed. Madri: Tecnos, 1999.
- PESSOA, Robertônio. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Consulex, 2000.
- ROVIRA VIÑAS, Antoni. *El abuso los derechos fundamentales*. Barcelona: Edicione Península, 1983.
- SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Princípios Processuais*



*Constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.