

APONTAMENTOS SOBRE A DISCUSSÃO ACERCA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO¹

Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo, Faculdade de Direito da UFRJ/CNPQ. Professor de Direito Constitucional da UNIRIO e Coordenador do Mestrado/Doutorado em Direito da UNESA. Coordenador do Centro de Direito dos Animais, Ecologia Profunda/UFRJ-UFF-UFRRJ. www.animaiseecologia.com.br. fabiocsdeoliveira@gmail.com

Tamara Porto

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. tmfporto@gmail.com

Úrsula Chaves

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. ursula.chaves@hotmail.com

Larissa Tristão Savignon

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. larissa.savignon@yahoo.com.br

Roberta Piluso

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ e monitora, bolsista, da disciplina de Direito Administrativo da mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. robertapiluso@gmail.com

André Braz

Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. andre_campo@hotmail.com

Carlos Alberto Sousa

Aluno da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. caco_sousa@hotmail.com

Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellos

Aluna da Faculdade de Direito da UFRJ. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo/UFRJ/CNPQ. Monitora da disciplina de Direito Administrativo na UFRJ. Bolsista de iniciação científica da Faperj. ursula.vasconcellos@gmail.com

¹ Este artigo contou com a revisão da Professora Larissa Pinha de Oliveira, Professora Assistente de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UFRJ, a quem agradecemos.

Resumo

Investiga-se o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, cânone do direito público. O estudo se desenvolve a partir da discussão provocada por aqueles que recentemente vieram a negar a referida norma, de sorte a verificar se o ataque perpetrado ao referido princípio merece prosperar. A metodologia empregada caracteriza-se pela pesquisa bibliográfica das principais obras dos autores que estão em ambos os polos da discussão: aqueles que defendem tal princípio e aqueles que negam sua existência. Conjuga-se à análise doutrinária a pesquisa de decisões judiciais que abordam a temática, de forma a verificar sua abordagem na prática. Demonstra-se que a discussão acerca da inexistência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado em nosso ordenamento não passa de uma controvérsia terminológica acerca da noção de princípio e de interesse público.

Palavras-chave

Supremacia do interesse público sobre o privado. Princípio. Direito Administrativo. Interesse público.

NOTES ON THE DISCUSSION REGARDING THE PRINCIPLE OF THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST OVER PRIVATE INTEREST

Abstract

This article examines the sense of the principle of the supremacy of the public interest over private, which is a public law canon. The study is developed from the debate pioneered by those who recently came to deny that standard, so as to know whether the attack deserves to thrive. This article brings together a comparative study on the main works of authors on both ends of the discussion: those who defend such standard and those who deny its existence. In addition, this study analyzes legal decisions of the Brazilian courts which involve the referred standard, as to verify its practical uses. It is demonstrated that the discussion on the denial of the principle of the supremacy of public interest over private interest in the Brazilian legal system represents nothing but a controversy regarding the definition of principle and of public interest.

Keywords

Supremacy of the public interest over private. Principle. Administrative law. Public interest.

Sumário

1 Notas Iniciais. 2 Notas Sobre a Problemática. 3 Notas Acerca do Trato Forense. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

1 NOTAS INICIAIS

Há alguns anos, Humberto Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, escreveu um artigo que se propunha a um ataque ao chamado *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, âncora do Direito Administrativo, quando, mais do que propor repensar tal norma-princípio, conclui que *a supremacia do interesse público sobre o privado* não possui *status* jurídico nem de princípio e nem de regra no ordenamento positivo brasileiro. Muito menos é um axioma. Se há um princípio relacionando interesse público e interesse privado, este seria exatamente o oposto: uma prevalência *a priori*, presuntiva e não definitiva, do interesse privado sobre o interesse público.

Algum tempo depois, em 2007, foi publicado um livro coletivo que reuniu textos em uma mesma linha: combater *o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*; ou melhor, o que os autores apresentaram como o conteúdo desta norma. As conclusões convergiam em simplesmente negar o aludido princípio ou sustentar a imperiosidade de uma profunda reformulação.

Pronto. Estava feita uma discussão no campo administrativista; uma polêmica para animar a doutrina, para apimentar os debates entre os cultores da matéria. A reação não tardou: em 2010 foi lançada obra coletiva com estudos na defesa da normatividade, constitucional inclusive, da predominância do interesse público sobre o particular, apontando equívocos nas teses que se arvoraram a desconstruir tal norma-princípio.

Desde o texto pioneiro de Humberto Ávila, passando pelo livro coletivo de investida contra aquilo que seus autores desenharam como *o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – obra organizada por Daniel Sarmiento, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj), e que agrupou, além do próprio organizador, Alexandre Aragão (Uerj), Gustavo Binenbojm (Uerj), o texto originário de Humberto Ávila e Paulo Schier (UniBrasil) – até a obra que reuniu estudos, ao lado de outros temas, em defesa – coordenado por Di Pietro (Universidade de São Paulo) e Carlos Ribeiro (Mestrando em Direito na USP), contando, além dos textos dos próprios coordenadores, com José dos Santos Carvalho Filho (MP/RJ), Emerson Gabardo (PUC/PR), Daniel Hachem (UniBrasil), Irene Nohara (Faculdade de Direito do Sul de Minas) e Maria de Campos França (Doutoranda em Direito na

USP) –, o que fica, além do mais, é a necessidade de conferir destacada atenção à problemática, mesmo porque são delineamentos diferentes, opostos para o Direito Administrativo. Por outro lado, impõe considerar a hipótese de as antíteses serem, ao menos em parte, mais aparentes do que reais, notadamente no que respeita ao conceito do *princípio* em pauta.

O presente texto é um primeiro desdobramento de investigação realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), e simboliza um conjunto de apontamentos gerados a partir de reuniões de estudo. Procura apresentar uma sistematização parcial do debate em voga, sinalizando aspectos que ainda serão desenvolvidos em um segundo artigo.

2 NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA

Importa seja exposta a perspectiva clássica acerca do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, sendo certo que muito da divergência levantada diz respeito ao próprio conteúdo de tal *norma*.²

Segundo compreensão assente de muito na teoria geral do Direito e, em especial, no Direito Administrativo, a supremacia do interesse público é decorrência mesmo da vida em sociedade, mandamento ordenador da convivência, dispensando até previsão normativa expressa. Neste sentido, pode-se ler o aludido *princípio* como implícito em inúmeros dispositivos do ordenamento jurídico. É a predominância do interesse público sobre o particular que explica as prerrogativas que a Administração Pública ostenta, como exemplificam as denominadas *cláusulas*

² Os itálicos são postos em respeito à problematização feita por alguns no sentido de que tal supremacia não tem guarida no Direito brasileiro, ou seja, não seria princípio, não seria norma. As categorias *regras* e *princípios* são consideradas de acordo com a discussão contemporânea sobre seus conceitos, desde Dworkin e Alexy. Cf. Oliveira, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; e também *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Juris Poiesis, nº 13. Rio de Janeiro: Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, 2010b.

exorbitantes, a autoexecutoriedade, fincada na natureza cogente de alguns de seus atos bem como o (dever-)poder normativo, o qual pode ser ilustrado pela atuação, nesta linha, das agências reguladoras.

Como exposto anteriormente, a controvérsia reside, antes de todo o mais, na própria definição de interesse público e, em paralelo, de interesse privado. Quando se pergunta sobre o que é o interesse público visualiza-se a distinção entre interesse primário e interesse secundário. O interesse primário é o interesse de toda a sociedade, o interesse tutelado pela legislação, a razão de ser do Estado, isto é, o interesse primário é propriamente o interesse público. Interesse secundário é aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, autônoma, podendo perverter em um descolamento da sociedade, traduzindo, pois, uma antinomia entre interesse público (o primário) e interesse estatal (o secundário degringolado).

Nas investidas contra a supremacia do interesse público sobre o privado, afirmou-se que tal assertiva é uma regra de prevalência que tem lugar tão somente em algumas hipóteses específicas. Haveria uma dissonância entre a ideia de prevalência do interesse público e o conceito de princípio, porque, ao invés de ensejar a incidência do interesse público e do interesse privado em pesos diversos, como o que caracterizaria uma norma-princípio, o resultado, sem sopesamento, já estaria dado: a vitória do interesse público sobre o privado.

Contraditou-se também a percepção de que o *princípio* teria fundamento constitucional, normativo, pois que, diante de um ordenamento jurídico alicerçado nos direitos fundamentais (e aqui a ênfase é dada nos direitos individuais), comprometendo o Estado com eles, não é viável chegar à conclusão de que o interesse público irá sempre suplantar o interesse privado. Pelo princípio da unidade da Constituição não seria cabível visualizar hierarquia entre interesse público e privado, nomeadamente em caráter geral e abstrato, tal como propugnaria o *princípio da prevalência do interesse público*.

Diante da constatação de que a Constituição, em alguns casos, como na desapropriação, prevê a predominância do interesse público, anotou-se que a existência de tais disposições não implica admitir um mandamento genérico e abstrato de dominância do interesse público sobre o privado. Ao invés disso, o fato de a Carta Magna prever expressamente estes casos, espelhando uma ponderação efetuada

pelo legislador constituinte, confirma a inexistência de um princípio geral; nem para um lado e nem para o outro. Na mesma direção, mas chegando a conclusões diversas, afirmou-se que tais hipóteses excepcionam uma norma geral na direção da predominância do interesse privado. Se há um princípio geral e abstrato, isto é, uma norma indicativa (não terminativa), *a priori*, seria exatamente o contrário: o princípio da prevalência do interesse privado sobre o interesse público.

Ademais, mostrou-se que a indeterminabilidade da noção de interesse público, conceito jurídico indeterminado (ou *conceito jurídico determinável*, como preferimos) (Oliveira, 2010a), abre porta para a arbitrariedade, um *Estado Policialesco*, tensionando a segurança jurídica. Logo, sustentar que o interesse público sempre vencerá é cair em um autoritarismo estatal, gerando graves prejuízos para os direitos fundamentais.

A ideia de uma predominância *a priori* e definitiva também entraria em choque, por exemplo, com os postulados da concordância prática e da proporcionalidade, tendo em vista que condicionar a interpretação de um caso concreto à prevalência incondicional do interesse público, viola a máxima realização dos interesses envolvidos (concordância) e desconsidera as conformações recíprocas, inclusive a possibilidade, em alguns casos concretos, de inverter os sinais, ou seja, o interesse privado vencer o interesse público (proporcionalidade).

Salta aos olhos o que parece ser a preocupação nuclear desta produção doutrinária de crítica: que a Administração Pública, tão somente por alegar interesse público, tenha a certeza de que tal interesse, seja realmente público ou não, predomine sobre o interesse privado. Ou seja, o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* como um trunfo. Uma vez invocado, a conclusão automática: o interesse privado deve inevitavelmente ceder diante do interesse público, mesmo quando este não se mostre, na sua expressão própria, como tal.

3 NOTAS ACERCA DO TRATO FORENSE

Passemos por uma revista no tratamento forense da noção de supremacia do interesse público sobre o privado.

Começemos pela decisão abaixo.

A limitação à liberdade de imprensa, sobrepondo-se ao interesse individual, atende às necessidades superiores do Estado, e da coletividade, dentro das exceções que o conceito de liberdade há de juridicamente suportar, como imperativo imanente ao procedimento humano, compatível com o convívio social. RE nº 25.348/MG, Rel. Min. Ribeiro da Costa, Publ. 2/12/1954.

No caso em tela, a Editora Jornal do Povo impetrou mandado de segurança diante do chefe de polícia do Estado de Minas Gerais, que ordenou a apreensão de exemplares do jornal, pois, segundo a própria alegação do coator, “estando cassado o Partido Comunista, o Jornal do Povo (...) se tornou órgão clandestino, que não visa, senão implantar a confusão e estabelecer a desordem (...)”. Decidiu-se ser legítima a atuação do Estado por se tratar de ofensa à moral, incompatível com o convívio social.

Já no julgado seguinte vê-se a necessidade de levar em consideração o interesse privado em conciliação com o interesse público.

O Poder Público municipal tutela o interesse coletivo e o particular de cada cidadão, devendo agir com equilíbrio: não pode arbitrariamente declarar abertos ou fechados logradouros públicos sem ter, em devida conta, os interesses particulares legítimos. RE nº 23.621/RN, Min. Rel. Afranio Antonio da Costa, Publ. 2/5/1955.

A Prefeitura de Natal, tendo aberto novas ruas, loteado os terrenos e disponibilizado os serviços de saneamento e de distribuição de água, vendeu os lotes a interessados que, por sua vez, procederam o registro de compra e venda e, após a aprovação do município, iniciaram a construção de suas casas. Nada obstante, por um “capricho injustificado”, a Administração tornou a fechar os logradouros, provocando “situação de completa desordem, incapacidade e feita de critério administrativo”.

Adentrando na década de 60, corrobora-se o que supra foi exposto: a definição da expressão “interesse público” é política e, portanto, é, *a priori*, indefinida, como se expõe, a seguir.

Não me parece duvidoso que a apreciação da “urgência” ou do ‘interesse público relevante’ assume caráter político: – é urgente ou relevante o que o Presidente entender como tal, ressalvado o que o Congresso pode chegar a julgamento de valor contrário, para rejeitar o decreto-lei. Destarte, não pode haver revisão judicial desses dois aspectos entregues ao discricionarismo do Executivo, que sofrerá apenas correção pelo discricionarismo do Congresso. RE nº 62.731/GB, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, Publ. 19/6/1968.

É patente que a noção de interesse público é cultural, variando no tempo e no espaço, e que muitas vezes vem atrelada a outras normas, como demonstra a decisão a seguir, escandalosa.

Concurso Público. Isonomia. Não viola o Princípio Constitucional da Isonomia legislação estadual que, ante a natureza especial das funções e o interesse público, reserve o acesso do cargo de Delegado de Polícia ao sexo masculino. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido. RE nº 93122/PR, Rel. Min. Moreira Alves, Publ. 19/12/1980.

O próximo julgamento colacionado ilustra a dissonância na configuração ou não do interesse público.

Execução Fiscal. Embargos. Ministério Público. Questão de fato. A simples presença da entidade pública não impõe a intervenção do Ministério Público, cabendo ao juiz examinar se existe ou não o interesse público. Questões de fato são insuscetíveis de apreciação na via especial. Recursos improvidos. REsp 140.450/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 9/12/1997, DJ 09/03/1998, p. 28.

Na decisão seguinte percebe-se que o cerne é a definição de interesse público, sendo certo que o conceito apresentado de interesse público permite promover ilegalidade.

Mandado de Segurança. Professor afastado da unidade escolar onde exercia suas atividades. Inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ausência de interesse público. I – Não é possível o afastamento do professor, de forma arbitrária, sem observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da unidade escolar onde exerce suas atividades. II – Tal fato, sem

comprovação do interesse público, importa em punição, o que não encontra amparo legal. III – Remessa necessária e recurso voluntário conhecidos e não providos. APC nº 2003011064459-9/DF, Rel. Haydevalda Sampaio, 6/12/2004.

Afirma-se, espantosamente, que, havendo comprovação do interesse público, a Administração pode afastar o servidor sem observar o contraditório e a ampla defesa.

A título exemplificativo da mudança histórica do que se tem por interesse público, comparando com a decisão supracitada, o julgado a seguir é emblemático da liberdade de imprensa, valor considerado como de interesse público.

Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incisos ii e iii do art. 45 da lei 9.504/1997. (...) 2. Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. (...) Vale dizer: não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Isso porque a liberdade de imprensa não é uma bolha normativa ou uma fórmula prescritiva oca. Tem conteúdo, e esse conteúdo é formado pelo rol de liberdades que se lê a partir da cabeça do art. 220 da Constituição Federal (...) a imprensa mantém com a democracia a mais entranhada relação de interdependência ou retroalimentação. (...) 4. A Magna Carta Republicana destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como a mais avançada sentinela das liberdades públicas, como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. (...) Dando-se que o exercício concreto dessa liberdade em plenitude assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado. Respondendo, penal e civilmente, pelos abusos que cometer, e sujeitando-se ao direito de resposta a que se refere a Constituição em seu art. 5º, inciso V. A crítica jornalística em geral, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura. Isso porque é da essência das atividades de imprensa operar como formadora de opinião pública,

lôcus do pensamento crítico e necessário contraponto à versão oficial das coisas, conforme decisão majoritária do Supremo Tribunal Federal na ADPF 130. (...) 6. A liberdade de imprensa assim abrangentemente livre não é de sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias. Tanto em período não-eleitoral, portanto, quanto em período de eleições gerais. ADI 4451 MC-REF, Min. Rel. Ayres Britto, Publ. 1º/7/2011.

Já na última decisão aqui colacionada é apresentada uma colisão entre interesse público e interesse privado, tendo concluído pela dominância do interesse privado.

Apelação Cível em sede de Mandado de Segurança. Licença sem vencimentos para trato de Interesse Particular. Doença de descendente. Aplicação do princípio da dignidade humana em detrimento do princípio da supremacia do interesse público. Concessão que se faz razoável e proporcional.

1. É certo que a licença para tratar de interesses particulares é direito assegurado ao servidor efetivo pelo ente público municipal, contudo, o deferimento de sua fruição encontra-se vinculado à esfera de discricionariedade da Administração Pública, a qual poderá avaliar o momento oportuno para a sua concessão. 2. Entretanto, o caso em destaque revela uma particularidade a merecer uma apreciação isolada e sob a ótica solidária e humana, uma vez que quando se trata de motivos de saúde de um filho, com risco de morte, não há que se esperar o “momento oportuno para o deferimento da licença pelo administrador”, dada a urgência na apreciação do pleito. 3. Não se trata de mera conveniência do particular em detrimento do interesse público, mas sim da aplicação direta e inafastável do princípio da dignidade da pessoa humana, o que faz de cada ser humano merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. 4. princípio da supremacia do interesse público, bem como todo o Direito Administrativo (e, talvez, até todo o Direito Público), que devem ser limitados pelo Princípio da Dignidade Humana, pois o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Carta Magna).” TJPI, Ap. 201100010020689, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Julgado em 25/4/2012.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da polêmica que se formou acerca do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, demonstra que a celeuma é atinente ao conceito de *princípio* e às definições de *interesse público* e *interesse privado*. Deveras, ao menos em parte, autores divergem porque estão emprestando significados diferentes para a espécie normativa *princípio*, bem como estão entendendo de forma diversa o que é *interesse público* e o que é *interesse privado*.

Pode-se entender o interesse público como indissociado do interesse privado? Supondo o interesse público como o interesse da comunidade, não necessariamente o interesse da maioria, conformado (limitado e condicionado) pelos direitos fundamentais, depende basicamente do que se está tomando por interesse privado. Apenas idealmente se poderá imaginar que interesses privados não vão se bater contra interesses públicos. Isto considerando interesse privado o interesse juridicamente protegido, vez que pode ser do interesse do estuprador não ser preso pelo seu crime, mas o interesse público impõe a prisão. É a discussão sobre limites imanentes dos direitos.

Normalmente, quando se enfoca o interesse privado nesta seara do Direito Administrativo, está se pressupondo o interesse juridicamente protegido. Ou seja: o direito de propriedade invocado contra a intenção estatal de desapropriar. Não é razoável pensar que na desapropriação por *utilidade pública* (Decreto-Lei nº 3.365/41) ou por *interesse social* (Lei nº 4.132/62) não há precisamente a preponderância do interesse público sobre o interesse privado em razão de haver a exigência do pagamento da indenização. Ora: o proprietário pode simplesmente não querer receber a indenização, mesmo quando em valor superior ao do mercado. O particular não tem opção: a desapropriação, uma vez legal, vai ocorrer mesmo diante da sua oposição. O fato de ele fazer jus a uma indenização não afasta o fenômeno: o interesse público prevaleceu sobre o interesse privado (o de não perder a propriedade do seu bem, de permanecer residindo na casa). A obrigação de indenizar significa que a legislação reconhece que o direito de propriedade deve ser levado em conta, não deve ser nulificado, mas não que, em algum momento, o interesse privado possa impedir que a desapropriação ocorra, uma vez que ela traduza desde o interesse público até as demais formalidades jurídicas.

Por outros termos: o interesse público prevaleceu sobre o privado; mediante pagamento da indenização, mas prevaleceu. Como se sabe, em outras hipóteses de desapropriação, nomeadamente na agrária e na urbanística, a indenização permanece devida, porém com maior ônus para o proprietário, vez que o pagamento se dará por meio de títulos da dívida agrária ou da dívida pública, naquilo que se entende como sendo desapropriação-sanção. Ademais, nos termos no artigo 243 da Constituição, há ainda a expropriação ou desapropriação-confisco, aquela segundo a qual não existe dever de indenizar, ou seja, resta evidente que o interesse público pode justificar até mesmo a supressão da propriedade sem qualquer compensação financeira.

De toda sorte, é óbvio que o interesse público pode ser salvaguardar um interesse privado. Exemplificando. É interesse público remover, forçadamente inclusive, uma construção em área de risco. Veja-se: mesmo que eventual desabamento importe na perda da vida apenas dos proprietários, o que pode ser lido como interesse privado, é obrigação do Estado retirar os moradores diante da chance de desmoronamento. O dever de usar cinto de segurança é outra ilustração, mesmo quando visto apenas na perspectiva do próprio usuário.

Pode-se responder que nestes casos a problemática gira em torno do interesse privado em si. Não está errado dizer isto. Sem embargo, digamos que o interesse público está na melhor percepção do que é o interesse privado e que, desta maneira, pode ser afirmado (imposto) contra o que o próprio indivíduo alega ser o seu interesse particular.

Outro exemplo. Vive-se agora a eclosão de inúmeras manifestações que varrem o país com uma pauta bem-diversificada: desde contra o aumento da passagem de transporte público, passando pela tarifa zero em ônibus, questionando os gastos astronômicos com a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas, passando pela corrupção encastelada, a construção da usina de Belo Monte, o *projeto de lei da cura gay*, a reivindicação de reforma política e até a defesa dos direitos dos animais. Muitos destes movimentos foram violentamente reprimidos pela polícia, sendo certo que houve investida de manifestantes contra prédios públicos e outros bens. Sem ingressar exatamente no mérito, a indagação: A repressão traduz a prevalência do interesse público contra interesses privados?

O que estamos dizendo é que a resposta não pode ser dada sem levar em conta as circunstâncias concretas e peculiares. Ora, onde está o interesse público em um momento revolucionário? No aparato repressivo ou no povo? Pode ser negado, em nome do interesse público, o direito de manifestação em uma via pública especialmente movimentada diante dos acentuados prejuízos para a mobilidade urbana? Depende da razão da manifestação? Do apelo popular envolvido? E a pessoa que morre por não conseguir chegar ao hospital diante do engarrafamento provocado? Tais perguntas salientam a complexidade da análise.

Pode ser que uma passeata traduza interesse público ou interesse privado, conquanto interesse coletivo, ou seja, de um determinado grupo (categoria profissional, moradores de um bairro). Logo, o interesse público pode estar representado pela ocorrência da manifestação. Ainda quando envergue um pleito comumente classificado como privado, a conclusão não é que o interesse público possa impedir que a manifestação aconteça. O juízo vai depender de uma série de fatores: plataforma do evento (lembre-se da controvérsia sobre a *Marcha da Maconha*; manifestações nazistas, racistas; manifestações com armas), data, hora, local e número esperado de pessoas.

A polarização depende da definição dos polos. Ademais, é possível que um interesse público entre em choque com outro interesse público, tal como acontece entre interesses privados. Problematize-se a noção de interesse público. Segundo a teoria de direitos normativamente envergada, não é tolerável realizar uma experimentação científica em uma pessoa contra a sua vontade, sob pena da sua saúde/vida, ainda que deste experimento possa resultar a cura para uma doença que aflige milhões. Supondo este caso, estaríamos diante de um conflito entre interesse público e privado com a predominância do interesse do indivíduo? Ora, somente se poderia entender deste modo a partir de um conceito descaracterizado de interesse público, porquanto, de acordo com o senso comum de interesse público a conduta descrita não reflete tal interesse. É simples e fragorosamente uma inconstitucionalidade, um comportamento plenamente vedado ao Estado. A rigor, o conflito nem se coloca, pois.

A hipótese anterior chama a atenção novamente para o fato de que, a rigor, somente seria caso de configurar um conflito entre interesse público e interesse privado quando as condutas são previamente legítimas, lícitas. Como todo inte-

resse público é interesse legítimo, e o interesse da sociedade tendo como fonte de legitimação os direitos individuais e outros, há a assertiva de que, na sua expressão típica, não há propriamente colisão entre interesse público e privado. Tudo ficaria por conta da conceituação de interesse público. Daí o desafio de identificar um caso de conflito.

Veja-se que é de interesse público realizar operações policiais nas estradas ou as operações da *lei seca*. Se a abordagem ocorre com excesso de poder já não seria mais possível qualificar interesse público uma vez que a ação incorreu em ilicitude. É de interesse público que bens de valor histórico/cultural sejam preservados pelo mecanismo do tombamento. E serão mesmo contra a vontade do proprietário, que terá seu direito de propriedade conformado. Se, todavia, o chefe do executivo decide pelo tombamento a fim de prejudicar um desafeto, não há interesse público no ato, o que há é desvio de finalidade. Logo, não tem razão para se cogitar conflito entre interesse público e privado.

Esta formulação leva a concluir pela mera inviabilidade de conflito em razão do conceito de interesse público. Mesmo que se opte por este enquadramento, fato é que as situações de conflito ou supostos conflitos vão se apresentar. É bem fácil visualizar caso em que o interesse público predomina sobre o interesse privado, como antes narrado. Não é, porém, o mesmo no inverso, pois seria possível de antemão descaracterizar a medida como de interesse público de sorte a evitar a configuração de antinomia.

É claro que nem sempre que o Estado alega interesse público há efetivamente interesse público. Não obstante, a presunção é que a atuação estatal é legítima, manifesta interesse público; presunção que, como notório e obviamente, é relativa. Neste passo, a suposição de interesse público irá ser traduzida em uma pressuposição, agora não mais relativa, não mais *a priori* e sim definitiva, da prevalência do interesse público, concebido este na sua forma, por excelência, sobre o privado. Conforme esta formatação, caso se conclua pela vitória do interesse privado, o que cai não é a suposição de predominância do interesse público, mas o próprio interesse público, vez que não plasmado na hipótese.

Veja-se na aplicação do princípio da razoabilidade. Se diante de uma finalidade legítima o Poder Público opta pela medida mais gravosa a direitos individuais em detrimento de medida igualmente apta e menos impactante, vulnerando o subprincípio da necessidade ou proibição de excesso, na verdade o interesse público não se faz presente, pois ele importa em alcançar o resultado com a atitude que causa menos onerosidade aos direitos individuais, o que ressalta que os interesses privados compõem o interesse público. Este exemplo prova que o interesse público não é apenas uma questão de fins, é também uma problemática de meios.

Volte-se ao exemplo da desapropriação. Supondo que o Estado ofereça, a título de indenização, um valor inferior ao devido, não há que se falar de conflito entre interesse público e privado, qual seja este o interesse de receber a indenização justa. O próprio interesse público é de pagar uma indenização justa, conforme prevê a Constituição e a legislação infra. Pagar uma indenização menor não é interesse público, pode ser interesse do ente (interesse secundário divorciado do primário) – fazer caixa, poupar –, mas interesse público, este fincado na solidariedade, na repartição de riscos e prejuízos, não é. Vale recordar que a advocacia pública é mesmo pública antes de ser estatal ou governamental: seu compromisso é com o interesse público e não com o interesse da Administração Direta ou de entidade da Administração Indireta, enquanto divorciado da comunidade, ou, no mesmo corte, do governo.

Mesmo que se acolha uma interpretação mais elástica de interesse público, interpretação que permita visualizar um conflito entre ele e um interesse privado, não é certo considerar que a doutrina vinha trabalhando com a tese de que o interesse público, seja ele qual fosse, iria ter supremacia em detrimento do privado. Os autores brasileiros que defenderam ou defendem a existência do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* – para citar apenas dois: Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Melo – nunca disseram isto, o que seria de um simplismo doutrinário absurdo.

Em suma: tomado o interesse público como o interesse da sociedade, entendido este como a incorporar incontornavelmente os direitos fundamentais, isto é, um interesse sempre legal, constitucional, a supremacia do interesse público sobre o privado passa a ser uma norma sem exceção, pois que tudo convergiria

para o próprio conceito de interesse público (se presente ou não). Em não sendo esta a aceção, o *interesse público* pode, sem dúvida, não ser forte o bastante para superar o interesse privado.

O ponto, insista-se, é que na vida ordinária o Estado alega interesse público (seja o administrador, o legislador ou o juiz) e, desta feita, o desenho que se vê comumente é o de conflito. E, excluindo a hipótese mais estreita ou radical de interesse público, conforme aduzida anteriormente, de conflito, pode mesmo se tratar. Boa hipótese é a da convocação para lutar em uma guerra. A convocação é obrigatória e o não comparecimento pode configurar deserção, infração punida com a morte. Toda guerra, todavia, é de interesse público? E se for uma *guerra de conquista*, vedada pelo direito internacional e pela própria Constituição? Daí a escusa de consciência por razão religiosa mas também política. Supondo, entretanto, que o país seja atacado injustamente, uma invasão imperialista, a recusa em lutar nesta guerra (justa) poderia ser entendida como interesse privado superando o interesse público?

Subsiste, porém, a questão de saber se é cabível sustentar uma presunção (relativa) de prevalência em favor do interesse público que se aplique em todos os casos. Parece-nos, como antes exposto, que esta questão segue aquela referente ao princípio da presunção de legalidade/veracidade dos atos administrativos. A presunção de legalidade/veracidade não se impõe sempre, em todas as hipóteses, pois, perante os chamados *casos suspeitos* (aqueles que empregam critérios duvidosos de discriminação, notadamente elementos naturais, como raça/cor, sexo, nacionalidade) a presunção é anulada, inexistindo qualquer suposição, ou, como defende outra vertente, sendo mesmo invertida, ou seja, presumindo-se a ilegalidade do ato.

Estas situações são, porém, excepcionais. A regra é presumir que aquilo que a Administração está afirmando ser interesse público realmente seja. E, sendo, a regra é que predomine sobre o interesse privado. Daí que é procedente manter o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vez que, como princípio, veicula uma pretensão *prima facie*, abrindo a possibilidade de a polaridade ser invertida, pois admite razões em sentido contrário.

5 REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a.

_____. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Voltando à problemática da tipologia regras e princípios: primeiro ensaio*. Juris Poiesis, n. 13. Rio de Janeiro: Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá, 2010b.

SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Recebido em: 17/3/2014

Aceito em: 17/10/2014