



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Repensando o repensamento do “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”: uma reabertura do debate, no plano da pré-compreensão jurídica

Rethinking the rethinking of the "Principle of the Supremacy of the Public Over Private Interests": a reopening of the debate in terms of juridical pre-comprehension

Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto

Resumo: Investiga-se a existência, na Constituição brasileira, de uma noção de primazia dos interesses públicos sobre os interesses privados. Confundem-se, no atual estágio da dogmática, duas noções de supremacia: dos interesses públicos sobre os privados, e dos interesses coletivos sobre os individuais. Foi realizada pesquisa qualitativa bibliográfica, que se desenvolveu a partir da crítica dirigida por Humberto Ávila à dogmática da supremacia do interesse público. O método foi compilatório e crítico das posições intituladas “desconstrutora” e mantenedora. Identificou-se que tanto o processo de semantização do interesse público como interesse coletivo, como a criação de um axioma de supremacia absoluta - não sustentado originalmente - serviram para dar uma solução fácil para um problema que não existia. Como resultado, tem-se que as pré-compreensões jurídicas, especialmente sobre teorias do Estado e da constituição, influem decisivamente na relação de prioridade na satisfação de interesses, mesmo para a corrente dogmática que sustenta que o interesse público somente pode ser descoberto por meio de sopesamento.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Princípio da Supremacia do Interesse Público; Interesse Privado (interesse particular); Pré-compreensão Jurídica.

Abstract: It is proposed to investigate the existence, in Brazilian Constitution, of a notion of primacy of public over private interests. At the current stage of dogmatics, two ideas of supremacy are confused: of public over private interests, and of collective over individual interests. Qualitative bibliographic research was carried out, which developed from the criticism directed by Humberto Ávila to the supremacy of public interest's dogmatics. Method was compilatory and critical of the so-called “deconstructive” and reactionary positions. It was identified that the processes of semantization of public interest as collective interest, and of creation of an axiom of absolute serve to provide an easy solution to a problem that did not exist. As a result, juridical pre-comprehensions, especially about state and constitution theories, have a decisive influence on the relationship of priority in the satisfaction of interests, even for the dogmatic current that maintains that the public interest can only be discovered by means of balancing.

Keywords: Administrative Law; Principle of the Supremacy of the Public Interest; Private interest; Legal Pre-comprehension.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v11n1p01-24>

REPENSANDO O REPENSAMENTO DO “PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR”: UMA REABERTURA DO DEBATE, NO PLANO DA PRÉ-COMPREENSÃO JURÍDICA

Fábio Carvalho de Alvarenga PEIXOTO*

Sumário: 1 Introdução; 2 A crítica de Humberto Ávila à doutrina “clássica” da supremacia do interesse público (interesse da coletividade) sobre o interesse privado (interesse não público); 3 O desenvolvimento do debate aceso por Humberto Ávila: repensamentos da supremacia do interesse público (interesse da coletividade ou interesse coletivo?); 4 Reação dogmática: reafirmação da supremacia do interesse público (interesse da coletividade); 5 A solução fácil: “desconstrução” do axioma da supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais; 5.1 Semantização do interesse público como interesse coletivo, e do interesse privado como interesse individual: “combate semântico”; 5.2 Criação e subsequente desconstrução do axioma da supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais; 6 Reabertura do verdadeiro debate, em um novo plano: a necessidade de consideração da pré-compreensão jurídica; 7 Conclusão; 8 Referências.

1. Introdução

Desde 1998, quando Humberto Ávila publicou o artigo intitulado *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*¹, iniciou-se um intenso debate na dogmática brasileira sobre a (in)existência de tal supremacia.

A tese de doutorado de Gustavo Binenbojm, posteriormente transformada no livro *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização* parece haver invertido definitivamente as posições de prevalência dogmática: o que antes era tido como axioma - a supremacia do interesse público - passou a ser posição minoritária; por outro lado, a necessidade de resolução dos conflitos entre interesses públicos (reduzidos então a interesses coletivos) e interesses particulares (tidos como interesses individuais) por meio da técnica do sopesamento (ou “ponderação alexyana” – *Abwägung*) tornou-se, aparentemente, o novo axioma.

* Professor - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas, graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (2014). Sócio proprietário na Bentes Coutinho Peixoto Advogados, CP3P-F. <https://orcid.org/0000-0002-1736-6493>.

¹ Originalmente publicado na Revista Trimestral de Direito Público, v. 24, p. 159–180, 1998. Neste artigo, utilizou-se a versão inalterada publicada referenciada como Ávila, 2010.

Assim, não há dúvida de que o objetivo a que Humberto Ávila propôs-se foi plenamente atingido: repensou-se profundamente a supremacia do interesse público sobre o particular. A despeito disso, o repensamento parece ter ficado confinado à dogmática, com poucas implicações práticas: percebe-se uma mudança na fundamentação dos juízos dogmáticos - abandonando-se quase por completo a afirmação da supremacia do interesse público como fundamento, em favor do sopesamento -, mas não se identifica uma só mudança paradigmática na prática jurídica. Isso é um indício de que a discussão, até agora, foi feita em um plano em que a dogmática “clássica” pouco difere daquela não positivista (para utilizar-se, aqui, uma autoqualificação da teoria de Robert Alexy – cf. Alexy, 2009, p. 4-5) ou da pós-positivista (como a de Friedrich Müller).

A conclusão de que os interesses públicos (entendidos como interesses coletivos) não podem prevalecer concretamente *em todos os casos* em que colidirem com interesses não públicos (tido como interesses individuais) não demandaria tantas pesquisas jurídicas, ainda mais de acadêmicos com obra de grande significação. Será que é realmente disso que se trata? Em outras palavras: a negação de uma relação de precedência absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais altera, de fato, a dogmática do direito administrativo? A dogmática “clássica”, por meio do axioma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, efetivamente defendia uma supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, que precisasse ser, assim, “desconstruída”? Quanto se diferem, nesses aspectos, as ideias de Humberto Ávila e Maria Sylvia di Pietro? De Daniel Sarmento e José dos Santos Carvalho Filho? De Gustavo Binbenbim e Emerson Gabardo?

O problema central que se pretende resolver, neste estudo, é o seguinte: independentemente da metodologia utilizada na concretização dos direitos constitucionais - sopesamento, concordância prática etc. -, pode existir alguma prioridade geral ou específica, determinada pela Constituição brasileira, dos interesses coletivos sobre os interesses individuais? Isso significa, de forma reflexa, responder à questão referente ao novo axioma: aqueles que realizam a concretização por meio do sopesamento incluem, ainda que inconfessadamente, pré-compreensões que conferem alguma prioridade a alguma das duas espécies de interesses?

A análise centra-se em três aspectos: o primeiro é o “combate semântico” (na plástica expressão de Friedrich Müller) sobre o significado da expressão “interesse público”; o segundo, a criação de um axioma de supremacia absoluta, para fim de subsequente “desconstrução”; o terceiro, a influência das pré-compreensões jurídicas - especialmente as de teorias do Estado e da constituição - no procedimento de concretização do interesse público, em especial por meio do sopesamento.

A metodologia, compilatória e crítica, partiu do trabalho de Humberto Ávila, e, em seguida, investigou os rumos da discussão superveniente; criticamente, depurou-os,

como forma de identificar as verdadeiras questões subjacentes, com aportes da doutrina estruturante de Friedrich Müller. Intitularam-se as correntes opositoras “desconstrutora” e mantenedora. Descobre-se que há praticamente um consenso dogmático sobre a inexistência de uma supremacia geral absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais; por outro lado, há uma aparente cisão significativa no que se refere, no plano das teorias da constituição e do Estado, a uma relação de precedência (ou equivalência) entre esses mesmos interesses.

Este artigo é estruturado em cinco tópicos, além desta introdução e da conclusão. O primeiro tópico aborda o que Humberto Ávila qualificou como o axioma do “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, assim defendido pela dogmática “clássica” do Direito Administrativo, bem como as críticas a ele apresentadas. No segundo, apresentam-se pensamentos de autores “desconstrutores”, na esteira daquele defendido por Humberto Ávila, e, no terceiro, a dogmática mantenedora, contestadora do novo pensamento. No quarto tópico, abordam-se os processos de semantização do interesse público e de criação de um axioma de supremacia absoluta, para fim de “desconstrução”, que levaram a um desvirtuamento do debate. No quinto e último, identifica-se a importância, na concretização jurídica, da pré-compreensão formada pelas concepções de Estado e constituição, e a possibilidade de a Constituição brasileira haver estabelecido uma real primazia de alguns interesses coletivos sobre os interesses individuais.

Ao contrário do que pode parecer, pelo título, a abordagem não é crítica ao trabalho de Humberto Ávila; ao contrário, parte-se de onde ele parou - e acredita-se que há, ainda, um longo espaço para avanço. Segue-se, aliás, o que o próprio autor sugeriu ao final de seu trabalho: sua análise tinha como objetivo “apenas iniciar a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, curiosamente inexpressiva” (Ávila, 2010, p. 217). O debate hoje é, graças a Ávila, profícuo; porém, ainda está longe de uma conclusão sólida.

A abordagem da pesquisa da qual se originou este artigo é qualitativa, e baseada em fontes bibliográficas. Adotou-se, como referencial teórico para o desenvolvimento, a doutrina estruturante do Direito, de Friedrich Müller - autor, diga-se de passagem, citado por Humberto Ávila em seu artigo seminal. Onde a crítica apresentada utilizou-se de outras ideias ou de outra nomenclatura, anotou-se o referencial teórico respectivo.

2. A crítica de Humberto Ávila à doutrina “clássica” da supremacia do interesse público (interesse da coletividade) sobre o interesse privado (interesse não público)

Ávila (2010, p. 173) inicia seu artigo tratando da concepção de supremacia do interesse público sobre o privado apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 70, grifo nosso): “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a *superioridade do interesse da coletividade*, firmando a

prevalência dele *sobre o do particular*, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

Para a crítica da crítica, deve-se deixar claro do que se tratava, originalmente: o interesse público abordado por Bandeira de Mello é o “interesse da coletividade”; por exclusão (uma vez que não se menciona um terceiro gênero), interesse privado é todo interesse não público. Um tal interesse público, como interesse da coletividade, é supremo - ainda segundo Bandeira de Mello (2015, p. 69) - mesmo “nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais”. Isso é: o interesse público que é tido como supremo não pode ser reduzido simplesmente a interesses coletivos, uma vez que essa redução exclui injustificadamente a relevância dos interesses individuais por aquele abrangidos. A forma como se deve delinear o interesse público será vista mais adiante, mas é importante ter em mente, desde logo, que a redução do interesse público a interesses coletivos desvirtua o debate.

É preciso ser justo com Ávila: em seu trabalho, o objeto não era a relação de precedência entre interesses coletivos e interesses individuais; o problema identificado por Ávila está em outra parte: Bandeira de Mello (2015, p. 70, grifo nosso), ao defender a supremacia do interesse público, afirma que “deste *princípio* procedem [...] consequências ou princípios subordinados”. É nesse ponto específico que se prende Ávila (2010, p. 175), para qualificar o axioma de supremacia como um suposto princípio (jurídico) regulativo e relacional, em sentido alexyano. Segundo o próprio Ávila (2010, p. 176, grifo nosso), a finalidade de seu artigo “é, apenas, analisar criticamente o ‘*princípio* da supremacia do interesse público sobre o particular”.

Isto deixa em aberto uma questão primordial, que será tratada mais adiante: se a supremacia do interesse público não for um princípio jurídico em sentido alexyano, sua existência estará em xeque? Como visto acima, Ávila não responde - nem pretende responder - a essa questão. Coerentemente, dentro dos objetivos propostos, Ávila (2010, p. 176-177) investiga tão somente a possível qualificação do “princípio” em questão como norma-princípio ou como postulado normativo.

Nada obstante, há um ponto abordado por Ávila (2010, p. 189) de especial relevância para o debate superveniente ao seu trabalho: mesmo estando fora do seu escopo de investigação, ele toma da teoria de Alexy a ideia de que há “um ônus de argumentação (‘Argumentationslast’) em favor dos interesses privados”. Alexy (2004, p. 208), porém, deixa claro que, em razão disso, “o sistema normativo adquire, por certo, uma tendência individualista”. Isso já deixa antever questão que será abordada mais adiante: o quanto a pré-compreensão jurídica influencia na relação de primazia entre interesses público e não público.

No mesmo ponto do artigo, Ávila (2010, p. 190) cita a *Juristische Methodik*, de Friedrich Müller. Unicamente, porém, para afastar metodicamente uma prevalência abstrata à liberdade. Deixa de lado, por outro lado, a observação, constante da mesma

obra, de que o trabalho jurídico deve respeitar as decisões relacionadas a métodos tomadas pelo soberano (Müller, 2013, p. 293). Ávila (2018, p. 205 et. seq.), como se sabe, não tem nenhuma dificuldade em qualificar como constitucional o sopesamento, não citado expressamente na Constituição brasileira; por honestidade metodológica, não deve, assim, fechar as portas para uma possível prioridade metodológica identificável como decisão constituinte soberana.

Ávila (2010, p. 203, grifo nosso) chega a tocar a superfície do assunto, ao afirmar que:

Perquirir sobre as causas que levaram o legislador a instituir prazos maiores para a administração ou a atribuir determinadas características ao ato administrativo, por exemplo, é objeto da ciência política. Seu aspecto jurídico circunscreve-se a descrever e explicar o sentido e o alcance das normas que instituíram determinadas prerrogativas que os particulares não possuem. Esse aspecto normativo, contudo, nada tem a ver com um princípio de supremacia.

A remessa da discussão para a “ciência política”², ao contrário do que poderia parecer, não resolve a questão metódica jurídica. A “pureza” jurídica, aliás, parece haver sido desconsiderada pelo próprio Ávila (2010, p. 205, grifo do autor), ao sustentar, em negrito, que a “condição racional para o conhecimento do ordenamento jurídico deve ser outra, precisamente consubstanciada no ‘postulado da unidade da reciprocidade de interesses’ (‘Gegenseitigkeitspostulat’)

Se é possível assumir a existência, no campo da Ciência Política - porém com reflexos no campo da Ciência do Direito -, de um postulado de equivalência de interesses, então das duas, uma: ou esse postulado está acima da Constituição, e aceita-se que a Constituição deve obrigatoriamente a ele se submeter, sem alternativa, ou esse postulado é extraível da própria Constituição.

De uma forma ou de outra, há que se admitir, ao menos em tese, a possibilidade de existência de ao menos dois outros “postulados”, além daquele da equivalência de interesses: o da prevalência dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, e o da prevalência dos interesses individuais sobre os interesses coletivos. Esses dois “postulados” podem ser ainda desdobrados em quatro, cada uma das duas prevalências podendo ser absoluta ou relativa. Isto será tratado mais adiante, no curso da análise da influência das pré-compreensões de teorias do Estado e da constituição.

Veja-se adiante como as ideias apresentadas por Ávila em seu trabalho seminal foram desenvolvidas por outros autores “desconstrutores”.

² Madureira (2016, p. 80-81) defende algo semelhante, fazendo, inclusive, expressa referência à teoria pura de Hans Kelsen — que, para ser honesto, não defende como única possibilidade, e sim como alternativa legítima de definição do dever do jurista.

3. O desenvolvimento do debate aceso por Humberto Ávila: repensamentos da supremacia do interesse público (interesse da coletividade ou interesse coletivo?)

Um interessante desenvolvimento inspirado pelo artigo de Ávila é o trabalho *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, de Daniel Sarmiento. Como o próprio título deixa antever, Sarmiento (2010, p. 51 et seq.), no tópico sob o sugestivo nome de “Pessoa, Sociedade e Constituição”, apresenta - certamente, não à toa - os possíveis fundamentos políticos para uma supremacia ou dos interesses públicos (interesses da coletividade) ou dos interesses privados (interesses não públicos). Segundo ele, organicismo e utilitarismo justificariam a ideia da supremacia do interesse público sobre o privado. Por outro lado, o individualismo “tende a afirmar a primazia dos interesses particulares de cada um sobre aqueles pertencentes à coletividade”.

Sarmiento (2010, p. 70–72) sustenta a posição de que a Constituição brasileira não consagrou nem o organicismo, nem o utilitarismo, nem o individualismo, mas sim “uma visão personalista”. O fundamento para esta conclusão é que, para a Constituição brasileira, de cunho “social”, “a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais dos particulares. Arremata da seguinte forma: “a visão individualista, que atribuíria primazia incondicional aos direitos individuais sobre os interesses coletivos, não se sustenta na ordem constitucional brasileira”.

Daí deveria decorrer, evidentemente, uma relação de primazia distinta daquela do individualismo (do direito individual sobre os interesses coletivos). Não é, porém, a posição de Sarmiento (2010, p. 103–104): “diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa ‘precedência *prima facie*’ dos primeiros”. Ignora, assim, que o próprio Alexy - como visto acima - considera esse um sistema de “tendência individualista”, o que obviamente vai de encontro à negação de Sarmiento ao individualismo.

Note-se: não se critica, no campo da “ciência política” - se assim se quiser chamar, como o fez Ávila -, à identificação por Sarmiento, na Constituição brasileira, de uma primazia geral (ainda que relativa) dos direitos individuais sobre os interesses coletivos (ainda que o interesse coletivo seja de promoção de direitos fundamentais, ou de redução das desigualdades substanciais); porém isso não representa, de forma nenhuma, uma “visão personalista”, segundo a qual o Estado deve perseguir, por exemplo, uma igualdade substancial, mesmo à custa de direitos individuais. É claramente um viés individualista, assim qualificado por Alexy - de quem Sarmiento colhe a lição.

Binbenbojm (2006, p. 86), em seu *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, parte exatamente desse ponto. Contudo, aborda apenas metade - organicismo e utilitarismo - das visões políticas citadas por Sarmento. Conclui que nenhuma delas é compatível com a Constituição brasileira, mas não apresenta sua concepção particular. Nada obstante, essa pode ser extraída da observação de que “a Carta da República não admite qualquer definição apriorística acerca da relação de prevalência entre os interesses coletivos e individuais”. É a reciprocidade de interesses, defendida por Ávila (2010, p. 205).

A abordagem de Binbenbojm é metodicamente falha, por não apresentar o que seria, em sua concepção, um procedimento estruturado de sopesamento - cujo resultado será o “que se chamará de interesse público” (Binbenbojm, 2006, p. 86) -; certamente, não é o procedimento proposto por Robert Alexy (cf. Alexy, 2011, p. 93 et seq.). Não é possível explorar, neste trabalho, essa questão (em especial, merecem atenção, em outra parte, as marcadas diferenças em relação à teoria dos direitos fundamentais alexyana). O que releva, para esta investigação, é a cosmovisão do autor de que “o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação (*Abwägungsstaat*)”. Isso, ainda segundo Binbenbojm (2006, p. 108–109), eliminaria qualquer possibilidade de estabelecimento de uma “preponderância do coletivo sobre o individual ou do público sobre o particular”.

Binbenbojm (2006, p. 108) não explicita por que razão o sopesamento seria “mais do que uma mera *técnica* de decisão judicial ou administrativa”: assim como fez Ávila, parece remeter a fundamentação para o plano de uma Ciência Política, sem influência na metódica jurídica. Torna, assim, o sopesamento em axioma jurídico.

Como breve resumo desta vertente do pensamento jurídico, “desconstrutora”, inaugurada por Ávila, tem-se que ela é muito assertiva na negação de uma prevalência *absoluta* do que denomina “interesse público” (na verdade, interesses coletivos) sobre o interesse privado (tidos como direitos individuais), mas nada afirma de definitivo contra o reconhecimento de uma eventual constitucionalização de uma decisão político-constitucional em favor dos interesses coletivos em geral ou de alguns interesses coletivos específicos, quando conflitantes/colidentes com interesses individuais juridicamente tuteláveis³.

4. Reação dogmática: reafirmação da supremacia do interesse público (interesse da coletividade)

A reação ao discurso “desconstrutor” iniciado por Ávila foi capitaneada por Maria Sylvia di Pietro, que publicou a obra conjunta *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. Em seu trabalho incluso na obra, di Pietro (2010, p. 89) sustenta que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e

³ Diz-se “juridicamente tuteláveis” porque o universo de interesses individuais é infinito, porém apenas uns poucos terão relevância jurídica: os que têm aptidão para serem tutelados.

do Cidadão, em 1789, incorporou formalmente ao sistema político a ideia de que “sendo o interesse geral o fundamento do Poder estatal, este passa a encarnar a vontade de todos”; situa-se, assim, na mesma linha de pensamento de Bandeira de Mello (2010, p. 49–50): “Não é difícil perceber que a supremacia da lei, tão cara à Revolução Francesa, tem sua raiz no princípio da igualdade [formal]. Há supremacia da lei porque resulta da formulação da vontade geral [...]”. Era uma concepção liberal-individualista do Estado. Apenas posteriormente, no final do século XIX - e muito em decorrência da doutrina social da Igreja Católica -, o interesse público teria passado a ser identificado com o “bem comum”, perdendo o caráter utilitário tipicamente liberal, e voltando “a revestir-se de aspectos axiológicos. A nova concepção revela preocupação com a dignidade do ser humano” (Di Pietro, 2010, p. 90).

Di Pietro (2010, p. 91) assume que essa última é “a concepção presente na Constituição do Brasil, de 1988, que adota os princípios do Estado Social de Direito”. Não há dificuldade em traçar-se um paralelo entre as posições de Di Pietro e Sarmiento: ambos defendem uma alteração na concepção de interesse público, a partir do reconhecimento do caráter social do Estado brasileiro.

No mesmo trabalho, Di Pietro (2010, p. 93–100) aponta uma “bipolaridade do direito administrativo”: de um lado, a liberdade do indivíduo; de outro, a autoridade da Administração Pública. O interesse público estaria no “equilíbrio entre ambos”. A autora chega a afirmar que, sendo o interesse público um conceito jurídico indeterminado, sua aplicação “exige ponderação de interesses”: nada mais “desconstrutor”. Essa última posição é também expressamente seguida pelos mantenedores Nohara (2010, p. 124), Ribeiro (2010, p. 117), França (2010, p. 169), Borges (2011, p. 14), Madureira (2016, p. 92–96) e Gabardo (2017, p. 123).

Gabardo e Hachem (2010, p. 35) trilham caminho semelhante ao de Di Pietro e Sarmiento: investem em uma profunda investigação de um problema que Ávila qualificaria como de “ciência política”: apresentam diversas concepções de Estado, em especial a partir do movimento ilustrado do Iluminismo. Também se alinham à qualificação como individualista da concepção de Estado pós-revolucionária francesa (que inspirou a concepção liberal-burguesa, de forma geral); também consideram a concepção incorporada pela Constituição brasileira como distinta do individualismo - denominando-a “personalismo solidário”. Não chegam, porém, ao ponto de conectar, metodicamente, essas concepções à definição do interesse público.

A aparência, assim, é de que se chegou a um impasse: os que reafirmam a supremacia do interesse público parecem incapazes de convencer os que a negam, e vice-versa. No entanto, não se sabe exatamente sobre o que se discute: as duas correntes parecem afirmar posições muito menos divergentes do que as denominações sob as quais se colocam. A observação de Heinen (2018, p. 114, grifo nosso) é muito pertinente: “as posições doutrinárias que negam ou afirmam a existência da chamada

‘supremacia do interesse público’ [...] *estão a defender a mesma coisa*”. Ao menos, aparentemente.

Carvalho Filho (2010, p. 72–82) chega a tocar na superfície da verdadeira divergência, mas o faz apenas para reforçar o seu argumento geral com um adicional, derivado do “ponto de vista sociológico”. Não trata, contudo, da relação entre o citado ponto de vista e o - assim denominado - axioma da supremacia do interesse público.

Já Nohara (2010, p. 132–147), mirando a supremacia do interesse público, atinge o fundamento da primazia dos interesses coletivos - por ela denominados de “anseios coletivos” -, ao afirmar que “o fundamento da supremacia do interesse público [entendido como interesse coletivo] é encontrado na Teoria Geral do Estado”. Isso é: para entender essa última, é preciso sair um pouco da dogmática jurídica “pura”, e investigar as concepções de Estado e constituição.

A despeito de Sarmiento e di Pietro, como visto acima, haverem abordado as diversas concepções de Estado ao longo do tempo - concluindo, ambos, que a Constituição brasileira consagrou uma espécie de personalismo não individualista -, não as associaram ao conceito de interesse público, mais precisamente, às diversas concepções de primazia de interesses coletivos ou individuais em sua concretização. Nohara (2010, p. 135–140), em contrapartida, conclui que “o eixo de restrição da liberdade [é] algo que se movimenta historicamente”; isso é: “a medida adequada para a restrição dos interesses privados” é influenciada diretamente pelo entendimento prévio do que é o Estado, e de quais são as suas finalidades. Como bem dito, o Estado e o Direito não são “referenciais neutros”. Sarmiento (2010, p. 51) defende algo muito semelhante: “As ordens jurídicas baseiam-se, de forma mais ou menos explícita, em alguma ideia sobre o ser humano”.

Assim, há uma forma de fazer o debate voltar a mover-se: levá-lo a um outro plano. Como sugere Nohara (2010, p. 147, grifo nosso):

A problemática maior é, então, deslocada da questão de negar o conceito de supremacia dos interesses públicos para saber como o Estado, que se diz democrático, promoverá meios para afinar suas condutas impositivas aos anseios coletivos, na busca pela sua real legitimação”.

É o que se faz aqui.

5. A solução fácil: “desconstrução” do axioma da supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais

Há duas maneiras de encerrar o debate de uma maneira fácil, as quais se encontram inter-relacionadas, e que vêm ocorrendo atualmente, na sede “desconstrutora”: (1)

semantizando-se a expressão ‘interesse público’ como *interesse coletivo*, e a expressão ‘interesse privado/particular’ como *interesse individual*; e (2) tomando-se o axioma “clássico” como de uma supremacia *absoluta*, e não *relativa*.

5.1 Semantização do interesse público como interesse coletivo, e do interesse privado como interesse individual: “combate semântico”

Antes das perguntas sobre a possibilidade e o modo de harmonizarem-se, no caso concreto, interesses público e privado, é preciso saber identificar o que é um interesse privado, e, especialmente para o fim desta pesquisa, o que é um interesse público. Segundo Müller (2013, p. 527, tradução nossa⁴, grifo nosso), o texto escrito, por meio de outros textos escritos, é “arrastado para um processo de semantização [...] e assim, para combates semânticos que não podem ser terminados, para combates linguísticos práticos”. Esse combate semântico envolve, quase como regra, uma deformação “pela pressão e pelos conflitos dos grupos envolvidos” (Müller, 2005, p. 151).

Não se pretende enveredar aqui pela via das longas (e um tanto enfadonhas) tentativas de reduzir a tipos o conceito de interesse público - ignorando a obviedade de que os conceitos, por serem vertidos em linguagem, funcionam apenas segundo o jogo de linguagem nos quais inseridos⁵.

No jogo de linguagem do Direito - e com mais evidência no do direito público -, o conceito de interesse público encontra-se associado à de realização das finalidades do Estado. Para que não seja necessário aprofundar no ponto, pode-se admitir que essa é uma ideia aceita tanto pelos mantenedores como pelos “desconstrutores” da supremacia do interesse público (por todos: Di Pietro, 2010, p. 96; Ávila, 2010, p. 176). Basta, portanto, a definição dada à partida por Bandeira de Mello (2015, p. 70), e adotada expressamente desde logo por Ávila (2010, p. 173), Sarmiento (2010, p. 28) e Binenbojm (2006, p. 87) em suas críticas: interesses públicos são “interesses da coletividade”. É, como bem observou Hachem (2011, p. 62), uma explicação estrutural, não conteudística.

⁴ “*Er wird durch andere (schriftliche) Texte in einen ebenso unvermeidlichen wie unabbrechbaren Semantisierungsvorgang und — nicht zuletzt auch als juristischer Text — in als solche ebensowenig beendbare semantische Kämpfe, in praktische Sprachkämpfe hineingezogen*”.

⁵ Segundo Wittgenstein (2013, p. 149): “Não se pode adivinhar como uma palavra funciona. É preciso que se veja a sua aplicação e assim se aprenda”. Assim: “Podemos imaginar também que todo o processo de uso de palavras [...] seja um dos jogos por meio dos quais as crianças aprendem sua língua materna. Quero chamar esses jogos de ‘jogos de linguagem’, e falar de uma linguagem primitiva às vezes como de um jogo de linguagem. E poder-se-ia chamar também de jogos de linguagem os processos de denominação das pedras e de repetição da palavra pronunciada. Pense em certo uso que se faz das palavras em brincadeiras de roda. Chamarei de ‘jogo de linguagem’ também a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada” (Wittgenstein, 2013, p. 19).

Como visto acima, Ávila - assim como toda a dogmática “desconstrutora” (Madrueira, 2016, p. 84) - parte, em sua crítica, da definição do axioma do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (intitulado por Ávila “interesse particular”) de que trata Bandeira de Mello. Esse, porém, acresce em outra parte que “a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra *não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei*” (Bandeira de Mello, 2015, p. 848, grifo nosso).

Ademais, como já visto acima, para Bandeira de Mello (2015, p. 69), o interesse público inclui também a proteção a bens e interesses individuais. Não é possível, assim, de forma legítima, reduzir o interesse público (interesse da coletividade) a interesses coletivos, para fazer com que o axioma “clássico” prediga uma supremacia sobre os interesses individuais juridicamente tuteláveis.

A conclusão é especialmente importante porque, se o interesse público for arbitrariamente reduzido a “metas coletivas” - o que fazem, por exemplo, Binenbojm (2010, p. 121) e Borges (2011, p. 18) -, ou ao “querer majoritário de toda a comunidade” e ao “interesse da maioria da sociedade” - como faz também Borges (2011, p. 21-22) -, ou a “argumentos não institucionais (saúde pública, moral pública, produtos que podem viciar, necessidade de redução do consumo, as políticas públicas governamentais, etc.)” - nas palavras de Aragão (2010 p. 22) -, a crítica fica fácil, porém inócua. Isso porque o objeto da discussão nunca foi uma relação de precedência de tal espécie.

É simbólico do que se afirma aqui o trabalho de Binenbojm (2010, *passim*) em que é “desconstruída” a supremacia do interesse público, no qual a expressão ‘interesse público’ é definida de dezoito maneiras diferentes e assistemáticas: (1) “interesses gerais da coletividade”, (2) “interesses gerais promovidos pelo Estado”, (3) “interesses de cunho nitidamente coletivo”, (4) “direitos de natureza transindividual”, (5) “interesses difusos” / “interesses difusos da coletividade” / “interesse de índole difusa” / “interesses difusos e coletivos”, (6) “interesses difusos da sociedade”, (7) “interesses coletivos”, (8) “interesses coletivos cometidos ao Poder Público”, (9) “interesses [...] coletivos específicos”, (10) “interesse da coletividade” / “interesses da coletividade como um todo”, (11) “papéis institucionais do Estado”, (12) “fins de interesse coletivo”, (13) “necessidades ou aspirações da coletividade”, (14) “interesses de natureza [...] metaindividual”, (15) “metas coletivas” / “metas ou interesses coletivos”, (16) “conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas”, (17) “metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual”, e (18) “metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas”.

Binenbojm (2010, p. 161-168, grifo nosso), após equiparar textualmente a supremacia do interesse público (também) à “premissa de superioridade do interesse coletivo”, diferencia interesse público dos interesses coletivos, porém iguala o binômio

público/privado ao coletivo/individual⁶: “A imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais *não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado ou do coletivo sobre o individual*”. São claramente dois planos, e a solução da questão no primeiro não deve ser estendida ao segundo sem fundamentação.

Em suma: o debate sobre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem sido, na verdade, confundido com um debate sobre a supremacia de *interesses coletivos* sobre *interesses individuais*. Isto foi intuído por Hachem (2011, p. 80), que observou que o que “Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro [...] chamam de interesse privado, por exemplo, [...] [é] uma concepção distinta daquela empregada por Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm”.

Ao tratar do interesse público como *interesse da coletividade* - tal como o fez Bandeira de Mello, ao descrever o axioma inicialmente criticado -, diz-se algo muito diferente: interesse da coletividade não é interesse coletivo. Não se pode perder de vista que a coletividade, em si, é uma ficção. Ainda que se possa, em um exercício de abstração, imaginar-se um interesse da coletividade, é impossível fazê-lo quanto à manifestação desse mesmo interesse pela coletividade. Justen Filho (2008, p. 78) vai ao cerne quando afirma que “existem apenas interesses humanos a serem realizados - não há interesses próprios, autônomos e isolados de titularidade do próprio Estado”.

Deve-se ter sempre em mente, portanto, que o que se chama de interesse da coletividade, antes de sua efetiva concretização, é apenas uma pretensão, um interesse humano manifestado por alguém investido de uma função pública, de adscrição de uma conduta desse próprio alguém a uma norma jurídica que estabeleça uma determinada finalidade estatal. De acordo com Müller (2010, p. 29), a função da metódica jurídica é exatamente formular regras para uma imputação desse tipo às normas jurídicas gerais.

Sendo assim, deve ser observada uma enorme diferença entre o que se pode denominar interesse público (interesse da coletividade) e aquilo que se configura como interesse privado ou como interesse coletivo: esses dois últimos podem existir mesmo que não sejam juridicamente tutelados; aquele primeiro, ou é juridicamente tutelado, ou não existe como tal. Dito de outro modo: um interesse privado não tutelado não deixa de ser um interesse privado (Gabardo, 2017, p. 122; Hachem, 2011, p. 84). O mesmo vale para os interesses coletivos. Por outro lado, no que se refere a um suposto “interesse público” não juridicamente tutelado, o que restaria? Apenas uma pretensão de um exercente de função pública que não pode ser reconduzida à

⁶ Cf., ainda, a observação de Binenbojm (2010, p. 134) de que “a questão mais importante da dicotomia público/privado ou coletivo/individual [é]: qual a justa *medida* da prevalência de um sem que haja a ablação total do outro?”

ficção da coletividade, não podendo, por consequência, ser reputada um interesse tutelável, de nenhuma maneira⁷. Essa recondução ocorre por meio de concretização de normas jurídicas, em especial as constitucionais⁸.

Metodicamente, portanto, se o interesse público existe, é porque ele já foi assim concretizado;⁹ o fato de tal concretização haver ocorrido por (suposta) subsunção, sopesamento, dogmática do âmbito ou concordância prática é irrelevante aqui: se, no caso concreto, foi identificado um interesse público, ele irá prevalecer sempre sobre o interesse privado. Essa não é - importante deixar claro - uma discussão que se encontra no plano metódico jurídico da teoria de Robert Alexy. Isto torna evidente que o advento da ideia de sopesamento, posteriormente aproveitada por Alexy, não alterou o conceito de interesse público: esse é supremo porque já concretizado, não importa o método utilizado para a concretização.

Com isso, fica claro que a ideia “desconstrutora” operou linguisticamente, semantizando o interesse público não como *interesse da coletividade*, e sim como *interesse*

⁷ Parece ser a mesma conclusão a que chegou, tomando, porém, o caminho inverso, Hachem (2011, p. 83): “todo interesse juridicamente protegido deve ser considerado como interesse público em sentido amplo”.

⁸ Esse conceito de interesse público é rejeitado por Osório (2000, p. 73–75, nota de rodapé 7), sob o argumento de que: “Uma semelhante amplitude do conceito de ‘interesse público’ eliminaria a especificidade de tal noção para o Direito Administrativo e, por certo, a dualidade público/privado, sendo, todavia, descabida e inadequada a uma científica descrição do fenômeno jurídico-administrativo”. Este trabalho, pelo que já se expôs, sustenta posição antípoda à de Osório, em especial no que diz respeito ao método jurídico-epistemológico: o conceito de supremacia do interesse público, aqui, não é um dado em si, e sim um produto da pesquisa. Se a pesquisa jurídica não confirmou a existência de um princípio da supremacia do interesse público, é porque o conceito não é jurídico, e não porque a noção de interesse público tenha que ser encontrada em outro lugar. É de se ressaltar que Osório (2000, p. 90), no mesmo trabalho, reconhece que “interesse verdadeiramente público é o interesse público primário, aquele que pertence à coletividade [...]. A observância da ordem jurídica, em última análise, traduz respeito ao interesse público primário”. Não fica claro que de que forma o “interesse pertencente à coletividade” poderia dissociar-se da “observância da ordem jurídica”. Gabardo (2017, p. 103), por sua vez, apresenta tese semelhante à aqui defendida.

⁹ É isso que parecer dizer Madureira (2016, p. 86), quando conclui que, na perspectiva de Bandeira de Mello, “o interesse público identifica-se com a juridicidade”. Assim, segundo o autor, “a admissão de que o interesse público assenta-se no cumprimento do direito (ou da ordem jurídica estabelecida), conjugada à constatação de que a aplicação do direito contemporâneo exige ponderação, apenas permite afirmar, por imperativo lógico, que a definição sobre qual dos interesses em tese conflitantes deverá prevalecer no caso concreto (porque detém a qualificação de interesse público) pressupõe o manejo pelos intérpretes, quando tal se fiz necessário (ou seja, quando inexistirem pré-ponderações normativas assimiladas pelo ordenamento), da técnica da ponderação”. Hachem (2011, p. 73–76) também apresenta um resultado assemelhado, em sua proposta de “definição do interesse público em sentido amplo”, em especial na parte em que conclui que “cabará à Administração, em face da realidade concreta, buscar a sua satisfação dentro dos fins, alcance e requisitos sinalados no sistema normativo. [...] Se a determinação do interesse público incumbe a um órgão dotado de função normativa, é certo que a sua identificação no mundo dos fatos constitui tarefa a ser realizada pela Administração Pública, por meio da edição de atos administrativos concretos”. Nada obstante, o autor não trata especificamente de concretização (isto é: não considera a norma produto de saída — output — do processo, e sim como “dado” — input), tampouco propõe um processo estruturado que considere o papel das distintas cosmovisões na concretização do interesse público.

*coletivo*¹⁰, em contraponto a interesses individuais juridicamente tuteláveis. Isso foi muito bem percebido por Madureira (2016, p. 75).

O conceito de interesse público *como interesse da coletividade* não é, todavia, neutro em relação a uma ou outra concepção singular de Estado. Ao contrário: refere-se a uma concepção republicana (*res publica*), a qual pode ser, sem questionamentos relevantes, tida como dominante, a partir do movimento iniciado com a enunciação da “finalidade de toda associação política” pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Isso é visto adiante. Antes, porém, analisa-se a outra adulteração do debate.

5.2 Criação e subsequente desconstrução do axioma da supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais

Em uma segunda vertente do mesmo processo de facilitação do debate, a noção de supremacia do interesse público - agora, reduzido a interesse coletivo - é posta como sustentadora de prevalência absoluta daquele sobre o interesse privado - agora, *interesse individual*. Di Pietro (2010, p. 94, grifo da autora), mantenedora, expôs isso muito claramente: “a ideia de que o interesse público *sempre, em qualquer situação*, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação (a não ser, talvez, em regimes totalitários). Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo [...]”.

No mesmo sentido, Osório (2000, p. 40, nota de rodapé¹², grifo nosso) observa que o ponto central da tese de Ávila “reside na impossibilidade de um princípio radical, absoluto, apriorístico e abstrato de prevalência do interesse público sobre o privado. Sem embargo, não vejo problema algum em reconhecer o acerto dessa *proposta teórica, que não colide, salvo melhor entendimento, com a tese da doutrina administrativista pátria em tomo ao assunto*”.

A conjugação dos dois elementos acima tratados transforma o debate, e apresenta uma solução muito eficiente de negação de um suposto axioma de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais. Uma tal solução, porém, não resolve, de forma nenhuma, o verdadeiro problema jurídico: os “interesses” co-

¹⁰ Uma interessante distinção entre interesse coletivo, interesse geral e interesse público é apresentada por Heinen (2018, p. 111-112). Segundo o autor, o “interesse público [...] diferencia-se porque está sempre incorporado a uma norma, a uma ação administrativa ou a uma política pública [...]”. Na obra, apresenta-se também a conclusão de que o interesse público só pode existir como resultado, e não como dado; lá, chega-se a esse resultado por meio da “ponderação de princípios” (Heinen, 2018, p. 44, p. 75, p. 92-93, p. 97). Há, por outro lado, algumas menções constitucionais ao interesse público com sentido de “razão de Estado”, “veto político”, “questão de Estado” ou simplesmente de uma “fórmula vazia” (Heinen, 2018, p. 76-77) — não relacionadas, portanto, ao axioma “clássico” da supremacia do interesse público, correspondente ao interesse da coletividade.

letivos que, por imposição jurídica (especialmente constitucional), devem ser realizados pelo Estado, gozam alguma preferência sobre interesses não públicos na concretização do interesse público?

6. Reabertura do verdadeiro debate, em um novo plano: a necessidade de consideração da pré-compreensão jurídica

Pelo que se expôs acima, a inexistência de uma supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais é praticamente um consenso dogmático. Daí, porém, não decorre que Humberto Ávila e todos os demais que procuraram promover a “desconstrução” do - assim denominado - princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tenham lutado, o tempo todo, contra moinhos de vento: há, na verdade, um gigante. Ele, porém, não se manifesta no plano metódico jurídico, e sim no plano das teorias do Estado e da constituição; é aqui, e não lá, que está a verdadeira divergência entre “desconstrutores” e mantenedores. Eis a fronteira ante a qual o debate parou; eis a fronteira que deve ser transposta aqui, de forma clara.

Do reconhecimento do dito axioma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não resulta - porque a conclusão não se deu no plano metódico -, para os que defendem o sopesamento como método, uma supremacia absoluta de interesses coletivos¹¹ sobre interesses individuais *dentro* do sopesamento ou *independentemente* do sopesamento. Isso porque o conceito de interesse público não é refratário à sua definição, no caso concreto, como resultado do sopesamento (tampouco de qualquer outro método jurídico).

Retome-se Sarmento: segundo ele, em simplificação didática, identificam-se quatro concepções de Estado: organicista, utilitarista, individualista e personalista. Nas duas primeiras, os interesses coletivos prevalecem sempre sobre os interesses individuais (ou, da forma como aqui se defende: o interesse público é definido com total desconsideração dos interesses individuais); na última, os interesses coletivos harmonizam-se com os individuais.

Muito embora a apresentação seja simplificadora demais, é possível concordar que a Constituição brasileira incorporou uma concepção personalista do Estado. Essa conclusão suscita, porém, uma dúvida: qual é a diferença entre uma tal concepção personalista e uma concepção individualista do Estado, na definição do interesse público? Pelo que leva a crer Sarmento, a necessidade de harmonização (no seu entender: sopesamento) marca a passagem do individualismo para o personalismo. Antes, portanto, no individualismo - ainda seguindo a lógica de Sarmento -, o interesse individual deveria prevalecer sobre os interesses coletivos. Que Estado, porém, poderia funcionar, se o interesse individual tivesse uma tal supremacia absoluta sobre os coletivos? Se bastasse haver um único interesse individual para

¹¹ Ou, como os denomina Hachem (2010, p. 101), “interesses públicos em sentido estrito”.

paralisar os interesses coletivos, não poderia haver Estado - e isso é admitido pelo próprio Sarmento (2010, p. 28): “a desvalorização dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”.

Isso demonstra a confusão entre dois planos. *No primeiro plano*, a supremacia do interesse público é axiomática porque, sem ela, não se poderia falar de Estado de Direito: os interesses do Estado estabelecidos *pelo Direito* devem prevalecer sobre os interesses individuais, uma vez que esses últimos não poderão ser tutelados ante a concretização de um interesse público, no caso concreto. Em um *segundo plano*, de concretização do interesse público, o efetivo reconhecimento dos direitos fundamentais, a democratização, e - aos que a admitem - a necessidade de sopesamento influem na definição do interesse público, mas não eliminam a supremacia do primeiro plano. Como bem observou Hachem (2011, p. 66-7, grifo nosso), na concepção de Bandeira de Mello - claro ponto de partida da crítica de Ávila - ,

é possível identificar uma estrutura do conceito de interesse público, uma noção categórica geral do que se deve entender como tal, aplicável a qualquer sistema jurídico-político, despida de todo elemento contingente e variável, mas carente de um conteúdo objetivo. Num segundo momento, essa estrutura deve ser mergulhada na ordem jurídica sob exame, dotando-a de um conteúdo concreto a partir do sistema valorativo plasmado no ordenamento normativo analisado.

O combate contra a supremacia no primeiro plano é uma luta contra um moinho de vento; o combate contra a supremacia no segundo é uma luta contra um gigante. É dizer: no primeiro plano, mesmo segundo uma concepção de Estado individualista, o interesse público tem que prevalecer, ou simplesmente não haverá Estado - ao menos, não um Estado de Direito¹². Já no *segundo plano*, a adoção, pela Constituição brasileira, de uma concepção personalista alterou a forma como se definem os interesses públicos; isso é: a forma como o interesse público é concretizado.

Repita-se mais uma vez: a discussão sobre a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais juridicamente tuteláveis é não apenas útil, como fundamental. Ela deixa, no mínimo, entrever que, na concretização das normas jurídicas em geral - e, especialmente no que se refere este trabalho, na concretização daquelas instituidoras do interesse público -, influem concepções de teorias do Estado e de constituição que, em geral, não são expostas na metódica jurídica, em especial naquela proposta por Robert Alexy (Müller, 2008, p. 243). Como muito bem observado

¹² Um corte semelhante foi proposto por Barroso (2010, p. xv), no prefácio ao livro organizado por Daniel Sarmento, *Interesses Públicos versus Interesses Privados*, mas parece não ter sido percebido pelos trabalhos do próprio livro: “[...] há uma ponte na direção da posição tradicional. O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”.

por Müller (2013, p. 426, tradução nossa¹³, grifo nosso): “As imagens do Estado e as concepções constitucionais têm efeito fundante e preparatório para determinados tipos de pré-compreensões”. Assim, “já o mais genérico esboço da concepção do Estado contém expressa ou inexpressamente tendências para a formação da margem de ação hermenêutica e metódica [...]” (Müller, 2005, p. 88).¹⁴ Portanto, a revelação efetiva e explícita da decisão somente será adequada quando as pré-compreensões tornarem-se verificáveis e discutíveis (Müller, 2014, p. 58).

Especificamente inserido no debate aqui abordado, Osório (2000, p. 96, grifo nosso) foi muito feliz ao apontar que

o Direito Constitucional - e notadamente quando trata de um conceito como o de interesse público - não resta indiferente aos conceitos sócio-políticos que lhe são imanentes. *A idéia de ‘interesse público’ traduz, necessariamente, um mergulho em conceitos políticos e sociológicos*, inexistindo essa rígida separação entre objetos da Ciência Política e da Ciência Jurídica em determinadas hipóteses, porque o Direito se ocupa de valores éticos, sociais, regras morais que se encontram ao abrigo de outras Ciências Sociais.

Como visto acima, a própria citação de Alexy (2004, p. 208) trazida - em parte - por Ávila e Sarmiento conclui afirmando que a prevalência *prima facie* dos direitos individuais sobre os bens coletivos indica “uma tendência individualista”. Se essa não é a tendência da Constituição brasileira, há algo de negação da realidade constitucional nas teses que a seguem.

É disso que tratam, por exemplo, Mezzaroba e Strappazon¹⁵ (2012, p. 339), ao afirmarem que na “interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, a proteção do direito individual deve ser, para esse tipo de cultura e postura moral [liberal], preferencial em face dos direitos que protegem bens coletivos”. Ao contrário, para os que adotam uma postura - ou, em linguagem gadameriana-mülleriana, uma pré-compreensão - de viés social, deve ocorrer o contrário.

Se Sarmiento - e a citação é apenas exemplificativa, porque espécies semelhantes de considerações são feitas por todos os autores que abordam o tema - considera necessário investigar a passagem de uma concepção do Estado individualista para uma outra, personalista, não é porque quer mudar o rumo de sua pesquisa para a ciência

¹³ „Die Staatsbilder und Verfassungsverständnisse wirken begründend und aufbereitend für bestimmte Typen von Vorverständnissen“.

¹⁴ Em sentido semelhante: Müller, 2008, p. 64, p. 266.

¹⁵ Ao tratarem do Brasil, os autores usam a expressão “república inacabada”, isto é: “um regime sem referências morais consistentes para justificar a prioridade de bens individuais em face de bens coletivos e, assim, sem consensos históricos para guiar a interpretação dos direitos” (Mezzaroba; Strappazon, 2012, p. 340). A reflexão é importante para demonstrar a relevância do debate aqui apresentado.

política, e sim porque essas concepções do Estado e da constituição influem decisivamente no processo de concretização do interesse público.

O que se pretende demonstrar é que mesmo os autores que defendem o sopesamento como forma de identificar o interesse público intuem que a sua compreensão sobre, por exemplo, a finalidade do Estado influi decisivamente sobre o método de concretização das normas: se uma concepção de Estado tem, *grosso modo*, como finalidade, acima de tudo, garantir as liberdades individuais, essas terão primazia na definição do interesse público; se a finalidade for assegurar interesses coletivos, elas partirão, no processo, em situação de prevalência - ainda que possam não prevalecer, ao final.

Com isso se respondeu afirmativamente à questão posta para exame nesta pesquisa: as constituições podem estabelecer uma ordem de prioridade geral ou específica dos interesses coletivos sobre os individuais. Se a Constituição brasileira concretamente o faz, é uma resposta que somente pode se dar no segundo plano do debate.

No caso de Sarmiento, isto significa que, no curso do raciocínio que ele defende como “ponderação de interesses” - certamente passível de muitas críticas metódicas, as quais não cabem nos limites deste trabalho -, os interesses coletivos que, por específica imposição jurídica, especialmente constitucional, devem ser realizados pelo Estado, partem já com uma primazia. Por outro lado, como bem observado por Barroso (2010, p. xvi), não pode haver relação de primazia quando, na concretização do interesse público, estiver envolvido o sacrifício a uma garantia de direito fundamental.

Se não houvesse tal relação de primazia (ainda que *relativa*), haveria que se sopesar - os adeptos do sopesamento, ao menos, sopesariam -, a cada vez, sem preferências à partida e consideradas as circunstâncias de momento, por exemplo, entre o interesse individual de ir a um festival de música superlotado e o interesse coletivo de proteger a saúde pública contra uma pandemia. Nesse caso, a consideração de que a “ponderação de interesses” ocorre sem primazias é irreal, e apenas oculta uma superioridade de fato existente, decorrente das pré-compreensões jurídicas sobre o Estado e a constituição, consagradas pela Constituição brasileira. Deve-se concordar, assim, com a conclusão a que chegou Gabardo (2017, p. 118, grifo nosso): “a escolha já foi feita pelo constituinte e está consagrada na Constituição Federal de 1988. É possível discordar-se de tal decisão (afinal, há aqueles que defendem valores opostos), mas não parece razoável negar a existência de tal regime jurídico constitucional”.

O grande problema que o debate traz à luz é que a teoria de Robert Alexy - largamente adotada no Brasil, muito embora frequente e indevidamente “abrasileirada” - encobre essas pré-compreensões: sua técnica de adscrição de direitos fundamen-

tais às normas de direito fundamental (assim denominados por Alexy os textos normativos) certamente leva em consideração as pré-compreensões do jurista sobre o Estado e a constituição, mas não as expõe para crítica.

Nesse sentido, são de fundamental importância os estudos de Friedrich Müller, que vem se dedicando à construção de uma metódica que exponha - como exige um Estado de Direito - a forma real de tomada de decisões, o que inclui a consideração das pré-compreensões jurídicas envolvidas. Segundo Müller (2013, p. 274, tradução nossa¹⁶) - e este é o ponto central de sua teoria -, “os conteúdos da pré-compreensão devem ser introduzidos sem camuflagem na argumentação, se se desejar que eles não constituam fontes incontrolláveis de erros”.

O debate sobre a supremacia do interesse público, portanto, ao mirar no plano metódico clássico positivista, atinge o plano metódico pós-positivista. Uma vez fincado o pé, tanto por mantenedores como por “desconstrutores” da supremacia, no plano das pré-compreensões, não é mais possível retirá-lo.

7. Conclusão

Não se pretendeu resolver a questão sobre a supremacia do interesse público no plano das teorias do Estado e da constituição. A isso, não se propôs: o objetivo foi, desde sempre, organizar o debate, a fim de romper o impasse que não levava a lugar nenhum.

O futuro dirá se esta pesquisa teve ou não alguma valia. Se rompeu ou não o impasse. Se levou ao abandono de antigas discussões e à descoberta de novas questões. Se não, que as conclusões adiante sirvam ao menos como evidência de que este passo foi tentado.

É certo que uma ideia de supremacia *absoluta e a priori* de interesses coletivos sobre interesses individuais é insustentável nas ordens jurídicas centradas na dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, deve-se considerar que o interesse público não existe, até que seja concretizado - isso é: até que se adscreeva uma conduta praticada por alguém investido de uma função pública a uma norma jurídica que estabeleça uma determinada finalidade estatal.

Independentemente do método de concretização do interesse público, esse, uma vez concretizado, prevalecerá sempre sobre interesses privados - o que demonstra que

¹⁶ „In deren Rahmen müssen auch die Inhalte des Vorverständnisses ohne Camouflage in den Begründungszusammenhang eingeführt werden, sollen sie nicht unkontrollierbare Fehlerquellen bilden“.

a discussão sobre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado (particular) não pode ser confundida com aquela sobre a supremacia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais.

No processo de concretização do interesse público, independentemente do método utilizado, entram em pauta pré-compreensões relacionadas a teorias do Estado e da constituição, dentre outras.

No caso da Constituição brasileira, qualificadora do Estado como social e centrada na dignidade da pessoa humana, as pretensões de adscrição relacionadas a interesses coletivos gozam de precedência *relativa* sobre os interesses individuais (exceto os garantidos como direitos fundamentais).

De modo geral, o resultado da pesquisa mostrou a importância da consideração das pré-compreensões jurídicas no processo de concretização de normas jurídicas - em especial da norma que estabelece uma determinada finalidade estatal (seja de proteção a interesses coletivos, seja de proteção a interesses individuais) como de interesse público.

8. Referências

- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Derechos individuales y benes colectivos. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona [Espanha]: Gedisa, 2004. p. 179–208.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1–22.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173–217.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Re-definição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de*

Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. vii–xviii.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 119–171.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Aline Gonzales. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, maio/jun./jul. 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67–84.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85–102.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 155–171.

GABARDO, Emerson. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado como Fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/view/53437/33212>. Acesso em: 19 abr. 2024.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto Caráter Autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11–66.

HACHEM, Daniel. A Dupla Noção Jurídica de Interesse Público em Direito Administrativo. *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano

11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.revista-aaec.com/index.php/revistaec/article/view/220/193>. Acesso em: 19 abr. 2024.

HEINEN, Juliano. Interesse Público: Premissas Teórico-Dogmáticas e Proposta de Fixação de Cânones Interpretativos. Salvador: JusPodivm, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de Espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65–85.

MADUREIRA, Cláudio. Importância Teórica e Prática da Adoção pela Administração Pública de Conceito de Interesse Público Compatível com os Ditames da Legalidade Estrita. In: *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 45–96.

MEZZAROBBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos Fundamentais e a Dogmática do Bem Comum Constitucional. *Seqüência*, n. 64, p. 335-72, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p335/22475>. Acesso em: 19 abr. 2024.

MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik, Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis*. 11. Auf. Berlin [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville: Bildung, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Recht – Sprache – Gewalt: Elemente einer Verfassungstheorie I*. 2. Auf. Berlin [Alemanha]: Duncker & Humblot, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120–154.

OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527/45222>. Acesso em: 19 abr. 2024.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um Conceito Jurídico Determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103–119.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23–117.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. 8. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013.