



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE POS GRADUAÇÃO LATO SENSU
DIREITO PUBLICO

TÂMARA BARBOSA SÃO PAULO

PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: LIMITES
NECESSÁRIOS A SUA APLICAÇÃO

SALVADOR

2017



TÂMARA BARBOSA SÃO PAULO

PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: LIMITES
NECESSÁRIOS A SUA APLICAÇÃO

Monografia apresentada a
Faculdade Baiana de Direito e
Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em
Direito do Estado.

SALVADOR

2017

TÂMARA BARBOSA SÃO PAULO

PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: LIMITES
NECESSÁRIOS A SUA APLICAÇÃO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em
Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __/__/2017

Dedico o presente trabalho a Deus e a minha família, em especial, aos meus pais, por me fornecerem todo o apoio necessário ao longo dessa trajetória.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pela vida e pela força para seguir lutando pelos meus objetivos.

À minha família, por despender todo esforço e atenção na minha formação e bem estar.

Agradeço aos professores do curso de direito público por terem me ensinado e afluído a minha paixão pelas matérias ali lecionadas.

À professora Ana Carolina por sua paciência e orientação nas aulas de metodologia.

Aos meus amigos e a Felipe, que sempre estiveram ao meu lado me apoiando na feitura dessa especialização.

Enfim, agradeço a todos aqueles que colaboraram de alguma forma para o desfecho dessa monografia.

“é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”. (Montesquieu, 1748).

RESUMO

Esse trabalho tem o escopo de mostrar que deve haver limite à aplicação do princípio de supremacia do interesse público pelo particular.

Foi feita uma abordagem pelos princípios que regem a administração pública, com maior ênfase e estudo ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que mostra-se indispensável para assegurar os direitos individuais e uma ordem social estável.

É feita uma linhagem de como esse princípio esbarra nos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito, e, após, analisando toda a estrutura administrativa, encontrando limites à sua aplicação, já que necessária.

Palavras chaves: Administração pública; Princípio da Supremacia do interesse público pelo privado; Estado Democrático de Direito; Princípios norteadores; Ponderação; Proporcionalidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO
4. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO
 - 4.1 LEGALIDADE
 - 4.2 FINALIDADE
 - 4.3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE
 - 4.4 INDISPONIBILIDADE DO PODER PUBLICO
5. PRINCIPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO SOBRE O PRIVADO
 - 5.1 CONCEPÇÃO CLÁSSICA
 - 5.2 CRÍTICAS
6. LIMITES A SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO
7. CONCLUSAO
8. REFERENCIAS

INTRODUÇÃO

Dentre muitos princípios e regras criados com o viés de justificar as atitudes do Estado, como por exemplo uma postura intervencionista, desenvolveu-se a noção do princípio do direito público sobre o privado, pilares do regime jurídico administrativo, responsável por assegurar que a administração pública alcance seus objetivos e satisfaça os interesses da coletividade.

A partir daí desenvolve-se esse trabalho, iniciando com uma breve explanação sobre o Estado Democrático de Direito, analisando a administração pública, o regime que a rege e finalmente verificando a importância dos princípios da administração pública, com maior ênfase no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de entendermos os limites necessários a sua aplicação.

Defende-se que devem existir limites no uso desse princípio, de forma que o objetivo seja satisfazer o interesse público, mas sempre voltado a vontade da coletividade, assegurando principalmente, direitos e garantias constitucionais.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos fundamentais surgiram da mistura de várias culturas e tradições como resposta as guerras e barbáries vividas no século XX. Fazia-se imprescindível uma barreira contra os abusos de poder do Estado.

Em 1988, os direitos fundamentais inovaram, trazendo limites ao poder estatal e dos seus agentes. Assim, nasceu a ideia do Estado que prevalecem as leis e não as vontades dos seus governantes.

Direitos fundamentais, para José Afonso da Silva:

Constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Direitos fundamentais são direitos básicos individuais, políticos, jurídicos e sociais previstos na CF. são baseados em princípios que garantem a liberdade, saúde, vida, educação, moradia, segurança, dentre outros.

De acordo com Dirley da Cunha Junior: “são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).”

Não temos uma definição concreta para direitos fundamentais, mas têm-se três correntes expressivas, são elas: jusnaturalistas, que

classificam os direitos como inerentes ao homem, ou seja, precede qualquer legislação; juspositivistas que entendem tais direitos como resultado da legislação humana; os realistas jurídicos, que acreditam que os direitos fundamentais foram conquistados ao longo da história pelas sociedades.

Atualmente, prevalece a teoria dos realistas jurídicos, onde o citado direito foi resultado de processo histórico.

Em nossa constituição, CF/88, percebemos de forma implícita e explícita os direitos fundamentais em diversos artigos, em especial, o Art. 5:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

Junto com a ideia de direitos fundamentais, surge a idéia de democracia, que adveio com o sufrágio universal, pressupondo tratamento igual a todos os cidadãos. Nasce então o Estado democrático de Direito, norteado por três pontos: a supremacia da vontade do povo, liberdade e igualdade de direitos, bem como aplicação de limites aos interesses políticos.

Trata-se da designação de um Estado que aplica o respeito pelos direitos humanos e garantias constitucionais, estabelecendo proteção jurídica.

Ressalte-se, que os princípios do Estado Democrático de Direito são: da constitucionalidade, democrático, da justiça social, da igualdade, da divisão dos poderes, da legalidade, da segurança jurídica e o sistema de direitos fundamentais. (SILVA, 1994)

Dessa forma, a Prevalência passa a ser do interesse público concreto, não dos seus governantes, mas sim o interesse social. O Estado deve atender o interesse público através dos seus poderes, sendo instrumento para alcançar o bem comum.

Segundo (BULOS, 2008), *“para que um Estado seja considerado Estado Democrático de Direito é necessário que todo poder emane do povo, bem como, a proteção e garantia dos direitos fundamentais seja uma questão primordial, como meio de proteção e respeito aos cidadãos.”*

De acordo com José Afonso da Silva (1994, p. 110), *“a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”*.

Assim, o Estado democrático de direito se caracteriza por conjugar os direitos humanos e fundamentais em varias dimensões, aceitando também uma atitude positiva do Estado. Diante da existência de diversos direitos fundamentais, muitos colidem entre si, bem como com a legislação vigente de forma explícita e implícita.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Administração pública trata do conjunto de agentes, serviços e órgãos utilizados pelo Estado para gerir as principais áreas de uma sociedade, representando também o conjunto de ações que compõem a função administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles: “O estudo da Administração Pública em geral, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados” (MEIRELLES, 1994, p.55)

A administração pública pode ser direta e indireta. A primeira é o conjunto dos órgãos e pessoas que têm competência para o exercício das atividades administrativas, feita pelos poderes da União, Estado, Distrito e Municípios, conhecida como Administração Pública. Já a indireta, existe pela transferência da administração por parte do estado a outras pessoas jurídicas, sendo elas, empresas públicas, fundações e etc., chamada de administração pública, são entes que vinculados a determinado órgão administrativo, prestam serviço público ou de interesse público.

Aplicam-se determinados princípios, sendo alguns deles: Legalidade, Finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado.

De acordo com o Decreto Lei nº 200/67, em seu art. 4º, inciso II, a administração indireta é formada das Autarquias, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundação Pública. Vejamos:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

Tem regime jurídico próprio, o regime jurídico administrativo, construído a partir de dois pilares: princípio da indisponibilidade do interesse público e princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Vejamos o que leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus ns, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégio que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.

[...]

Ao mesmo tempo que as **prerrogativas** colocam a Administração Pública em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados ns e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração (DI PIETRO, 2009, p. 61-62).
(grifo original)

Ainda para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A expressão regime jurídico da Administração Pública é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes jurídicos de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.

Como consequência dessa posição privilegiada, a autoridade só esta legitimada a adotar condutas autorizadas na ordem jurídica, os bens são, em regra, inalienáveis, os entes públicos somente podem firmar contratos, como regra, mediante licitação, a contratação se dará por meio de concurso público, com exceções, a responsabilidade do estado é objetiva e os atos independem de intervenção judicial, exceções aplicadas.

Quando nos referimos a regime jurídico administrativo sabemos que é conferida prerrogativas e restrições aos sujeitos da Administração, trata-se do binômio da administração pública.

Novamente, Maria Sylva Zanella di Pietro contribui:

*bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar a autoridade da Administração Pública, necessária a consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.*

[...]

*ao lado das **prerrogativas**, existem determinadas **restrições** a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo da responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais restrições, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares.*

*Ao mesmo tempo em que as **prerrogativas** colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente [sic] nulidade dos atos da Administração.*

Em síntese, temos que o regime jurídico administrativo traduz a convergência dos princípios e normas do direito administrativo. De um lado, a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, do outro, a satisfação do interesse coletivo, que resulta na outorga de prerrogativas e sujeições para a administração pública, são exatamente essas prerrogativas que são sujeito de estudo na presente monografia.

PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípios existem para nortear as normas vigentes e auxiliarem na elaboração de leis. Segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência” (200,p.62).

Ou seja, são precedentes as normas, traçam o caminho que o legislador deve seguir. Não necessitam se fazer presente na lei, porém, caso estiverem, chama-se normas principiológicas.

Ressalte-se que não existe hierarquia entre os princípios, não existe um mais importante que o outro, é importante analisar o conjunto deles no caso concreto.

Classificam-se em, universais, comuns a todos os ramos do conhecimento; regionais, comuns a determinado grupo interagindo nas informações gerais; monovalentes, referente a um só grupo e setoriais, determinantes para a divisão de certa área do conhecimento.

A especificação dos princípios básicos que se submetem a administração pública direta e indireta consta no art. 37 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na lei 9.784/99 também podemos encontrar menção a tais princípios:

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

Encontra-se na própria Constituição Federal e doutrina, diversos outros princípios, de forma explícita e implícita. Passamos a delinear alguns princípios com o objetivo de entender o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de aplicar limitações.

Legalidade:

Trata-se de um princípio explícito no Art. 5 na Carta Magna (CF/88), mostrando-se presente a “democracia”, elemento do Estado Democrático de Direito, pois, como veremos abaixo, concede garantias que traduzem na segurança jurídica dos gestores.

Segundo o art. 5, II, da Constituição Federal:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Ou seja, o cidadão obedecerá ao que rege a lei.

Helly Lopes Meirelles leciona que “a legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”. (1998, p.67).

Trata-se de uma das maiores garantias da Administração pública direta e indireta. Pois representa total subordinação do poder público à Lei.

Trata-se de um binômio interessante: Limite e garantia. Pois, ao tempo que barra a atuação dos gestores da Administração Pública, limitando-a ao descrito e previsto em Lei, concede garantias. Assim, o

administrador público pode usar seu livre arbítrio nas decisões que envolvem o Poder Público, contanto que estas estejam previstas em Lei.

De acordo com Diogenes Gasparini: “O princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se a anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular.”

No mesmo seguimento, para Henrique Savonitti Miranda: “O administrador privado conduz seu empreendimento com *dominus*, agindo com os poderes inerentes à propriedade em toda a sua extensão. Assim, tudo o que não é proibido, é permitido ao gestor privado. Diga-se, ainda, que o administrador privado pode inclusive conduzir ruinosamente seu empreendimento sem que muito possa ser feito por terceiros(...) O gestor público não age como “dono”.

Assim, depreende-se que o administrador privado, dono do seu negócio, pode gerir da forma que bem entender, desde que não infrinja a lei. Diferentemente do administrador público, que só pode agir conforme a lei.

Como exemplos desse princípio temos que um gestor público não pode criar um tributo, conceder e revogar direitos, sem estes estarem previstos na Lei.

Trata-se de um dos pilares do direito administrativo, pois o indivíduo busca nesse princípio concessões e deveres, que estarão positivados. É, certamente, uma diretriz de conduta para os gestores, pois toda e qualquer conduta administrativa deverá estar respaldada na Lei, não estando, o gestor estará agindo ilicitamente.

Finalidade:

Esse princípio está intimamente relacionado com o princípio da impessoalidade, que diz que os atos devem beneficiar e atingir o coletivo, não

uma pessoa específica, ou seja, o ato não deve ser direcionado, evitando assim promoções em cargos por amizade, ou dispensa por inimizades.

Assim, o princípio da finalidade orienta que as normas devem atingir sempre o interesse público, pois esta é a finalidade delas.

Exemplo: foi autorizada a construção de uma escola em determinado município, o prefeito resolve fazer uma extensão de sua fazenda. Claramente houve desvio de finalidade, devendo ser a obra nula, bem como os casos de desapropriação de imóveis pelo Poder Público, com finalidade pública, através de indenizações ilícitas.

Assim, obedecendo a este princípio, a norma deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor convier ao interesse público.

Existindo desrespeito desse princípio o ato pode ensejar nulidade, que ocorrerá de duas formas: abuso de poder/ desvio de finalidade.

Celso Bandeira de Mello leciona: "Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desviá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Dai por que os atos incursos neste vício - denominado "desvio de poder" ou "desvio de finalidade" - são nulos. Quem desatende o fim legal desatende a própria lei".

Eduardo Garcia de Enterría sustentou que "o vício de desvio de poder é um vício de estrita legalidade. O que se controla é o cumprimento do fim concreto assinalado na norma habilitante; esse controle se realiza mediante critérios jurídicos estritos e não mediante regras morais". 6(*Curso de Direito Administrativo*, 2ª. edição, p.349).

Vejamos o que leciona a Constituição Federal em seu art. 5, LXIX:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Como percebemos, o artigo traz, de forma implícita esse princípio, quando denota que existindo abuso de poder pela autoridade pública ou agente de pessoa jurídica, poderá se utilizar do remédio constitucional “mandado de segurança”.

O abuso de poder se apresenta quando o gestor público utiliza o poder que lhe é concedido para extrapolar, ir além do limite, desse citado poder. Ressaltando que um dos limites desse poder é justamente a finalidade para o qual deveria ser utilizado.

O desvio de finalidade ganhou holofotes quando houve o caso da nomeação de um ex presidente, que estaria prestes a sofrer um processo, para que supostamente lhe fosse outorgado o foro privilegiado.

Muitos consideram que a nomeação do ex presidente não foi um ato administrativo, e sim político, não havendo o que se falar em desvio de finalidade.

Outros afirmam fervorosamente que houve sim a quebra do aludido princípio, com a seguinte explicação, o agente praticou o ato com intuito diverso daquele previsto na regra de competência.

Um exemplo utilizado por Maria Silvia Zanella de Pietro é: “um Governador, que, perguntado porque construiu um teatro tão grande e tão oneroso numa cidade tão pequena, respondeu: pedido de sogra não se rejeita. Ele quis construir porque a sogra era daquele município e sonhava em ter um teatro. Isto é um caso de desvio de poder, em que o seu autor confessou o ato e sua declaração saiu em todos os jornais; mas é evidente que isto é uma coisa difícil de acontecer.”

No Direito Privado, previsto no Código Civil nos arts. 166 e 171, quando a nulidade é absoluta o juiz pode decreta-la de ofício, não dependendo de movimentação das partes. Já as relativas, onde o vício é sanável, o juiz só considerará a nulidade caso haja provocação dos interessados ou do Ministério Público.

Para explicitar o que ocorre no direito público, faremos uso das palavras de Maria Silva Zanella de Pietro: “o pensamento que prevalece e nem aquele que se aplica na prática, porque na prática da Administração Pública é muito comum a convalidação dos atos administrativos. Mas a distinção que fica no Direito Administrativo é a seguinte: a nulidade é relativa quando o ato pode ser convalidado e a nulidade é absoluta quando o ato não pode ser convalidado. E é aí que vem a pergunta: quando ele pode e quando não pode ser convalidado? A resposta é: depende do vício do ato, ou seja, depende do elemento do ato administrativo que está afetado de vício.”

Eu diria que dois tipos de vícios admitem convalidação: o vício relativo ao sujeito e o vício relativo à forma, só. Os outros elementos, se estiverem viciados, geram nulidade absoluta e não permitem a convalidação do ato.

Dessa forma, o vício relativo ao sujeito (competência), é perfeitamente possível sua convalidação, desde que obedecendo requisitos. Assim, um ato que deveria ser feito pela União porém que foi feito pelo Município não convalida. Já um gestor que toma pra si um ato administrativo no lugar de outro gestor, convalida. Quem responde é a pessoa jurídica, tanto na administração direta quanto indireta.

Com relação a forma, segundo ditames da Lei Estadual e da doutrina, se o vício for relativo a objeto, motivo e finalidade, não convalida.

Havendo vício, pode ensejar, além da nulidade do ato, a responsabilização do agente, como por exemplo, nos casos de improbidade administrativa. Em determinados casos, o agente deverá ressarcir o dano, perder sua função pública, ser suspenso dos seus direitos políticos entre outros.

Verifica-se que o gestor deve visar sempre o interesse público sob pena de vício que ensejará a nulidade do ato e eventual responsabilização do agente nas esferas civil, administrativa e penal.

Proporcionalidade e Razoabilidade:

Tratam-se de princípios que tem como objetivo harmonizar a relação entre meios e fins. Estão presentes de forma implícita na Constituição Federal de 1988, e, de forma explícita no art. 2º da Lei 9.784/99. Vejamos:

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

Foram desenvolvidos pela junção de ideias da doutrina do devido processo legal, de origem norte-americana, e do princípio da proporcionalidade da Alemanha.

Apesar de utilizados, muitas vezes, como sinônimos, os princípios de proporcionalidade e razoabilidade possuem enormes diferenças, principalmente no que tange a origem histórica, estrutura e abrangência na aplicação. Como preleciona Luís Virgílio Afonso da Silva, “A tendência a confundir proporcionalidade e razoabilidade pode ser notada não só na jurisprudência do STF, (...)”

De acordo com Fredie Didier Jr:

As decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (DIDIER JR., 2008, p. 33/34)

Necessário pautar algumas diferenças.

A proporcionalidade surgiu como um instrumento de defesa contra os abusos do legislador, para que este passasse a decidir conforme a razão.

Trouxe o elemento humanidade, fazendo o legislador pensar fora do estreitamento da lei.

Dessa forma, os Poderes devem escolher, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais.

Para Dirley da Cunha Junior:

“é um importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais”.

Adequado é quando se promove ao fim que se propõe, necessário, se for o menos restritivo em direitos fundamentais, e proporcional, para que as vantagens superem as desvantagens.

Assim, de acordo com Wilson Antônio Steinmetz:

O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não-arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional (STEINMETZ,2001, p.149).

Para ilustrar melhor o princípio da proporcionalidade, usamos o exemplo da professora Ursula Cunha, *“caso receba uma quantia em dinheiro das mãos de uma senhora de 60 anos de idade, a questão é: você contará ou não a determinada quantia? Existirá nesse caso a ponderação entre dois princípios sociais: a) o da Boa Educação e; b) o princípio Financeiro, balanceados sob a perspectiva da proporcionalidade. Como assim? Se a quantia for irrisória, prevalecerá o princípio da boa educação, mas caso seja uma quantia muito alta, mesmo a educação sendo um relevante princípio social, requer a contagem da quantia, pois, caso contrário, o prejuízo seria bem maior para o credor.”*

Na compreensão de Humberto Ávila:

“a proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim. Sua

aplicabilidade está condicionada á existência de elementos específicos (meio e fim)”.

Nas palavras de Alexy:

O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade”. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Afonso Heck. 2ª edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2008. p. 9)

Em síntese, para que um ato administrativo seja proporcional deve-se utilizar meios adequados, necessários e proporcionais.

Comumente conhecido com “bom senso”, o princípio da razoabilidade exige da administração pública que esta haja com prudência, moderação.

De acordo com Humberto Ávila: “o postulado da razoabilidade é utilizado na aplicação da igualdade, para exigir uma relação de congruência entre o critério distintivo e a medida discriminatória. O exame da decisão permite verificar que há dois elementos analisados, critério e medida, e uma determinada relação de congruência exigida entre eles.”.

Para elucidar melhor o tema, relacionaremos com o “princípio da reciprocidade” trabalhado por Durkheim, no livro “A Divisão do Trabalho Social”.

Por exemplo, ao cumprimentar uma pessoa, você espera que esta retribua o ato. Ficaria surpreso se a pessoa cumprimentada proferisse palavras de baixo calão, pois foge do senso comum do homem médio.

De acordo com o Professor Diógenes Gasparini, “o particular, salvo alguma anomalia, não age de forma desarrazoada. Seu comportamento, diante das mais variadas situações, predispõe-se, sempre a seguir o sentido comum das pessoas normais. Assim também deve ser o comportamento da

Administração Pública quando estiver no exercício de atividade discricionária, devendo atuar racionalmente e afeiçãoada ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para a prática, com discricção, de atos administrativos”.

Existem três acepções de razoabilidade, são elas, razoabilidade como equidade, onde acredita-se na boa fé das pessoas, razoabilidade como congruência onde as normas devem estar alinhadas com as condições externas de aplicação e razoabilidade como equivalência, onde não deve ser desproporcional o direito e o custo arcado pelo cidadão.

Percebe-se então que apesar de se completarem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade tem diferenças. Podemos dizer que, de acordo com o princípio da proporcionalidade, deve haver um liame entre meio e fim, enquanto que no princípio da razoabilidade é a harmonização do direito com as condições de aplicações externas.

De acordo com Maria Rodynete Oliveira Lima:

“razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro”.

Ambos são de extrema importância para aplicação do direito, em especial no que tange a ponderação entre os direitos coletivos e individuais.

Indisponibilidade do Poder Publico:

Tido como um dos pilares do regime jurídico-administrativo, o princípio da indisponibilidade do interesse público está explícito e implícito no nosso ordenamento jurídico, sendo os demais princípios desdobramento deste e do princípio da supremacia do interesse público.

Vejamos art. 2º da Lei 9.784/99:

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

Necessário ressaltar que ao aduzir esse princípio, levamos em consideração o “interesse público” de forma ampla, ou seja, abrangendo direitos e interesses do povo em geral, inclusive patrimônio público.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, “ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público”.

Trata-se do princípio que impede o administrador de dispor do interesse público. Assim, é proibido qualquer ato que renuncie os direitos dos poderes públicos.

Para ilustrar melhor, temos como exemplo a necessidade da licitação para contratar empresa. Se abrir mão do procedimento licitatório está sucumbindo no interesse público.

Vejamos entendimento:

Ementa: Tributário. Parcelamento. Lei 11.941/2009. Honorários de sucumbência. Inclusão. Impossibilidade. [...] 2. A hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI, do CTN), pressupõe concessão "na forma e condição estabelecidas em lei específica" (art. 155-A do CTN). Tal exigência decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, que inspira o art. 150, § 6º, da Constituição da República. [...] 6. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 20.10.2011/ Publicado no DJe em 28.10.2011).

O interesse público se divide em primário e secundário.

O interesse público primário, é aquele que emana do povo, interesses gerais imediatos; já o secundário. É o interesse imediato do Estado como pessoa jurídica.

Frise-se que o secundário só é legítimo quando não se opõe ao primário.

De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“interesse público secundário legítimo aquele que represente um interesse de uma pessoa jurídica administrativa na qualidade de titular de direitos, mesmo sem implicar a busca direta da satisfação de um interesse primário, desde que: a) não contrarie nenhum interesse público primário; e b) possibilite atuação administrativa ao menos indiretamente tendente à realização de interesses primários”

Podemos usar como exemplo os bens. Se esses forem bens públicos, a administração não pode abrir mão dele.

Vejamos jurisprudência:

“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

Percebemos que o administrador deve zelar pelo interesse público, mas nunca dispor dele, haja vista não ter livre disposição dos bens que administra, pois o titular é o povo.

Da mesma forma, o administrador não pode transferir a terceiros seu dever de cuida-lo.

Para Raquel de Carvalho: “com base na premissa de que a Administração não titulariza os interesses públicos primários, é lugar comum afirmar a indisponibilidade de tais interesses pelo agente encarregado de, na sua gestão, protegê-los. Quem detém apenas poderes instrumentais à consecução de um dado fim não possui, em princípio, a prerrogativa de deles abrir mão, donde resulta a idéia de indisponibilidade do interesse público”

Percebemos a presença do princípio de indisponibilidade do interesse público na Lei geral do processo administrativo de nº 9.784/99:

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

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

Quando a lei fala: fins de interesse geral, entendemos o interesse público, ao aduzir que é vedada sua renúncia, encontramos, de forma implícita o princípio de indisponibilidade do interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dispõe que, “as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, tem o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos tem supremacia sobre os individuais”

Outro exemplo interessante e positivado pode ser encontrado no art. 112 da Lei 8.112/90, que aduz:

“A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.”

No dia-a-dia também encontramos o princípio da indisponibilidade do interesse público, por exemplo, quando o condutor comete alguma infração o agente de trânsito não tem apenas o poder de multar, mas tem também o dever, por conta do citado princípio.

Assim, visando sempre o interesse público, o regime jurídico administrativo utiliza como pilares os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público. Esses supraprincípios são harmônicos e se complementam, fazendo funcionar o sistema (jurídico-administrativo).

Passamos ao estudo do objeto da presente monografia: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

PRINCIPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO SOBRE O PRIVADO

Recapitulando o que precedeu esse tópico, foi visto que houve um tempo em que os que detinham o poder praticavam barbaridades que não se adequavam mais a época vigente.

Após diversas revoluções, fazia-se necessário modificar o ordenamento jurídico, tendo a democracia como elemento basilar.

Dai surgiu o Estado Democrático de Direito, e com ele o positivismo da Carta Magna de 1988, estabelecendo garantias constitucionais.

Para harmonizar o ordenamento, vieram os princípios, onde não existe ordem de maior para menor importância, são complementares entre si, dentre eles, estão os princípios da legalidade, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado.

Os princípios da indisponibilidade do interesse público e supremacia do interesse público sobre o privado, são, inclusive, os pilares do regime-jurídico administrativo, que servem para a administração pública orientar o interesse coletivo, conferindo a ela prerrogativas e restrições traduzidas nos dois princípios acima citados.

Para Antonio Bandeira de Melo:

todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 56).

Como exemplo do princípio de indisponibilidade do interesse público e sua aplicação necessária, temos as jurisprudências colacionadas abaixo:

Ementa: Apelação Cível. Administrativo. Homologação de acordo. Controle judicial. Indisponibilidade do interesse publico. 1 – A Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, ainda que discricionário o ato, compete ao Judiciário apreciar a sua legalidade e para tanto, deve observar os motivos que levaram o administrador a agir. Estando o feito *sub judice* e com fortes evidências de inexistência de nexo causal que afasta a responsabilidade de indenizar, mostra-se temerário o acordo entabulado contrariamente a tese defendida pelo Município, sem qualquer motivação ou fato novo, mormente se o acordo se traduz em pagamento de indenização pelo Erário. Apelo conhecido e provido. Sentença cassada. (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 77840-7/188/ Relator: Desembargador Carlos Escher/ Julgado em 23.09.2004).

Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública de responsabilização por atos de improbidade administrativa. Legitimação do Ministério Público. Possibilidade jurídica do pedido. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Sanções. Proporcionalidade. Indisponibilidade dos bens. Limite. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. II- Os atos administrativos, desde que contrariem os princípios administrativos e causem danos ao patrimônio público, podem ser submetidos a controle judicial, sem a afronta ao que prevê o artigo 2 da CF88. III- Afastando-se o administrador público do dever de probidade e legalidade na condução da coisa pública, incide ele nas sanções previstas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 12 da lei 8.429/92 - Lei da Improbidade Administrativa. IV- Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consagrados na Constituição Federal, exigem que o juiz, no momento da aplicação das sanções previstas na lei 8.429/92, e de acordo com o caso concreto, limite-se aquelas estritamente necessárias ao alcance dos fins visados pela lei, devendo, por isso, ser evitada a aplicação objetiva e automática de

penas em bloco. V - Pode o juiz, preventivamente, decretar a indisponibilidade de todo o patrimônio do acusado de praticar atos administrativos lesivos ao patrimônio público. Porém, definida a extensão do prejuízo suportado pelo erário deve a constrição patrimonial ser ajustada e limitada ao estritamente necessário a sua reparação. VI - Recurso parcialmente provido. Macrodecisão. (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – Segunda Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 66440-5/188/ Relatora: Desembargadora Marília Jungmann Santana/ Julgado em 30.03.2003).

Já visto, também, que a indisponibilidade do poder público é a proibição do administrador de renunciar a qualquer direito inerente da Poder Público, passamos ao estudo da supremacia do interesse público sobre o privado.

Vê-se nesse princípio uma condição inerente a sociedade, visto que esta tutela todos os direitos dos cidadãos.

Trata-se de sobrepor o interesse da coletividade sobre o interesse do particular, sem desrespeitar os direitos destes, é claro.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello:

“[...] Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente, aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 70).

Isso ocasiona a prevalência do interesse coletivo em um possível confronto, estando o interesse privado em uma posição de subordinação a relação estatal.

Para Hely Lopes, “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente em qualquer sociedade. É a própria condição da sua existência. Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados. Bem por isso, a Lei 9.784/99, no inciso XIII do parágrafo

único do art. 2º, diz que se deve interpretar a “norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”.

Vejamos a Lei 9.784/99, art. 2º, XIII, parágrafo único:

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

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

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

Esse princípio está presente nos chamados “atos de império”, são aqueles atos que conferem obrigações o restringe direitos aos administrados, não sendo influente nos chamando “atos de gestão” ou “atos de ofício”.

Para Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente, atos de império são “todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica”.

Como um exemplo desse princípio temos os casos de desapropriação por utilidade pública, onde é determinado ao particular que desocupe o imóvel pois ele será usado na construção de uma escola.

Dentre as prerrogativas derivadas desse princípio temos: intervenções na propriedade privada, cláusulas que permitem rescisão e modificação unilateral nos contratos com o particular, o exercício do poder de polícia e a presunção de legitimidade dos atos administrativos, assim, caso exista algum vício, este deverá ser provado pelo particular.

Para Hely Lopes “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. (...) Dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado (...)”.

Podemos interligar então o princípio da indisponibilidade do poder público com o princípio da supremacia do poder público, visto que, apesar de estar em uma relação privilegiada, a Administração Pública não pode dispor da tutela das garantias constitucionais.

Perceptível que a utilização desse princípio demanda um poder discricionário do administrador, necessário se faz uma breve análise desse poder, visto que será melhor abordado no tópico subsequente.

Dizemos que o poder discricionário é a margem de escolha que o administrador tem para tomar suas decisões.

Para ilustrar, exemplo perfeito são as blitz feitas pela polícia militar que obedecendo a Lei, reprimem e multam condutores que estejam agindo de forma contrária ao estabelecido no ordenamento jurídico, por exemplo, dirigem sem documento do carro.

Assim, multar quem dirige sem documento do carro, o valor dessa multa, a pontuação na Carteira de Habilitação são pontos que estão dispostos na Lei, porém o dia, o horário, o local que vai ser estabelecido a blitz, é fruto do poder discricionário do estado.

Ressalte-se assim que, apesar de ter liberdade na escolha ela deve ser pautada sempre pela observância da lei e pelo mérito.

Para Gerson dos Santos Sicca:

“A atividade administrativa está condicionada pelo Direito, não sujeita à vontade do administrador, nem tampouco plenamente vinculada em

todos os seus aspectos, já que o Estado necessita de certa liberdade de conformação para realizar suas tarefas e permitir a manifestação do pluralismo político. O juízo de legalidade atribui sentido e conteúdo para a vinculação positiva à lei, pois traça um sistema de garantias dos Direitos dos cidadãos e do interesse público. Por outro lado, a noção de juízo de oportunidade evidencia que o Estado de Direito é pluralista, capaz de moldar-se a diversas orientações políticas e às novas demandas sociais.”

Por mérito, entendemos a fusão dos elementos motivo (oportunidade) com o objeto (conveniência).

José Sergio da Silva Cristovam explica:

A atividade discricionária deve estar inter-relacionada não apenas à lei que a legitima, mas a todo o ordenamento normativo. Em última análise, todo ato administrativo deve visar o interesse público para ser válido, seja vinculado seja discricionário. Toda atividade discricionária, em verdade, está vinculada ao interesse público, devendo ser adequada, necessária e razoável.”

Em tese, a administração deve escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público.

Precisa levar em conta a necessidade e a finalidade de ser aplicado.

Exemplo, nos casos de desapropriação, após a análise de todos os requisitos, questiona-se se há necessidade de desapropriar aquele imóvel, aquela família, e se tem finalidade nesse ato administrativo. Será construída uma escola, uma creche, um hospital, ou é uma casa de apoio porque a fazenda do prefeito está logo ao lado?

Ou seja, necessidade, ao condicionar se é realmente necessário a desapropriação e finalidade, para que vai ocorrer a desapropriação?

O problema existe quando não é feito o uso correto do poder discricionário do Poder Público, o que gera críticas e necessidade de limitações ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Um exemplo, utilizando a desapropriação. Digamos que o prefeito resolva desapropriar uma família que não tem um local para residir, mesmo dando uma indenização justa, para construir uma casa para seus parentes passarem as férias.

Não utilizou o elemento necessidade nem tampouco o elemento finalidade.

Apesar do uso incorreto desse poder por alguns membros do Poder Público, ele é extremamente necessário a manutenção da estabilidade da sociedade, inclusive, sendo utilizado pelo poder judiciário.

Por manutenção da estabilidade social ou pressuposto de uma ordem social, como é comumente utilizado, entende-se que a existência desse princípio pauta-se na obrigação do Estado atingir uma serie de finalidades e leis indicadas pela Constituição Federal.

Para isso, é assegurada uma posição privilegiada, respaldando toda atuação administrativa de imperatividade.

Vejamos essa decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO TRABALHISTA. BEM IMÓVEL ADJUDICADO PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA DO BEM ADJUDICADO. PODER DE IMPÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

1. Inexistência das hipóteses descritas no artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. O fundamento das ações expropriatórias é a supremacia do interesse público sobre o privado, que se fundamenta no poder de império da Administração. Mesmo que o imóvel - objeto da execução laboral - já tivesse sido efetivamente registrado em nome dos particulares -, tal fato não impediria o ajuizamento da ação de desapropriação, mas apenas importaria a sucessão no pólo passivo da demanda expropriatória. (...)

No presente julgado percebemos a importância do poder público, onde o STJ decidiu pela legalidade da desapropriação por atender um interesse maior, o interesse coletivo.

Resta patente que existem posições contrárias e favoráveis, uma opinião comum entre os dois lados é a necessidade da utilização da técnica de ponderação de interesses.

Isso quer dizer que, ao conflitar um interesse público e um interesse privado, a administração pública deverá usar a ponderação, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para se decidir.

Estudaremos a concepção clássica desse princípio, a concepção dos críticos e por fim, estabeleceremos limites para sua melhor aplicação.

Concepção Clássica:

Sabe-se que princípio da supremacia do interesse público foi se adaptando ao contexto social de cada época, obtendo o formato atual no ordenamento jurídico.

Na doutrina clássica, que tem matriz Kelsiana, os princípios têm o papel de preencher lacunas que existam nas leis.

Pela concepção clássica, a supremacia do interesse público, e a indisponibilidade do interesse público, constituem a base ideológica do direito administrativo.

Dentre os mestres da doutrina clássica podemos considerar, Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles.

Os mestres acima citados concordam que com o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado coloca o Poder público em “status” de superioridade diante dos particulares.

Para Bandeira de Mello “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade dos interesses da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento esse último”.

Por meio desse princípio, considera-se as matérias de ordem pública, que envolvem coletivo como um todo, são colocadas em um patamar superior, em detrimento dos interesses dos particulares, sendo que considera-se isso de extrema importância para preservar os próprios particulares.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 56) de maneira bastante elucidativa: “Atribui-se-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema. Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou.”

Assim, o Estado deve visar satisfazer os anseios da coletividade, sendo o fim esperado da atividade administrativa a obtenção do interesse público, se não assim for, o ato será cometido de desvio de finalidade ou abuso de poder.

Na doutrina clássica existe o respaldo para a Administração exercer seu poder de império.

Segundo Diógenes Gasparini:

No embate entre os interesses público e particular há de prevalecer o interesse público. [...] Com efeito, nem mesmo se pode imaginar que o contrário possa acontecer, isto é, que o interesse de um ou de um grupo possa vingar sobre o interesse de todos. Assim ocorre na desapropriação, na rescisão por mérito de certo contrato administrativo e na imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração Pública, a exemplo da servidão administrativa.

Destaca-se que tratamos de uma relação de verticalidade, onde os direitos de particulares são restringidos, e muitas vezes os próprios particulares são obrigados a determinadas condições.

Dessa forma, aduz José dos Santos Carvalho Filho:

A supremacia do interesse público, primeiramente, é, sim, por conceito, um princípio administrativo, posto que reflete um dos alvos da função do Estado de Direito. Normativamente também o é, porque a existência do princípio de direito não reclama necessariamente no ius positum; muitos são os princípios reconhecidos que não têm expressividade positiva, mas decorrem do sistema num todo.

Temos assim que, para a doutrina clássica, o princípio da supremacia do interesse público apresenta-se como necessária de ordem social estável, no sentido de que é preciso uma posição privilegiada da Administração Pública para assegurar a proteção do coletivo, como também porque a manifestação de vontade da Administração pública tem como intuito o interesse geral.

Como exemplos, Celso Antonio Bandeira de Mello utiliza: presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; benefício dos prazos maiores para intervenção ao longo do processo judicial; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, etc.

Um exemplo real, se imputarem a um particular uma multa por dirigir sem cinto, estabelecida, obviamente, por um agente de trânsito, e esse particular afirmar que não dirigiu sem cinto de segurança, a palavra do agente de trânsito tem presunção de veracidade, logo, se este for o argumento do particular, não será válido.

Em que pese à importância desse princípio, existem muitas críticas dos doutrinadores modernos.

Críticas:

Sabemos que o direito administrativo sofre diversas mudanças ao longo do tempo, principalmente após a Constituição Federal de 1988, onde houve uma valorização enorme de direitos e garantias fundamentais.

Tendo em vista essa valorização de direitos individuais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado vem sofrendo críticas por colocar os direitos do particular em “segundo plano”.

Têm-se que o princípio supracitado é pautado de críticas, pois os doutrinadores modernos alegam que os direitos individuais também pedem pela sua observância.

A crítica pauta-se na aplicação desse princípio nas atividades estatais, onde muitos doutrinadores modernos rejeitam esse postulado em vista do constitucionalismo moderno democrático.

O ponto de partida encontra-se na definição de interesse público.

Para os doutrinadores mais clássicos, o interesse público é o conjunto dos interesses individuais enquanto parte da sociedade, é o interesse do todo, não se confunde com as conveniências de cada um, e sim aqueles que envolvem toda a coletividade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro “com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo direito administrativo humaniza-se na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social”.

Dando uma concepção contemporânea de interesse público, Celso Antonio Bandeira de Mello leciona:

“o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm

quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade pelo simples fato de o serem.”

(...)

“o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)*”.

Para entender os doutrinadores críticos, vamos seguir a linha de pensamento deles.

Questiona-se: Para que surgiu o Estado de Direito? Para proteger o indivíduo. Assim, veio à ideia de interesse público, para preservar o direito da coletividade.

Desse questionamento surgem diversos autores que se posicionam contra a aplicação desse princípio na sua forma clássica, pois, se o Estado de Direito existe para proteger o indivíduo, como é que a Administração pública tem o poder de restringir direitos dos mesmos?

Na visão moderna, o referido princípio não deveria ter viés imperativo, haja vista que o objetivo do Direito era restringir o poder do monarca e não os direitos fundamentais.

Vê-se, então, esse princípio, como um inimigo dos direitos fundamentais.

Vejamos o que diz Gustavo Binenbojm:

a ideia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação história do princípio da separação dos poderes. Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativista estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito

administrativo, nascido da superação histórica do Antigo Regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder.

Ao lado de Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Humberto Ávila, são alguns dos ilustres doutrinadores que afirmam que a noção de interesse público (dentro do princípio de supremacia), não acompanhou a realidade contemporânea, pois trata-se de conceito abstrato, autorizando qualquer ação de atos autoritários, que vai contra ao Estado de Direito que defende garantias constitucionais.

Para Humberto Ávila “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” não é, rigorosamente, um princípio jurídico ou norma-princípio: conceitualmente ele não é uma norma-princípio: ele possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas”.

Percebe-se que a maior crítica vem pela divergência no conceito de interesse público. Muitos doutrinadores acreditam que é conceder margem de discricionariedade demais para o administrador, assim, têm receio de existirem práticas autoritárias e atitudes imotivadas, que não condizem com o novo ordenamento jurídico.

Assim, seria uma forma discreta de manter o poder absoluto nas mãos do Estado, mostrando resíduos de um modelo estatal absolutista.

Por conta do significado “vago” do interesse público abriria as portas para as arbitrariedades do Poder Público, por conceder uma discricionariedade exagerada aos administradores, colocando os direitos fundamentais dos individuais numa relação de subordinação.

Estariam então os direitos fundamentais sendo desrespeitados quando confrontados com o interesse público “supremo”, o que é uma afronta a Constituição e, por sua conseguinte, à Democracia.

De acordo com esses doutrinadores, os direitos fundamentais deveriam estar numa posição de supremacia diante desse princípio, e não o inverso.

Ademais, defende-se o uso da ponderação diante de uma situação de confronto entre os direitos públicos e privados.

Pela ponderação entendemos a utilização do princípio da proporcionalidade, utilizando adequação, necessidade e proporcionalidade.

Humberto Ávila também fala da incompatibilidade de ter esse princípio como uma norma princípio, “incompatibilidade da caracterização como norma-princípio através da incompatibilidade do mesmo frente aos postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática, que buscam uma exata medida da realização máxima de bens jurídicos contrapostos. Nesse sentido, afirma que o princípio que direciona a solução em prol do interesse público, não se harmoniza com a ponderação, excluindo-se os interesses privados”.

Exemplo disso é a discrepância que existe entre os benefícios processuais concedidos a administração para com os concedidos aos particulares.

Na questão de prazo, estes são maiores para a administração pública.

Para Sarmiento “os direitos fundamentais não são absolutamente imunes, mas, diante da possibilidade de ponderação com interesses coletivos, no mínimo deve haver fortes argumentos para a superação do direito fundamental em proveito do interesse público em confronto”.

Ou seja, Sarmiento afirma “além dos riscos para a tutela dos direitos fundamentais, há uma absoluta inadequação entre o referido princípio da supremacia do interesse público e a ordem jurídica brasileira, por conter traços autoritários”.

Talvez a maior crítica desse princípio é que não existe a utilização correta dela. Vejamos o que diz Alice Gonzalez “é preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo - com as suas

manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes, de sua aplicação prática”.

Da mesma forma, opina Iuri de Matos Carvalho: “apesar do vigor dos argumentos apresentados, os autores das críticas, infelizmente, não considerarem que as recentes reformulações do princípio, efetuadas por uma significativa parcela da doutrina administrativista atual, representaram um notável avanço em direção a um maior controle social dos atos administrativos, na medida em que afirmam a supremacia do interesse público perante os interesses privados e os interesses meramente estatais. Longe de justificar posturas autoritárias da Administração, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa, e serve como fundamento para o controle do exercício das competências discricionárias”.

Um dos maiores problemas enfrentados quando pensamos nesse princípio de forma prática, é o poder de polícia.

O poder de polícia trata da atividade estatal que regula o exercício dos direitos individuais.

Age no meio social com intuito de gerar bem estar, impedindo de ordens, proibições e apreensões, o exercício que vai contra o estabelecido para o novo ordenamento jurídico.

O que ocorre é que, a partir do momento que o indivíduo foi colocado em sociedade, eram necessárias regras de convivência para não virar um jogo de interesses ganho pelos mais fortes.

Foram criadas as constituições, leis, instituições para impor essas regras.

Assim, os direitos individuais estavam condicionados na Lei, e, quando essa é omissa cabe a Administração pública averiguar.

O direito administrativo coloque dois temas conflitantes em seus aspectos, são eles: a autoridade que condiciona os direitos individuais

aoa coletivos e a liberdade individual na qual o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos.

Para administrar esse conflito, aplica-se o poder de polícia.

Para Meirelles: “Poder de Policia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Em outra oportunidade o mesmo autor diz: “O Poder de Policia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais”

E complementa: “O Poder de Policia (**police power**), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública senão também estabelecer para a vida de relações do cidadão àquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais.”

Para Cavalcanti: “Poder de polícia é a faculdade de manter os interesses coletivos, de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros. O poder de polícia visa à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade e os direitos essenciais do homem”. “O poder de polícia constitui limitação à liberdade individual, mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem”

Podemos encontra-lo no art. 78 do CTN, vejamos:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Temos como área de atuação do poder de polícia, que este age de forma preventiva, impedindo ações que vão contra o conceito social; repressiva, punindo aqueles que não se adequaram ao quanto estabelecido em lei.

Atua nas áreas de saúde, educação, previdência, trabalho, assistência social.

Todos sabem que até o poder de polícia esbarra em limites estabelecidos pela lei. São eles: Competência, forma, fins, motivo, objeto, entre outros.

Os atributos do poder de polícia são: vinculariedade, por esse atributo, a administração pública só pode agir conforme o estabelecido em Lei; a discricionariedade, é a liberdade de apreciação que a administração pública tem para decidir o melhor momento para agir, o meio de ação adequado e a sanção prevista; autoexecutoriedade, é o ato da administração pública agir com os próprios meios sem precisar da intervenção do poder judiciário; coercibilidade, é a imposição imposta pela administração, e, por último, indelegabilidade, onde o único destinatário desse poder é o Estado, não podendo o particular repreender, ou fazer uso do poder de polícia.

O que todos analisam é a discricionariedade que o Poder Público tem para aplicá-lo.

Questiona-se o fato da Administração Pública ditar e executar as medidas restritivas de direitos do indivíduo, para o bem estar da sociedade e preservação do próprio estado.

Ou seja, temos que os críticos vêm como barreira para aplicação desse princípio, em tese, o abuso que poderá ser perpetrado pelo Poder Público, tendo em vista o alto poder de discricionariedade concedido pelo Poder de Polícia, ameaçando as garantias individuais.

Ademais, existem aqueles que dissertam que não há subjetivismo no interesse público capaz de afetar a ordem social.

Aduzem que o princípio não é aplicado apenas com a discricionariedade dos administradores, mas que tem como base, sempre, o princípio da legalidade, seguindo tudo o que consta na Lei.

Assim, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não seria posto de forma livre, e sim em consonância com os demais princípios e limitado pelo ordenamento jurídico.

Para a Mestre Maria Sylvia Zanella di Pietro “a doutrina que se considera inovadora ou incide no erro de acabar com o princípio da supremacia do interesse público (o que equivaleria à negação dos próprios fins do Estado) ou incide no erro de achar que está inovando, quando na realidade, está fazendo afirmações que desde longa data são amplamente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência. (..) A doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógada, porque prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas um classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público. Ela representa a volta aos ideais de fins do século XVIII”.

Assim, críticas são validas, não para desconstruir o princípio, mas sim para por limites a sua aplicação.

LIMITES A SUPREMACIA DO INTERESSE PUBLICO:

Conforme dito em capítulos anteriores, esse princípio sofre muitas críticas pois não se coaduna com o ordenamento jurídico atual que presa pela dignidade humana.

O princípio da dignidade humana é amplo e goza de vários conceitos, é um meio vasto que, por esse motivo, é difícil de conceituar.

Para Plácido e Silva: “dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico”.

Na Constituição Federal percebemos um destaque pra esse princípio:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.”

No que concerne a Constituição, foi a partir dela que os direitos fundamentais tiveram um avanço incrível, e, por conta disso, são estabelecidas

críticas ao Princípio da supremacia do interesse público do privado, como veremos.

Parte das críticas são estabelecidas pelo grande poder de discricionariedade dado ao Poder Público.

Como também pela conferência do Poder de Polícia a Administração Pública.

Faz-se necessário um adendo para tratarmos do poder discricionário da administração pública, bem como os limites impostos a ele.

Discricionariedade da Administração Pública, trata-se da liberdade que o sujeito detentor do poder administrativo tem, para agir em nome do poder público, e optar por uma dentre diversas soluções possíveis, ressalte-se que a escolha deve se enquadrar em Lei.

Deve seguir critérios de conveniência e oportunidade, observando a Lei, sendo analisada sob os aspectos da legalidade e mérito.

Ilustramos melhor a situação temos o seguinte caso. Para o cargo de Governador Civil é possível que qualquer cidadão (ou seja, maior de 18 anos, com título), sendo português, possa ser indicado. Assim, há a discricionariedade na escolha do cidadão, porém obedecendo a Lei – cidadão português.

Resta claro assim que o Poder Discricionário não é um poder livre, pois condiciona-se a Lei, sendo a discricionariedade um poder jurídico.

Segundo Moreira: “é aquele conferido por lei ao administrador público para que nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, adote, no caso concreto, a solução mais adequada satisfazer o interesse público”.

É confundido por muitos com o poder arbitrário, porém o poder arbitrário não está de acordo com a Lei e a excede.

Para Meirelles: “O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem

praticados pelo administrador, mas, como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento das demais ao prudente critério do administrador”.

Assim, deve-se impor limite a discricionariedade na medida em que está deve ser, de fato, pautada pela Lei, e condicionada a ela, não sendo possível brechas para buscar interesses pessoais.

Um exemplo disso é um coordenador de determinada secretaria, supomos que ele não se sente bem, no âmbito pessoal, com determinado agente de sua secretaria. Ai ele usa, seu poder discricionário para, seguindo a Lei, retirar o cidadão da secretaria dele e relocar para outra.

Isso é um mau uso do poder discricionário apesar de pautado na lei!

Como limitar? Fiscalizando as condutas de seus agentes. No caso exposto, por exemplo, deveria ser questionado o motivo que levou o coordenador a relocar o seu agente.

Existiam faltas não justificáveis? O agente não trabalhava corretamente? Existia um clima ruim ocasionado pelo agente na Secretaria?

Se as respostas forem negativas é obvio que o ato deve ser nulo e o agente deverá retornar para seu posto.

Feitas as considerações a respeito do poder discricionário, voltamos ao objeto de estudo dessa monografia.

Outra grande crítica ao princípio, corresponde ao conceito do termo interesse social.

Como visto, o interesse social é vasto, tendo inclusive duas acepções: o interesse individual do ser humano como pessoa e o interesse individual do particular diante da coletividade.

Vimos que parte das críticas feitas ao princípio da supremacia de interesse público refere-se ao conceito do interesse social.

Muitos juristas acreditam que a administração pública confunde o termo interesse social com interesse do próprio poder público.

Vejamos o caso de uma desapropriação, mas antes, vamos nos atentar ao que diz a Lei 4.132/62:

Art. 1º A desapropriação por interesse social será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem estar social, na forma do art. 147 da Constituição Federal.

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços

públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

(...)

Vejamos que na desapropriação deve existir o interesse social. Então imaginamos que a desapropriação tenha que ser importante para o Poder Público, talvez um local que se adeque uma creche, escola, etc.

O problema é quando o interesse social é confundido com interesse pessoal, e o administrador no local de construir a creche, escola, hospital, constrói algo do seu interesse.

Dessa forma, deve ser respaldada a desapropriação, inicialmente condicionando a Lei, observância total aos requisitos de função social da propriedade, interesse social e, caso efetuando-se, com a devida indenização.

Percebemos que tudo deve ser fiscalizado, se houver atenção a desapropriação, será descoberto o desvio de finalidade (caso aconteça), e, dependendo do caso, reverter o ato.

Em minha concepção, após o estudo detalhado desse tema bastante conturbado, tenho que a administração pública precisa observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade para pautar suas condutas.

Vejamos de modo rápido o conceito de proporcionalidade e razoabilidade.

De origem no Estado absolutista, o Estado não conseguia das as respostas que a população pedia, percebeu-se então a necessidade de limitar o poder administrativo, assim, a lei passou a limitar as atividades dos governantes.

O princípio da proporcionalidade surge para proteger os direitos fundamentais bem como harmonizar os interesses.

Assim, o administrador e o próprio legislador precisa de critérios para aplicar ou fazer a lei, um desses critérios é o uso da proporcionalidade.

Comentando sobre esse princípio, Pedro Lenza afirma: “Ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - , o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.”

Podemos chamar também de principio da proibição do excesso, que se entende diante do uso inadequado entre meios e fins.

Para Gilmar Mendes “A *utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa.*”.

Caso exista excesso, e o judiciário interfira, poderá existir até a anulação do ato.

Vejamos o que Barroso nos diz: “por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com

prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.”

Digamos que esse princípio constitui uma regra fundamental que deve ser obedecida por todos, é a relação que deve contrapor os fins e meios utilizados.

Em síntese, temos que a proporcionalidade, surgiu para limitar os poderes dos monarcas/governantes, que tomavam atitudes arbitrárias sem pensar na coletividade, e representa um avanço no que tange o controle de constitucionalidade e defesa das garantias constitucionais.

Cabe também, considerações a respeito do princípio da razoabilidade.

Como já visto no tópico próprio, o princípio da razoabilidade é comumente explicado como o bom e velho “bom senso”.

Anteriormente foi dado exemplo da senhora que é cumprimentada na rua e responde com palavras de baixo calão e agressões. Caso existam dúvidas usaremos outro exemplo. Dessa forma para mostrar como nosso judiciário também faz uso desse princípio.

O caso trata de uma negatização indevida, e os desembargadores utilizaram o princípio citado para majorar a indenização pelo dano moral.

Vejamos ementa:

ACORDAM os Desembargadores da 14ª Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso de Apelação e dar provimento ao Recurso Adesivo, nos termos do voto do Desembargador Relator. Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores FERNANDO ANTONIO PRAZERES, Presidente com voto, THEMIS DE ALMEIDA FURQUIM CORTES. Curitiba, 08 de fevereiro de 2017 Desembargador OCTÁVIO CAMPOS FISCHER EMENTA: 1. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DE APELAÇÃO: 2. INEXISTÊNCIA DE DANO MORAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO ILÍCITO - INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO APELADO EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - DANO MORAL CONFIGURADO. 3. CORREÇÃO MONETÁRIA - JUROS DE MORA CONTADOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54 DO STJ - RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. 4. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - FIXAÇÃO ADEQUADA. RECURSO ADESIVO 2. QUANTUM INDENIZATÓRIO - ANÁLISE DO PREJUÍZO MORAL SOFRIDO E DA CAPACIDADE ECONÔMICA DOS LITIGANTES - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. RECURSO ADESIVO PROVIDO.

É mais fácil entender esse princípio do que conceituar, pois se trata do bom senso, da ideia de ser razoável. Assim, é razoável para uma empresa milionária arcar com um valor baixo de indenização? O caráter punitivo do dano moral deve ser aplicado. Com a mesma concepção, é razoável oferecer um valor indenizatório baixo para uma pessoa que ficou meses com o nome negativado, sem poder fazer financiamentos, sem seu livre arbítrio, tendo que pedir emprestado para terceiros? Por óbvio que não!

Vejamos entendimento de Alexandre Santos de Aragão: “Não existe norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que

preestabeleceram a preponderância do interesse público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser a *priori* estendida automaticamente a circunstância para as quais não houve esta "preponderação" constitucional ou legal.”.

Para Celso Barros “(...) princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.

Feitas as considerações sobre esses princípios, vejamos as críticas que se relacionam.

Afirmam, muitos críticos, que os administradores, no uso de seu poder de polícia, usando o atributo da discricionabilidade, cometem condutas desrazoadas e desproporcionais, causando sofrimento aos particulares e, muitas vezes, colocando sob ameaça os direitos fundamentais.

Como vimos fala-se muito na suposta inconstitucionalidade do princípio, seu caráter vago – quando aplicamos a palavra interesse social-, o suposto desrespeito aos direitos fundamentais, a idéia de arbitrariedade – o famoso poder de polícia, que utiliza a discricionabilidade sem ponderar os princípios de proporcionalidade e razoabilidade e, por último, a incompatibilidade com a técnica da ponderação.

Vejamos novamente a Lei 9.784/99:

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

O que chama atenção na crítica e na Lei, é que o problema consta na aplicação. A lei é clara. Deve-se usar a legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O administrador não pode agir em benefício próprio utilizando tais princípios, é vedado.

Sendo fiscalizado os atos tornarão-se nulos e o agente que cometer o desvio/abuso responderá judicialmente, além de poder perder o cargo, é claro.

É necessário muito cuidado na aplicação do princípio do interesse público sobre o privado, e nesse momento, deve-se utilizar a ponderação.

Ao falarmos de ponderação estamos, em outras palavras, propondo o uso da proporcionalidade e razoabilidade, é o conhecido “colocar na balança”.

Para Ricardo Catunda: “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são utilizados como mecanismos para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Faz-se a diferença entre os dois princípios adotando o da razoabilidade como um instrumento de controle de atos normativos, enquanto que o da proporcionalidade como instrumento de controle de atos administrativos. Ambos, porém, são aplicados para invalidar atos, cujos quais não há adequação entre fim perseguido e meio empregado, não é exigível ou necessária tal medida, ou não há proporcionalidade, em sentido estrito, ou seja, quando a medida traz resultado mais negativo no momento em que é aplicada do que se não fosse tomada”.

Ao aplicar esses dois princípios busca-se o melhor resultado, ou melhor, busca-se a realização dos direitos fundamentais, para atingir o resultado socialmente desejado.

É pegar a maior crítica ao princípio e utilizar para salvaguardar o próprio princípio.

Vejamos pensamento de Luis Roberto Barroso: “o princípio da proporcionalidade deve ser vislumbrado diante de três subprincípios, sendo estes o da adequação, no qual exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, o da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados, e, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício

trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão”.

Vemos que os autores concordam que tudo parte da ponderação.

Daniel Sarmiento colabora: “[...] entendemos que, diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar numa precedência *prima facie* dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a ‘vitória’ do direito fundamental. E tal idéia vincula tanto o legislador – que se realizarem ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia *prima facie* dos direitos fundamentais poderá incorrer em inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações em concreto”.

Dessa forma, esse princípio deve atender aos anseios da coletividade buscando o interesse social comum, dando margem para a dignidade da pessoa humana. Porém, necessário se faz, também, que sua aplicação não seja absoluta, não deve acarretar a supervalorização desse princípio.

Vemos muito esse princípio ser utilizado no intuito de justificar atos que divergem completamente de qualquer noção de interesse público, e olha que temos um conceito vasto!

Assim, o princípio deve ser pautado nos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, devendo o Poder Público ponderar os interesses conflitantes, vez que o particular deve manter suas prerrogativas.

Manter as prerrogativas do particular não falamos só de anseios pessoais e sim do que o particular que enquanto membro da sociedade.

Alice Gonzalez explana bem “a questão da desconstrução do princípio da supremacia do interesse público está, na verdade, no exato entendimento do que se deve considerar como interesse público digno de supremacia, o que evitaria ou ao menos dificultaria os frequentes desvirtuamentos da aplicação do referido princípio ao verdadeiro interesse público por governantes bem ou mal intencionados”.

Os argumentos dos doutrinadores contemporâneos e os fatos concretos que vivemos diariamente mostram que é necessária uma releitura desse princípio, sem o desvalorizar, pois como já dito, tem grande importância na harmonização do meio social.

Veamos mais uma vez crítica de Gustavo Binenbojm: “Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o “princípio da supremacia do interesse público” também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional”.

Vê-se que fala-se que o princípio não mostra-se compatível com os preceitos normativos.

É um ponto de discordância, pois, em meu estudo, percebi que de diversas formas o citado princípio esteve presente nas leis e constituições.

Como lembra Alexandre de Aragao: “Não existe norma geral constitucional ou legal de prevalência do interesse público. O que ocorre é que, muitas vezes, a própria Constituição ou as leis previamente ponderam os interesses envolvidos dando preponderância ao interesse público (por exemplo, nas desapropriações e nas requisições administrativas). Nessas hipóteses, foi a lei ou a Constituição que preestabeleceram a preponderância do interesse

público sobre o interesse do particular, preponderância que não pode ser a *priori* estendida automaticamente a circunstância para as quais não houve esta “pré-ponderação” constitucional ou legal.”

Para o Ministro Gilmar Mendes: “se aplica o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais (...), tal como já sustentei, em estudo sobre a proporcionalidade, na jurisprudência do STF”.

Temos que, no novo ordenamento jurídico, o esperado é que não se aplique o princípio da supremacia de forma desenfreadas, com o poder de polícia absurdo, pois assim colecionará arbitrariedades.

Espera-se que o agente haja com o poder de polícia que lhe é concedido, utilizando como base para sua discricionariedade a ponderação de interesses, através dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, e, mais importante ainda, é que esses atos administrativos sejam fiscalizados.

Se as condutas que diminuem a importância dos direitos individuais, se houver algum problema com os direitos humanos, essa conduta deverá ser reprimida, através da anulação do ato bem como da sanção na esfera cível, penal e administrativa do agente.

Para Medauar: “o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular serve como fundamento de vários institutos e normas de direito administrativo, inclusive das prerrogativas e decisões da administração pública. Assevera, no entanto, que tal princípio vem tendo sua aplicação atenuada pela ideia de ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, como método a ser utilizado pela administração pública para evitar sacrifícios desnecessários de interesses. De acordo com a autora, a regra da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência menos gravosa, na obtenção de um resultado.”.

Tal posicionamento já é conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que olha o interesse público intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, haja vista os interesses privados de cada cidadão. Assim,

posicionam-se para considerar os fatores positivos e negativos, observando principalmente se é promovida a dignidade e igualdade no interesse coletivo.

É necessária a utilização da ponderação nos casos de conflito, como o próprio Ministro Gilmar Mendes, sustenta em suas decisões, norteando-se pelos princípios de proporcionalidade e razoabilidade, no intuito de achar a melhor medida ao bem comum.

CONCLUSAO

Como visto, de forma incansável, neste trabalho. A sociedade estava farta das barbáries e abusos perpetrados pelos Monarcas. Após as diversas revoluções, surgimento da Constituição Federal e do elemento chamado “democracia”, foi dada uma importância e valorização ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para controle e harmonização da sociedade, o regime jurídico da administração pública nos trouxe dois princípios que são seus pilares, quais sejam: Princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado e princípio da indisponibilidade do interesse público.

Juntamente com os princípios acima relacionados, a constituição e a doutrina nos apresenta os princípios da legalidade, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, disserta que o interesse público não está a disposição do poder público, não podendo seus agentes atuar dispondo deles.

Já o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, fala que é necessário uma relação de subordinação do interesse privado, para satisfazer a coletividade.

Vimos também, que o princípio da forma como se apresentou, trouxe diversas críticas, principalmente no que tange aos doutrinadores contemporâneos.

Estudamos as críticas e cheguei a conclusão que é necessário impor limitações a esse princípio.

Não se pode aceitar arbitrariedades do Poder Público, a sociedade não deve se calar diante de uma multa por inimizade, ou desapropriação com desvio de finalidade.

Tal limitação começa pela utilização dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade pelo Poder Público.

Após, vimos que necessário se faz a imediata fiscalização dos atos administrativos, para que, caso existam insubsistências, estes sejam, de logo, anulados, e os agentes que cometeram os abusos, sancionados em todas as esferas, cível, administrativa e penal.

Tive a intenção de fazer esse trabalho pois na minha vida acadêmica, quando ainda não tinha o diploma do curso de direito, presenciei diversas ações consideradas abusivas, tanto nos órgãos municipais trabalhos como no nosso Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Acho de relevância máxima, a aplicação de limites aos agentes públicos, com a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, já ditos e vistos aqui, bem como através da fiscalização, buscando a reprensão para que os colegas tenham exemplo.

Encerro esse ciclo agradecendo mais uma vez a todos que colaboraram de alguma forma com o desenvolvimento do presente trabalho.

REFERENCIAS

1. Obras consideradas no todo:

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. Ed. São Paulo, Atlas, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Da Cunha Junior, Dirley, Curso de Direito Administrativo, 15ª edição, Juspoivum, 2016.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, São Paulo: Método, 2017.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, Princípios do Direito Administrativo, 2ª edição, São Paulo: Método, 2013.

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, A constitucionalização do Direito Administrativo, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. Rio de Janeiro: Editora Método, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. O motivo no ato administrativo. São Paulo: Atlas, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23ª Ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & NUNES Jr, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.

José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

2. Outras fontes:

Lei 5.172/66, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm;

Candido Freire, Antonio Rodrigo, os Princípios do Direito Administrativo, disponível em https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7055;

Andrade, Tobias de Oliveira, Princípios constitucionais do Direito Administrativo, disponível em www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11668&revista_caderno=4 ;

Rabelo Viegas, Cláudia Mara de Almeida, O regime jurídico administrativo, disponível em http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9093&revista_caderno=4;

Marçal Belo, Maria Paula Gomes, Regime jurídico administrativo e seus princípios norteadores, <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6894/Regime-juridico-administrativo-e-seus-principios-norteadores>;

Barreto, Carolina Pereira, A constitucionalização do Direito Administrativo: Os princípios processuais constitucionais no processo administrativo, <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-direito-administrativo-os-princ%C3%ADpios-processuais-constitucionais-no;>

Silva Junior, A constitucionalização do direito e sua influência no Direito Administrativo; <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7676/A-constitucionalizacao-do-direito-e-sua-influencia-no-Direito-Administrativo>

Freitas Araujo, Marcelo Jesus, O Direito Administrativo e o interesse público, <https://marcelodez.jusbrasil.com.br/artigos/339675897/o-direito-administrativo-e-o-interesse-publico;>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>;

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Disponível em: <www.tjes.jus.br>;

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>;