

**Direito Público**  
**Da Supremacia do Direito Público ao Dever da**  
**proporcionalidade: Um novo Paradigma para o**  
**Direito Administrativo**  
**Gustavo Binenbojm**

Paulo Antônio Alves de Almeida

- **Mito da Origem milagrosa:** O poder aceita submeter-se ao direito e por via reflexa aos direitos dos cidadãos.
- **Fábula Mistificadora:** certidão de nascimento do direito administrativo foi a Lei 28 pluviose do ano VIII, editada em 1800 nos albores da Revolução Francesa

# História Falsa

M500

- “O episódio central da história administrativa do século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. O Executivo opera dentro dos limites traçados pelo legislativo, sob a vigilância do judiciário.” Caio Tácito

- “O surgimento do direito administrativo representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do antigo regime que a sua superação.

- A criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio executivo.

# Julgar a administração ainda é administrar

M500

- A **criação da jurisdição administrativa** se baseou na **desconfiança dos revolucionários** franceses contra os tribunais judiciais pretendendo impedir que o **espírito da hostilidade** existente nestes últimos **contra a revolução** limitasse as ações das autoridades administrativas revolucionárias.

# Pecado Original

M500

- A **separação dos poderes** serviu ao processo de imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo.
- Na melhor tradição absolutista **os donos do poder criam o direito** que lhes é aplicável

- O **interesse público** é um **interesse próprio da pessoa estatal**, externo e contraposto aos dos cidadãos.



# Administração Pública Brasileira

M500

- As peculiaridades da Administração Pública brasileira apenas aguçaram a crise de identidade de que o modelo jusadministrativista europeu continental já trazia desde a sua gênese.

# A crise dos paradigmas do direito administrativo e a emergência de um novo modelo teórico

# Três paradigmas em xeque

M500

1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado
2. A legalidade administrativa como vinculação positiva a lei
3. Intangibilidade do mérito administrativo

## Constitucionalização do direito administrativo – dignidade da pessoa humana

M500

1. A Constituição não mais a lei passa a ser cerne da vinculação da administração à juridicidade
2. Definição de interesse público deixa de estar sob o arbítrio do administrador passando a depender de juízos de **ponderação proporcional** entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados
3. A discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade (ênfase na participação e eficiência)

# Construção e desconstrução do **Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Princípio da supremacia do interesse público segundo a doutrina brasileira

M500

- **Celso Antônio Bandeira de Melo:** apresenta a noção de **interesse público** como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo – **ideal de bem estar e segurança almejado pelo grupo social.**

# Obstáculo da abstração teórica

M500

- Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais sem perder de vista aquela supremacia. (Hely Lopes Meireles)

# Obstáculo da abstração teórica

M500

- Não seria possível taxar de inconstitucional uma lei que privilegiasse os interesses coletivos e estatais (interesse público) em detrimento dos interesses privados.



# Obstáculo da abstração teórica

M500

- A ideia de supremacia como norma jurídica não se coaduna com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, que preconizam a cedência recíproca entre interesses em conflito.

## Desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

M500

- O princípio da **prevalência absoluta** em favor do interesse público termina por **suprimir** os espaços para **ponderações**.
- A **Constituição Brasileira** volta-se precipuamente para a **proteção dos interesses do indivíduo**.

## Desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

M500

- A **Lei Maior** é orientada sob o influxo do **princípio da dignidade da pessoa humana**

## Desconstrução do princípio da supremacia do interesse público

M500

- **Ávila:** o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.

# Indissociabilidade do interesse privado

M500

- A realização de interesses privados quando em confronto com interesses públicos não constitui desvio de finalidade para a Administração, pois aqueles são também fins públicos.

## Descaracterização do princípio da supremacia do interesse público

M500

- Incompatibilidade com os postulados normativos da **proporcionalidade** e da **concordância prática**.

# Proporcionalidade

Princípio como condição para o conhecimento das normas jurídicas

M500

- Dentre as opções disponíveis, todas são otimizadas em algum nível.

## Pressupostos para a Prevalência do interesse público sobre o particular

- Dissociabilidade entre interesse público e privado: o bem comum inclui o bem de suas partes
- Caráter multipolar das relações entre Estado e indivíduo
- Determinação “subjetiva” do conceito de interesse público



- Ao invés de uma regra de prevalência do interesse público sobre o privado impõe-se um percurso ponderativo.

# Novo Paradigma da Administração Pública

O Dever da proporcionalidade  
como fundamento e técnica da  
decisão administrativa

- A grande inovação das Constituições da Modernidade é que posicionam o homem no centro do ordenamento jurídico a partir do qual se origina um farto elenco de direitos governamentais.

Dignidade da pessoa humana e  
Estado Democrático de direito  
– legitimação e limitação do  
poder estatal

As dimensões individuais e coletivas convivem lado a lado no contexto constitucional impondo-se como paradigmas normativos a vincular a atuação do intérprete da Constituição

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, **uma imbricação entre os interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares**, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros

# Raciocínio Ponderativo

The logo for Marketing 500, featuring a stylized 'M' followed by the number '500' in white text on a blue square background.

De modo análogo às cortes Constitucionais, a Administração Pública deve buscar utilizar-se da ponderação para superar as regras de preferência estáticas, atuando situativa e estrategicamente com vistas a formulação de certos standards de decisão.

**Resultado = melhor interesse público**

# O Princípio da proporcionalidade

É o instrumento da ponderação



# Três máximas do princípio da proporcionalidade

M500

**Adequação** = apto para produzir o efeito desejado

**Necessidade** = insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz

**Proporcional em sentido restrito** = se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio oposto

## **Prerrogativas da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses dos indivíduos**

- Quadruplicação do prazo para responder;**
- Duplicação dos prazos recursuais;**
- Representação legal sem a necessidade de procuração;**
- Não produção dos efeitos de revelia;**
- Duplo grau obrigatório de jurisdição;**
- Impenhorabilidade de bens;**
- Sistema de execução mediante precatórios**

Não pode haver uma prevalência absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais porque:

- 1. A preservação dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público;**
- 2. Isonomia prevista na constituição**

Para que um privilégio instituído a favor da Administração Pública seja constitucionalmente legítimo é preciso que:

- 1. Compressão do princípio da isonomia = discriminação criada em favor dos particulares;**
- 2. Grau ou medida da compressão do princípio da isonomia = a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do estritamente necessário**
- 3. O grau ou medida do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada**

# Poder de Polícia

- 1. Principia com a previsão legislativa da restrição à liberdade individual;**
- 2. Passa pelo condicionamento do exercício da liberdade ao consentimento da Administração**
- 3. Sujeita os particulares à fiscalização dos agentes públicos**
- 4. Culmina com a aplicação de sanções administrativas**

# Poder de Polícia

**As normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais remetem à lei que poderá instituir restrições ao âmbito de proteção de tais direitos**

# Restrições

**1. Lei simples** = proteção aos lugares de culto e liturgia

**2. Reserva legal qualificada** = estabelece os fins e os meios para o legislador ; Ex. liberdade de exercício profissional

**3. Restrições imanentes ou implícitas**

# **Toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser justificada à luz do princípio da proporcionalidade**

Exemplos: 1. desapropriação e indenização para criação de vias públicas  
2. meio ambiente: conflito entre instalar chaminés ou importar equipamento mais caro anti poluente



# CONCLUSÃO

- Pretendeu-se demonstrar que a origem liberal e garantística do direito administrativo, forjado a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos individuais, não passa de um mito.

- O modelo administrativo francês, no qual a burocracia legisla para si e julga a si mesma, não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da ideia de separação dos poderes.

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

- Um princípio a priori, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve sempre ser contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico.

- A norma de supremacia (interesse público sobre o privado) pressupõe uma dissociação entre os interesses.
- A imbricação conceitual entre interesses públicos, coletivos e individuais não permite falar em uma regra de prevalência absoluta do público sobre o privado

- Ao Estado Legislador e Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores do sistema realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.

- Não se nega o conceito de interesse público, mas a existência de um princípio da supremacia do interesse público.



- Qualquer diferenciação deve ser instituída por lei além de sujeitar-se ao teste da proporcionalidade

Para que um privilégio seja constitucionalmente legítimo a Administração pública é preciso que:

1. **Compressão** do princípio da isonomia (discriminação criada em favor dos particulares)
2. grau ou medida da **compressão da isonomia** (extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares)
3. **Grau ou medida do sacrifício imposto** a isonomia deve ser compensada pela importância da utilidade gerada

A Constituição apenas admite explícita ou implicitamente a restrição a direitos como condição da subsistência de outros direitos e interesses, individuais ou coletivos.

Ao legislador e ao administrador incumbirá percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto **arquimediano** de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

Obrigado!!!