

PREFÁCIO

Somos todos passageiros desse navio fantasma do infinito, que é a Terra. Quando a lâmpada da existência se apaga, o passageiro abandona o navio para singrar outros mares. Aqueles que nada fizeram, a lápide do esquecimento baixa para sempre sobre a sua memória. Aqueles que abriram clareiras de amor na selva dantesca do primitivismo humano, à custa do sacrifício dos prazeres efêmeros e dos bens materiais, esses deixam atrás de si uma saudade aninhada em cada coração agradecido.

(Rosala Garzuze)

Invocando o notável Professor Rosala Garzuze, incomparável mestre que me fez valorizar o estudo da Filosofia, e perscrutando os recônditos da minha alma, dou início à desvanecedora missão de prefaciá-lo livro de Daniel Wunder Hachem, que ingressou na minha vida como estagiário na advocacia e na pesquisa acadêmica, foi monitor da minha disciplina de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, meu orientando no Mestrado (e agora no Doutorado) na mesma instituição, e é hoje advogado em meu escritório e coordenador executivo de pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.¹ Um jovem valoroso que, em curtíssimo espaço de tempo, conquistou o meu respeito e, sobretudo, o meu velho coração.

Tenho afirmado que a idade madura nos proporciona um momento em que o espírito, já liberto das irreflexões da juventude, atinge um patamar da vida em que o entusiasmo pode ser contido e a emoção pode ser expressada pela razão calma e segura.

¹ Instituição que fundei em homenagem a meu pai.

O Brasil, ao longo de sua existência, tem enfrentado sérias crises, algumas das quais institucionais. O comodismo, a omissão, a desídia pelas pessoas e coisas que nos cercam são nefastas constatações. Nossa Administração Pública, em todos os níveis, infelizmente, não escapa dessa detestável afirmação.

Sabemos que é extremamente mais fácil desintegrar, pela crítica impiedosa, antigas atitudes ou conceitos, do que projetar novos comportamentos ou padrões que possam contribuir para um mundo melhor. É mais cômodo apontar as mazelas do que diagnosticar a cura. E algumas dessas posturas têm se disseminado pelo Direito Administrativo brasileiro.

A imagem do autor da primorosa obra intitulada *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*, mestre e doutorando em Direito Administrativo, surge como um paradigma de novos tempos, inundando-os de valores, e serve de exemplo à nossa juventude, demonstrando o quanto vale a atuação desassombrada, a seriedade e o aprimoramento intelectual. Com efeito, Daniel Wunder Hachem é o filho que todo pai gostaria de ter. É o irmão dedicado, o amigo que, em vez de oferecer o ombro para as lágrimas, sequer nos deixa chorar.

Tenho também repetido que, na juventude, tudo é brilho, fervor, explosão natural da alma inocente, amor inconsiderado e espontâneo. Mas na idade adulta, os sentimentos são construídos na reflexão e na certeza, de carinho bem sentido e de afeto bem precisado, de gratidão íntima e de amor consciente. Na idade adulta, se de um lado os impulsos perdem em ardor e em veemência, de outro agigantam-se e aprofundam-se, ganhando as paragens do sentimento e da inteligência, libertando-nos das falsas ilusões e emancipando-nos dos preconceitos, possibilitando-nos avaliar a felicidade experimentada em raros momentos de contentamento e de glória, notadamente aqueles que nos asseguram a certeza do dever cumprido.

Sob o impulso de tais sentimentos sou forçado a reconhecer, sem petulância ou presunção demasiada, que a verdadeira obsessão que nutro pelo Direito Administrativo, em grande parte inspirada pelos notáveis Professores Manoel de Oliveira Franco Sobrinho e Celso Antônio Bandeira de Mello, fez crescer uma árvore dadivosa, fértil na produção de excepcionais frutos. Sem esconder o orgulho, escuto, em paragens nacionais e da América Latina, alusões à escola administrativista do Paraná. Antes do Daniel, dezenas de outros jovens excepcionais notabilizaram-se pelo compromisso com a pesquisa e o estudo aprofundado dessa disciplina. Como seus próceres, Daniel destaca-se

pela oratória escurreita, impondo reconhecer que em todos os seus escritos exsurge invejável cultura, sustentada na filosofia e na história, deixando aflorar um estilo primoroso a que se impôs adicionar precioso vocabulário.

A obra ora prefaciada — fruto da dissertação de mestrado defendida pelo autor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e aprovada por unanimidade com grau máximo (10,0) pela banca examinadora presidida por mim, na qualidade de orientador, e composta pelo Professor Catedrático de Direito Administrativo da Universidad de La Coruña (Espanha), Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, e pelo Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR, Dr. Clèmerson Merlin Clève — por si só evidenciam as virtudes de seu autor.

Escrevi em outra sede que a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais. As elevadas e numerosas tarefas administrativas não resultariam exitosas sem a imposição de princípios de atuação capazes de oferecer garantias exigíveis de um Estado justo e igualitário. Bem por isso que, antes da Constituição Federal de 1988, percorreu-se longo caminho para a sedimentação da compreensão finalista de Administração Pública, como aparato constituído pelo Estado para satisfação do bem comum.

Com efeito, o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida por intermédio da Administração Pública, é o bem comum — noção que, ao ingressar nas malhas do Direito, traduz-se pelo conceito de *interesse público*. Este, entendido a partir do referencial da Teoria do Estado, não representa a soma de todos os bens individuais, mesmo porque os bens individualmente considerados podem conflitar com aquele. Pelo contrário, aqui está o limite negativo: a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares. O administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa. A Constituição, no art. 3º, IV, referiu-se expressamente ao bem comum, o qual constitui objetivo fundamental de toda sua atividade.

Justamente por visar à consecução do interesse público, sempre tendo suas atividades contornadas pela legalidade, é que a Administração Pública submete-se a um regime jurídico próprio. Atualmente, o regime jurídico-administrativo já se apresenta como um tema clássico dentro do Direito Administrativo. Tal noção ganhou força, no Brasil, na medida em que Celso Antônio Bandeira de Mello, pioneiramente,

procurou estabelecer em sua obra uma sistematização dos princípios que a regem.²

Assim, em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que o regime jurídico-administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o Direito Administrativo. A ele é conferido, assim, o tratamento de sistema, referindo-se que por meio de tal ideia alcança-se a unidade e a coerência desse ramo do Direito, estabelecendo-se a sua racionalidade interna.

A doutrina francesa, já na metade do século passado, buscava o eixo central do Direito Administrativo em um binômio: *prerrogativas e sujeições* que condicionam o Poder Público no exercício de suas funções.³ A partir daí, o regime jurídico-administrativo indica o conjunto de *prerrogativas* e *sujeições* próprio da Administração Pública.

As prerrogativas garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que estas relações não mantenham um nivelamento horizontal. Justifica-se a posição privilegiada pela finalidade da atividade administrativa, a busca do bem comum — juridicamente retratado pelo conceito de *interesse público*.

Com efeito, essas prerrogativas administrativas conferidas ao Poder Público por força da autoridade e do princípio constitucional da supremacia do interesse público, com vistas à consecução do bem comum, não têm equivalente nas relações privadas. Existem para possibilitar um melhor controle do equilíbrio social, tornando viável o convívio entre os cidadãos.

Essas prerrogativas consubstanciam-se, *v.g.*, na autoexecutoriedade, autotutela, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, poder de ocupar temporariamente o imóvel alheio, de instituir servidão, aplicar sanções administrativas, alterar e até mesmo rescindir contratos administrativos unilateralmente, impor medidas de polícia, gozar de imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos, entre outras.

Traduzem-se, então, como poderes especiais que possibilitam a sua atuação, impondo limites aos interesses particulares. Note-se que a expressão “poder”, estigmatizada durante o período ditatorial brasileiro, encontra-se, portanto, muito melhor entendida como

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990. Capítulos I e II.

³ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif? *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris: LGDJ, p. 279-296, avr./juin, 1953.

prerrogativa. Caso o administrador público utilize seu poder ou sua prerrogativa além dos limites que a lei lhe confere ou pratique desvio da finalidade pública, ter-se-á o abuso de poder por excesso ou o abuso de poder por desvio de finalidade, respectivamente. Em nosso país, a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal nos casos de abuso de autoridade.

Contudo, o poder não se autorrealiza: configura instrumento de trabalho adequado à realização das tarefas administrativas mediante atendimento às aspirações coletivas. Não houvesse destinatário — o povo — inexistiria razão para a existência do poder. Logo, se a existência do poder pressupõe relação de hierarquia entre poder e povo, esta somente se justifica quando o poder se direciona em função do próprio povo.

Para facilitar a compreensão desse instrumento que a doutrina convencionou denominar poder, revela-se curial enfocá-lo segundo a área de atuação que requeira o seu manejo.

Da obra prefaciada colhe-se, com precisão, que o exame da perene tensão entre essas duas faces antagônicas — poder/autoridade/prerrogativas *versus* liberdade/garantias/sujeições — conduziu distintas correntes da doutrina, no decorrer do surgimento e da evolução do Direito Administrativo, a erigir de forma exclusiva o primeiro ou o segundo como noção-chave de fundamentação desse ramo jurídico. Diz o autor, com perspicácia, que “esse movimento pendular, que conferia ao Direito Administrativo um perfil ora mais autoritário, ora mais democrático, foi superado quando se percebeu a impossibilidade de adoção de um critério único para fundamentá-lo”.

Conclui, então, de modo acertado, que a peculiaridade do regime jurídico-administrativo não reside somente nas *prerrogativas* de autoridade que o ordenamento jurídico confere à Administração, mas reside também nas *sujeições* especiais que ele lhe endereça. Na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, especialmente mediante formulação de Celso Antônio Bandeira de Mello, convencionou-se explicar essa dicotomia com fulcro no *interesse público*, categoria jurídica que dá origem às duas faces desse regime. Isso porque, é exatamente esse interesse que justifica a atribuição de poderes especiais à Administração Pública, que consistem em ferramentas jurídicas desenvolvidas para lhe possibilitar a adequada proteção dos interesses da coletividade. Em contrapartida, o interesse público é também a fonte que rende ensejo à previsão normativa de sujeições especiais impostas ao Poder Público, como meio de afivelá-lo ao dever de atingir a satisfação das necessidades da sociedade e evitar a ocorrência de desvios.

Como bem é demonstrado no decorrer da obra, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao elaborar tal inteligência nos fins da década de 1960, sustentou que o conjunto normativo que rege a disciplina jurídica em apreço pode ser explicado com lastro em dois princípios: *supremacia do interesse público sobre o privado* e *indisponibilidade dos interesses públicos*. O primeiro deles consistiria no supedâneo jurídico que legitimaria a criação jurídica de benefícios e prerrogativas ao Estado, com o escopo de lhe permitir a busca dos interesses da sociedade. Mas, como bem ressalta o Professor Celso Antônio, ele não pode ser compreendido isoladamente: deve ser lido de forma concomitante com a sua contraface — o princípio da *indisponibilidade do interesse público*, do qual emanam as restrições especiais que o sistema normativo faz recair sobre o Poder Público, justamente com o escopo de impedir o desvio no exercício das prerrogativas.

Em razão da vasta acolhida desse raciocínio pela doutrina do Direito Público, a aplicação prática do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* passou a se tornar cada vez mais frequente no seio da Administração Pública, experimentando, no entanto, distorções em sua efetivação, talvez pela inconsistência objetiva da noção de interesse público. A bem de ver, como assevera o autor, “a ocorrência de interpretações deturpadas do princípio da supremacia do interesse público, inclinadas a legitimar práticas arbitrárias, não decorreu da sua formulação inicial. Esta, se bem compreendida, não permite que o manejo da norma se preste a tais propósitos. O fenômeno derivou da sua aplicação descompromissada com os fundamentos jurídicos e teóricos que lhe renderam ensejo, bem como da escassez bibliográfica nacional a seu respeito. (...) Salvo algumas poucas exceções, as explicações sobre o significado do princípio da supremacia do interesse público, até o final dos anos noventa, resumiam-se a brevíssimas notas em cursos e manuais, sem um maior aprofundamento teórico”.

Lembra-se na obra de que, por conta da ocorrência de equívocos no manejo do princípio em referência, alguns autores passaram a refutar a sua existência normativa na ordem constitucional brasileira, sob o argumento de que o seu emprego implicaria afronta aos postulados do Estado Democrático de Direito, à dignidade da pessoa humana e aos dos direitos fundamentais do cidadão. O entendimento foi acolhido por parcela da doutrina, que voltou-se ao intento de desconstruir o *princípio da supremacia do interesse público*.

O autor, comungando da necessidade e importância da permanência do instituto no quadro jurídico nacional, tratando com respeito

acadêmico as opiniões contrárias, propôs-se a debater a questão, com o intuito de reafirmá-lo doutrinariamente. Para tanto, dedica-se na primeira parte do livro à fundamentação política e normativo-constitucional do princípio, momento em que identifica duas imprecisões teóricas nas quais comumente incorrem alguns autores ao interpretarem o instituto, e que, conforme demonstra ao longo do trabalho, são as causas que conduzem ao seu uso equivocado e à suposição de que a supremacia do interesse público não pode ser considerada como um princípio jurídico.

A primeira delas consiste no fato de que a doutrina brasileira não adota um critério único para distinguir os princípios das regras, como espécies do gênero *norma jurídica*. Investigando a fundo o tema, o autor esclarece que alguns juristas compreendem os princípios como as disposições mais fundamentais de um sistema, acolhendo o critério do *grau de fundamentalidade* para identificar quais normas são princípios. Outros, diferentemente, consideram-nos como normas que estabelecem ordens *prima facie*, sujeitas a ponderação, e que não se aplicam pela lógica do “tudo ou nada” — adotando, assim, o critério da *estrutura lógico-normativa* para classificar as espécies de normas. Dessa dualidade teórica resulta uma séria confusão, pois, quando se parte de critérios diferenciados, uma norma reputada como *princípio* para alguns autores poderá não ser compreendida da mesma forma por outros.

A segunda imprecisão denunciada pelo autor diz respeito à extensão do conceito de interesse público. Trazendo-me sincera comoção, o autor relembra o pranteado amigo argentino Guillermo Andrés Muñoz, quando, em poética passagem, afirmou que o interesse público é como o amor: ele pode ser sentido e é certo que ele existe, porém, é insuscetível de ser apreendido pelas apertadas correntes de uma definição. Alerta-se na obra que embora a doutrina se reporte simplesmente ao termo *interesse público*, de uma maneira geral, nem sempre se está referindo à mesma categoria jurídica. Algumas vezes se alude a *interesse público* com o propósito de se referir a todos os interesses juridicamente protegidos, salvaguardados pelo sistema normativo. Um ato praticado com desvio de finalidade, por exemplo, será contrário ao interesse público, por desarmonizar com os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. Essa faceta do interesse público, que o autor denomina de *interesse público em sentido amplo*, engloba tanto os interesses de indivíduos e de grupos específicos quanto interesses titularizados pela coletividade como um todo, desde que protegidos pelo Direito Positivo. Todavia, em outras situações a doutrina utiliza a locução *interesse público* para

se referir ao interesse da sociedade como um todo, incapaz de ser individualizado, e que pode vir a colidir com interesses específicos de indivíduos ou de determinados grupos. É o caso do interesse público invocado para justificar uma desapropriação ou a alteração unilateral de um contrato administrativo. Na proposta apresentada na obra, este seria o *interesse público em sentido estrito*, presente nas hipóteses em que a norma jurídica confere à Administração competência para exercitar prerrogativas especiais, que conduzam à prevalência do interesse de toda a coletividade sobre interesses específicos de um ou mais indivíduos.

Indicando requisitos específicos que necessariamente devem ser observados para a aplicação dessa segunda faceta do interesse público — (i) existência de previsão normativa específica; (ii) motivação do ato; (iii) respeito aos desdobramentos do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos; (iv) compensação jurídica nos casos de prejuízos anormais e especiais —, o trabalho traz à doutrina publicista notável contribuição, demonstrando que o *princípio constitucional da supremacia do interesse público*, em hipótese alguma, legitima ou autoriza a Administração a atuar de forma contrária ao ordenamento jurídico, sobretudo aos mandamentos constitucionais. Com base nesse raciocínio, o autor responde, na segunda parte da obra, às nove críticas que parcela da doutrina endereça ao princípio em questão, atestando de maneira inobjetable a improcedência de cada uma delas.

A alusão pela obra a essas questões parece efetivamente demonstrar — como sustenta seu autor — que embora a controvérsia gerada pela parcela da doutrina brasileira que rejeita a existência de um princípio constitucional da supremacia do interesse público tenha contribuído para uma necessária discussão acerca dos fundamentos e dos modos de aplicação da norma em referência, força reconhecer o seu assento normativo do Direito brasileiro, como fundamento jurídico capaz de timbrar de legitimidade constitucional as prerrogativas de autoridade pública previstas pelo sistema normativo.

Li, em algum lugar, que ser Professor é ter o homem como esperança, o mundo como realidade, a inteligência como riqueza, a humildade como lição, o trabalho como luta — é ter imaginação, é ter esperança, é, enfim, prestar merecido tributo à verdade. Rosala Garzuze — o autor da frase que emoldura o presente prefácio — haveria de concordar comigo que esses atributos sobram no Professor Daniel Wunder Hachem, o qual, certamente, desde o início precoce de sua carreira docente, vem abrindo “*clareiras de amor na selva dantesca do primitivismo*

humano, à custa do sacrifício dos prazeres efêmeros e dos bens materiais”, deixando “atrás de si uma saudade aninhada em cada coração agradecido”.

Sua obra é um tributo à inteligência, uma demonstração do quanto pode a juventude intelectual de nosso país.

Romeu Felipe Bacellar Filho

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Visitante do Instituto Nacional de Administração Pública da Espanha, da Universidade Notarial de Buenos Aires, da Universidade de Belgrano e da Universidade Católica de Salta, na Argentina. Presidente da Associação de Direito Público do Mercosul e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Ex-Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Associação Argentina de Direito Administrativo, da Associação Peruana de Direito Administrativo, do Instituto Chileno de Direito Administrativo e do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Membro da Académie Internationale de Droit Comparé. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diretor-Geral da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Advogado em Curitiba.