

### **Referência bibliográfica:**

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 44	p. 1-242	abr./jun. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

## A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
ROMEU FELIPE  
BACELLAR

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisão: Lourdes Nascimento  
Luiz Fernando de Andrada Pacheco  
Patrícia Falcão  
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta  
Diagramação: Virgínia Loureiro  
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342            CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

# A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo

Daniel Wunder Hachem

Mestrando em Direito do Estado na UFPR. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UniBrasil. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Secretário Editorial Executivo da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Advogado militante.

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo analisar a dupla noção jurídica de “interesse público” no Direito Administrativo. Demonstrando que a doutrina juspublicista utiliza esse conceito em situações diferenciadas, empregando o mesmo termo para explicar fenômenos jurídicos diversos, propõe-se distinguir duas categorias de interesse público sob a ótica do Direito Administrativo — *interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito* — apontando as significativas consequências jurídicas dessa diferenciação.

**Palavras-chave:** Interesse público. Interesse geral. Direito administrativo.

**Sumário:** 1 Introdução: a relevância jurídica do conceito de interesse público – 2 As distintas noções jurídicas de interesse público em Direito Administrativo – 3 Interesse público em sentido amplo – 3.1 Interesse público e juridicidade administrativa – 3.2 Processo de definição do interesse público em sentido amplo – 3.3 Condição negativa de validade dos atos administrativos: princípio da finalidade e desvio de poder – 3.4 Espécies de interesses englobados: interesse geral e interesses específicos – 4 Interesse público em sentido estrito – 4.1 Condição positiva de validade dos atos administrativos – 4.2 Interesse público como conceito legal – 4.3 Interesse público e discricionariedade administrativa – 4.4 Dever de motivação expressa – 4.5 Conteúdo do interesse público em sentido estrito: núcleo e halo – 4.6 Espécie de interesse englobado: o interesse geral – 5 Conclusões – Referências

## 1 Introdução: a relevância jurídica do conceito de interesse público

A expressão *interesse público*, muito embora seja vastamente utilizada pela Administração Pública, pela jurisprudência e pela doutrina juspublicista, nem sempre é empregada com o mesmo sentido. O significado dessa categoria, notadamente quando aplicada no campo do Direito, não é unívoco. Cuida-se, como é claramente perceptível, de uma expressão fluida, vaga, imprecisa.<sup>1</sup> Por esse motivo, torna-se fundamental especificar as distintas acepções que, sob o ponto de vista jurídico, essa categoria pode comportar quando a ela se faz alusão em matéria de Direito

<sup>1</sup> SIMON, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 48.

Administrativo. Antes de dar início ao deslinde dessa questão, algumas considerações merecem ser desfiadas.

O conceito em epígrafe se encontra umbilicalmente ligado ao Direito Administrativo,<sup>2</sup> a ponto de autores como François Saint-Bonnet afirmarem que “seria possível escrever uma história do interesse público [*intérêt général*] que seria o fio condutor de uma história do direito administrativo”.<sup>3</sup> Retrata, pois, uma categoria que sintetiza o conjunto total das instituições desse ramo jurídico, sendo considerada como um conceito nodal do Direito Público em geral, e do Direito Administrativo em particular.<sup>4</sup>

Uma ilustração dessa assertiva é o vasto número de expressões metafóricas manejadas para explicar a relação entre a noção de interesse público e essa disciplina jurídica, tais como “noção-mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”, consoante arrola Guylain Clamour.<sup>5</sup> No entanto, como menciona o autor, nada obstante a expansão desse conceito às terras do Direito Constitucional, do Direito Comunitário e do Direito Privado, ele tem sido atacado em razão de sua abstração e questionado quanto à sua adequação à realidade contemporânea.<sup>6</sup> Não há dúvidas de que *interesse público* é um conceito rebelde a definições. Mas isso não quer dizer que ele não tenha operatividade jurídica.<sup>7</sup>

Para resolver as dificuldades proporcionadas por sua abstração, tal como o seu eventual emprego de maneira arbitrária pela Administração, a saída não está em negar-lhe normatividade. Refutar a natureza jurídica do conceito de interesse público implica, isso sim, fragilizar o cidadão perante o Poder Público. Não se pode fechar os olhos à existência dessa categoria jurídica, eis que, como se verificará, ela se encontra prevista em diversos dispositivos constitucionais e legais, não só no ordenamento

<sup>2</sup> LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975. p. 9.

<sup>3</sup> SAINT-BONNET, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 10.

<sup>4</sup> BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: UNIVERSITA DI VENEZIA. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. Modena: Mucchi, 1996. v. 1, p. 243.

<sup>5</sup> CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*. Paris: Dalloz, 2006. p. 16.

<sup>6</sup> CLAMOUR, *ibidem*, p. 18-19.

<sup>7</sup> ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23, 30.

jurídico brasileiro como em tantos outros.<sup>8</sup> Isso significa que, invariavelmente, ela será utilizada pelo Estado. Se o interesse público é reputado como algo alheio ao Direito, não se admite o controle judicial da atividade administrativa que o tiver como fundamento, retornando-se ao modelo já ultrapassado da intangibilidade absoluta do mérito do ato administrativo.<sup>9</sup> Se, pelo contrário, reconhece-se que ele traduz um conceito jurídico, estar-se-á com isso autorizando que o Poder Judiciário possa rever as decisões fundadas no interesse público, já que, em tais casos, estará analisando a conformidade do ato com uma determinada categoria jurídica.<sup>10</sup>

Certo é que não se deve ignorar a função ideológica de legitimação do poder exercida pela locução *interesse público*.<sup>11</sup> Segundo Jacques Chevallier, a ideologia situada por trás dessa noção constitui a matriz do discurso de legitimação das formas sociais instituídas na modernidade.<sup>12</sup> Muito embora se deva reconhecer esse papel legitimador que cumpre o interesse público, o conceito continua inserido nas diversas Constituições contemporâneas,<sup>13</sup> sendo “ingênuo pretender prescindir” dele. É o que aduz Alejandro Nieto, para quem “Ninguém pode certamente desconhecer sua natureza e funções inequivocamente ideológicas; mas tampouco é lícito desconhecer sua presença normativa e operatividade jurídica”.<sup>14</sup>

Essa ideologia, contemporaneamente, juridicizou-se, de modo que a referência ao interesse público por parte da Administração não se trata mais de uma invocação genérica, mas sim da aplicação de uma norma

<sup>8</sup> São as hipóteses em que o sistema normativo utiliza o interesse público como um “conceito legal”, previsto expressamente na letra da lei. O dispositivo que autoriza a rescisão unilateral de um contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII, da Lei Federal nº 8.666/93) é um exemplo disso.

<sup>9</sup> Uma análise sobre a transformação da concepção de “mérito do ato administrativo” no Estado contemporâneo pode ser vista em: BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 278-302.

<sup>10</sup> NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española*: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría. Madrid: Civitas, 1991. v. 3, p. 2251.

<sup>11</sup> RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Économica, 1986. p. 21 et seq.; D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Buenos Aires, n. 59, p. 67-111, ene./mar. 2007. p. 67-68.

<sup>12</sup> CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. In: CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE. *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*. Paris: PUF, 1978. v. 1, p. 41.

<sup>13</sup> Cite-se, ilustrativamente, as Constituições de Portugal de 1976 (“Art. 266º. (...) 1. A Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”) e da Espanha de 1978 (“Art. 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”).

<sup>14</sup> NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2211.

jurídica que define esse interesse geral, atribuindo competências, precisando o seu alcance e limitando-as. Com isso, permite-se o seu controle *a posteriori* por parte dos tribunais.<sup>15</sup> Ter consciência da função ideológica desempenhada pela noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista: basta instrumentalizá-la em benefício da própria ideologia democrática. Para Alejandro Nieto, “se os operadores jurídicos se empenham nisso, podem dar a esse conceito um conteúdo e uma funcionalidade inequivocamente democráticos como limitação do poder e inclusive apesar dele”.<sup>16</sup>

Tecidas essas advertências, faz-se mister entender quais os sentidos que são atribuídos ao termo *interesse público* quando a ele se recorre em matéria de Direito Administrativo. Se ele consiste em um conceito jurídico, é preciso destrinchar a sua essência, como condição necessária para operá-lo. O interesse público constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal: se de um lado ele permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe competências mais alargadas (para a consecução do interesse da coletividade), de outro ele consubstancia um limite a esse poder, uma vez que lhes impede de agir para além da medida exigida pelo interesse público.<sup>17</sup>

Em virtude dessa dupla função exercida pelo conceito em discussão no regime jurídico-administrativo (legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições), é possível reconhecer duas concepções jurídicas de interesse público: um *sentido amplo* e um *sentido estrito*. O conhecimento detalhado de cada uma delas mostra-se crucial para o seu manejo.

## 2 As distintas noções jurídicas de interesse público em Direito Administrativo

O conceito mais propagado de interesse público na doutrina administrativista brasileira é aquele fornecido por Celso Antônio Bandeira de Mello (com lastro no escólio de Renato Alessi). O critério que embasa tal formulação tem natureza estrutural, isto é, o interesse público é explicado a partir da sua estrutura, não do seu conteúdo.

Segundo Bandeira de Mello, o interesse público não é algo autônomo, distinto e apartado dos interesses dos indivíduos. Ele é uma função

<sup>15</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>16</sup> *Idem*, p. 2213.

<sup>17</sup> MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 8.

qualificada desses interesses, vale dizer, uma das possíveis formas de sua manifestação. Explica o autor que os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma *particular*, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente considerado (*v.g.*, interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma *pública*, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (*v.g.*, interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário).<sup>18</sup> A primeira delas traduz o interesse privado; a segunda, o público. Portanto, o interesse público não é algo autônomo, que existe por si mesmo: ele é dependente dos interesses dos indivíduos, pelo fato de ser formado justamente por uma de suas dimensões (a *pública*). Ele “surge como algo em que cada componente da sociedade (...) reconhece e identifica seu próprio querer e sua própria valoração positiva”.<sup>19</sup>

Partindo dessa relação íntima que o interesse público guarda com os interesses dos indivíduos, o jurista formula o seu conceito nos termos seguintes: “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos  *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.<sup>20</sup> A elaboração do autor é acertada, e sua relevância está no realce que confere a dois importantes aspectos: (i) o interesse público não é algo antagônico aos interesses dos indivíduos, e isso não porque ele seja idêntico a eles, mas por ser formado por um de seus aspectos (dimensão *pública*, acima explicada); (ii) o interesse público não se confunde com o interesse do aparato estatal, do Estado enquanto pessoa jurídica, pois esse possui, igualmente, uma dimensão *pública* e uma dimensão *particular*.

Esse último aspecto é aclarado com a referência à distinção divulgada pela doutrina italiana entre *interesse coletivo primário* e *interesses secundários*. A explicação pode ser encontrada na obra de Renato Alessi que, baseado na doutrina de Carnelutti e Picardi, estabelece essa diferenciação. Ao versar sobre o exercício da função administrativa sob a óptica da posição jurídica da Administração Pública, o autor ressalta duas peculiaridades. A primeira delas reside no fato de que à Administração compete, normalmente, o poder de fazer prevalecer coativamente a sua vontade

<sup>18</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 60-61.

<sup>19</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 239.

<sup>20</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 61.

sobre a do sujeito privado. Para tanto, e por incumbir-lhe a tutela do interesse público, poderá a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual que lhe for contrário, mas só — e somente só — “quando se trate de interesse cuja prevalência já esteja em abstrato previamente disposta em um ato legislativo primário, cuja aplicação concreta pressuponha um futuro ato administrativo concreto”.<sup>21</sup> Assim, a supremacia do interesse da coletividade sobre o individual só terá lugar quando encontrar seu fundamento no Direito objetivo, mediante uma atribuição explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte da norma jurídica legislativa.<sup>22</sup>

Há, pois, um limite claro identificado pelo administrativista supracitado: a necessidade de o interesse público que se fará prevalecer estar previamente definido pelo Direito positivo. Diante da possibilidade de o Poder Público esquivar-se desse limite, utilizando-se da prerrogativa conferida pela lei para finalidade diversa daquilo que seria a satisfação do interesse público, exsurge a segunda peculiaridade do exercício da função administrativa: a distinção entre interesse coletivo primário (*interesse collettivo primario*) e interesses secundários (*interessi secondari*).<sup>23</sup> O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes. Somente esse interesse poderá ser considerado como interesse *público*.<sup>24</sup> Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado, quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos *interesses secundários*. Tanto o interesse singular de um indivíduo quanto o interesse da Administração Pública enquanto pessoa jurídica podem conflitar ou coincidir com o *interesse coletivo primário* (que é o verdadeiro *interesse público*). Tais *interesses secundários* só poderão ser perseguidos pelo Estado quando houver coincidência entre eles e o *interesse público*.

Convém salientar que nem Alessi, nem Celso Antônio ao reproduzir suas lições, aludem a “interesse *público primário*” ou a “interesse *público*

<sup>21</sup> ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 229. t. I. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa.

<sup>22</sup> ALESSI, p. 230.

<sup>23</sup> ALESSI, p. 232-233.

<sup>24</sup> Segundo Franco Bassi, o interesse primário “constituirá o parâmetro fundamental ao qual a Administração Pública estará obrigada a ancorar as suas escolhas operativas” (BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: UNIVERSITA DI VENEZIA. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. Modena: Mucchi, 1996. v. 1, p. 247).

*secundário*". O único interesse considerado como *público* é o "coletivo primário". A ressalva tem relevância pelo fato de tais locuções (*interesse público primário* e *interesse público secundário*) serem empregadas na doutrina lusitana com outro sentido. Rogério Ehrhardt Soares, no que é seguido por Diogo Freitas do Amaral,<sup>25</sup> qualifica como *interesse público primário* o interesse cuja definição e realização incumbe aos órgãos estatais que exercem as funções política e legislativa, classificando, por sua vez, como *interesse público secundário* aquele interesse delineado pelo legislador, mas cuja satisfação concreta compete à Administração Pública no exercício da função administrativa.<sup>26</sup> Note-se que ambas as espécies versam, efetivamente, sobre interesses *públicos*, havendo distinção tão somente em relação à autoridade competente para a sua realização *in concreto*.

Por isso, insta apontar o equívoco terminológico daqueles que empregam a expressão "interesse *público* secundário" para se referir àquilo que a doutrina italiana<sup>27</sup> chama de "interesses secundários".<sup>28</sup> Estes últimos consistem em todo e qualquer interesse — dos particulares ou da Administração Pública — que diga respeito a aspirações e necessidades eminentemente pessoais — seja de pessoas físicas ou jurídicas. Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim ele será *interesse público*, porque convergente com o *interesse primário*. Assiste razão a Marçal Justen Filho, quando expõe que "nenhum *interesse público* se configura como *conveniência egoística da Administração Pública*. O chamado *interesse secundário* (ALESSI) ou *interesse*

<sup>25</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2, p. 36.

<sup>26</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955. p. 99 *et seq.*

<sup>27</sup> Além de Alessi, Carnelutti e Picardi, a distinção é feita na doutrina italiana por Sabino Cassese e Franco Bassi. Cf.: CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994. p. 344; BASSI. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico..., *op. cit.*, p. 243.

<sup>28</sup> Incurrem nesse equívoco, entre outros: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. xiii; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24; BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano, 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006. p. 34; FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 45-65, jan./mar. 2005. p. 46 *et seq.*

da *Administração Pública* não é público”.<sup>29</sup> No mesmo sentido alertam Héctor Jorge Escola e Agustín Gordillo.<sup>30</sup>

O erro, portanto, está em chamar de “interesse *público* secundário” uma categoria de interesses que pode ser reconduzida tanto à Administração Pública quanto a um particular. Por exemplo, o interesse pessoal de um comerciante em explorar atividade econômica de venda de explosivos sem adotar todas as medidas de segurança legalmente exigidas para reduzir os custos é um *interesse secundário*, mas pertence a um particular. Ele terá a mesma natureza que o interesse de um Estado da Federação de elevar ao máximo a carga tributária para arrecadar recursos, acima das capacidades dos contribuintes: será *secundário*, mas titularizado pelo Poder Público. Aí está a importância de não se utilizar o termo “público” ao se falar em “interesses secundários”: demonstrar que tais interesses do aparato administrativo são tão secundários quanto qualquer outro interesse eminentemente pessoal de um sujeito privado.

De todo modo, para a concepção delineada por Celso Antônio Bandeira de Mello, com apoio em Renato Alessi, o interesse público não é algo abstrato, etéreo, inatingível. O seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio Direito positivo.<sup>31</sup> De tal sorte, a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico,<sup>32</sup> particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição.<sup>33</sup> A qualificação de determinado interesse como público é promovida inicialmente pela Constituição e, com base nela, pelo legislador e pela Administração Pública (por essa última apenas nas hipóteses e nos limites da discricionariedade que lhe for assinalada pela lei).<sup>34</sup>

De acordo com essa compreensão, é possível identificar uma *estrutura* do conceito de interesse público, uma noção categórica geral do que

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 118.

<sup>30</sup> ESCOLA, *op. cit.*, p. 241; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. I, p. VI-31. Parte General.

<sup>31</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 68.

<sup>32</sup> Por esse motivo, “é descabido que qualquer um, em nome de um pretensão interesse público, pratique atos que não encontrem fundamento nas normas jurídicas” (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênese – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 10, p. 676-687, jul./set. 1996. p. 677).

<sup>33</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo: instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*. Barcelona: Ariel, 2003. p. 770.

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

se deve entender como tal, aplicável a qualquer sistema jurídico-político, despida de todo elemento contingente e variável, mas carente de um conteúdo objetivo. Num segundo momento, essa *estrutura* deve ser mergulhada na ordem jurídica sob exame, dotando-a de um *conteúdo* concreto a partir do sistema valorativo plasmado no ordenamento normativo analisado.<sup>35</sup>

Essa concepção, embora seja correta e adequada sob os pontos de vista lógico e sociológico, não explica as distintas formas com que o conceito de interesse público é utilizado no Direito Administrativo. Sob o prisma jurídico, ela não esclarece a diferença, *v.g.*, entre a anulação de um ato administrativo que tenha sido praticado para atender a uma finalidade diversa do *interesse público* previsto pelo ordenamento jurídico, e a legitimidade jurídica do ato de revogação de uma licitação em virtude da existência, no caso concreto, de motivos de *interesse público* aptos a justificar a prática do ato. São dois modos diversos de manifestação jurídica dessa categoria.

Verifica-se, pois, que o interesse público é usado de acordo com duas noções diferentes pelo Direito Administrativo. Uma delas diz respeito a um *interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. A outra liga-se às situações em que se exige um *interesse público em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado. Assim, pode-se dizer que num sentido negativo o interesse público impõe um limite legal à atuação administrativa: o desrespeito ao interesse público invalida o ato através da técnica do desvio de poder. Num sentido positivo, ele é uma condição para o exercício de determinada prerrogativa: apenas quando presente um interesse público qualificado, poderá agir a Administração.<sup>36</sup>

Em ambas as noções, o interesse público desempenha uma de suas funções mais importantes para o Direito Administrativo: limitar juridicamente o exercício de competências administrativas. Ele se impõe como uma condição de validade dos atos administrativos, ora negativa (vedando condutas contrárias ao interesse público, genericamente tutelado pelo

<sup>35</sup> ESCOLA, *op. cit.*, p. 236.

<sup>36</sup> TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 87 et seq; NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2219.

sistema normativo), ora positiva (autorizando condutas apenas quando estiver presente um interesse público especial, exigido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico). Como pressuposto de validade na vertente negativa, o exemplo clássico é o do desvio de poder. Esse ocorrerá sempre que a autoridade administrativa expedir um ato de sua competência tendo um objetivo diverso daquele previsto na lei que lhe conferiu a competência para agir. O ato será anulado em tal hipótese, uma vez que perseguiu um interesse pessoal do agente ou de um terceiro, e não o interesse público.<sup>37</sup> Em outras oportunidades, o interesse público figurará como condição positiva de validade de um ato administrativo, constituindo o fundamento da ação administrativa. A desapropriação é um ótimo exemplo: a prerrogativa de expropriar só poderá ser utilizada quando um interesse público especial (utilidade pública, interesse social) estiver presente, autorizando o seu exercício.<sup>38</sup>

Essas duas noções distintas de interesse público são rotuladas por Carlos Ari Sundfeld de *interesse público em sentido mínimo* e *interesse público em sentido forte*. Toda vez que o ordenamento jurídico outorga ao Estado o dever de cuidar de um determinado valor, ele o está qualificando como interesse público, legitimando a atuação estatal. Esse é o *interesse público em sentido mínimo*. Há, no entanto, outro sentido possível para o *interesse público*: nas hipóteses em que o Direito positivo consagra a prevalência de um interesse específico sobre outros valores que com ele se choquem, legitimando a atuação estatal, trata-se do *interesse público em sentido forte*, que estabelece uma relação de prevalência de um valor sobre outro.<sup>39</sup>

O que se propõe neste trabalho é uma classificação semelhante, pautada exatamente nessa dupla noção jurídica de interesse público, mas com expressões que parecem ser mais adequadas para expressar as peculiaridades desse fenômeno: *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*. Em breves linhas, que serão desenvolvidas nos tópicos subsequentes, a proposta consiste em uma compreensão bipartida do conceito de interesse público, nos seguintes termos:

- (a) *interesse público em sentido amplo*: trata-se do interesse público genericamente considerado, que compreende todos os interesses

<sup>37</sup> CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 1. p. 149.

<sup>38</sup> *ibidem*, p. 150.

<sup>39</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004. p. 31.

juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*) quanto interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*), quando albergados pelo Direito positivo. Consiste num *pressuposto negativo de validade* da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fito de atender a uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê;

- (b) *interesse público em sentido estrito*: cuida-se do interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), a ser identificado no caso concreto pela Administração Pública, em razão de uma competência que lhe tenha sido outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Pode se manifestar na forma de um conceito legal ou de uma competência discricionária. Consiste num *pressuposto positivo de validade* da atuação administrativa, eis que o ordenamento jurídico só autorizará a prática do ato quando presente esse interesse público em sentido estrito, hipótese em que estará autorizada a sua prevalência sobre interesses individuais e coletivos (*interesses específicos*) também protegidos pelo sistema normativo.

Cumprido, então, esclarecer com maior detença o significado e os desdobramentos de cada uma dessas noções.

### 3 Interesse público em sentido amplo

O primeiro sentido que se pode atribuir ao termo *interesse público* tem uma conotação ampla: será público todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, cuja satisfação deva ser assegurada pelo Estado, direta ou indiretamente, e que constitui uma barreira negativa para a sua atuação, impedindo-o de agir de maneira a contrariá-lo. Essa vedação de atuação contrária não se dirige somente ao Poder Público, mas também aos particulares. Por isso é que o interesse público é considerado, nessa óptica, como a finalidade do Estado:<sup>40</sup> deverá ser por ele garantido *diretamente*, através do cumprimento das normas jurídicas a ele endereçadas, e

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección "Cuestiones de la acción pública en Extremadura" de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, Cáceres, n. 6, p. 557-565, set./dic. 2009. p. 558.

*indirectamente*, constringendo os sujeitos privados a cumprirem as determinações de todos os dispositivos do sistema normativo.

Sob esse ponto de vista, um determinado interesse passa a ser reconhecido como público a partir do momento em que o legislador (constituente ou ordinário) reconhece a conveniência ou a necessidade de recepcioná-lo como tal, outorga-lhe proteção jurídica, e determina se ele será realizado pelos particulares ou pela Administração.<sup>41</sup> Por exemplo: a proibição da poligamia retrata interesse público cujo cumprimento incumbe aos particulares;<sup>42</sup> o dever de instaurar processo de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público traduz interesse público a ser obedecido pela Administração.<sup>43</sup>

Nessa perspectiva ampla, o interesse público se revela como uma ideia aplicável a todos os ramos jurídicos, não sendo peculiar ao Direito Administrativo. Será de interesse público o respeito à boa-fé objetiva nos contratos firmados entre particulares, porque assim exige o art. 422 do Código Civil.<sup>44</sup> Diga-se o mesmo em relação à concessão de férias anuais remuneradas ao trabalhador da iniciativa privada: o desrespeito a esse direito, assegurado pelo art. 7º, XVII da Constituição Federal,<sup>45</sup> importa violação ao interesse público, eis que esse interesse do trabalhador foi assim caracterizado quando recebeu a tutela do Direito positivo. Deverá, portanto, ser obedecido também pelos particulares, cumprindo-lhes recorrer ao Estado sempre que forem prejudicados em decorrência de sua inobservância por parte de outros sujeitos privados.

No que diz respeito à aplicação de tal aceção no Direito Administrativo, algumas peculiaridades, a seguir alinhavadas, merecem ser observadas.

### 3.1 Interesse público e juridicidade administrativa

No âmbito do Direito Administrativo, essa concepção ampla fornece um instrumento capaz de controlar a atividade da Administração Pública,

<sup>41</sup> MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983. p. 852-853.

<sup>42</sup> Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): "Art. 1.521. Não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas".

<sup>43</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Art. 37. (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

<sup>44</sup> Código Civil Brasileiro (Lei Federal nº 10.406/2002): "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

<sup>45</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: "Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal".

vinculando-a sempre ao interesse público inscrito no ordenamento jurídico. Aproxima-se, assim, da ideia de juridicidade administrativa,<sup>46</sup> como subordinação das atividades estatais não apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito como um todo. A preocupação em obrigar o Poder Público a praticar seus atos em conformidade com um interesse público em sentido amplo, genérico, encarado como o respeito ao sistema normativo, pode ser ilustrada pela inclusão expressa desse dever nas Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978.

O art. 266º, nº 1, da atual Constituição lusitana estabelece que “A Administração pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”. Do dispositivo, deduz-se o chamado *princípio de prossecução do interesse público*. Consoante Diogo Freitas do Amaral, ele constitui “o princípio motor da Administração pública. A Administração actua, move-se, funciona para prosseguir o interesse público. O interesse público é o seu único fim”.<sup>47</sup> Da parte final do dispositivo se extrai literalmente que essa perseguição do interesse público compreende o respeito aos “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”, ou seja, os interesses tutelados pelo Direito positivo, na forma de direitos subjetivos ou não, consubstanciam o interesse público a ser buscado pelo Estado.<sup>48</sup> Há uma semelhança entre o interesse público, genericamente considerado, e a juridicidade administrativa.

Na mesma linha, a Constituição espanhola de 1978 dispõe em seu art. 103.1. que “A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à

<sup>46</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da juridicidade da Administração Pública. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 69-143; KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo: bases fundamentales*. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. t. II, *passim*. El principio de juridicidad; GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad: Noción, fundamento y caracteres: Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coord.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 23-49.

<sup>47</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2, p. 33.

<sup>48</sup> Maria João Estorninho assevera categoricamente que “é fundamental afirmar, sem deixar margem para dúvidas, que o interesse público é indissociável de toda e qualquer actividade administrativa”. Em razão disso, sustenta não haver dúvidas quanto ao fato de a atividade de Direito Privado desempenhada pela Administração Pública, “tal como aquela de direito público, dever igualmente ser sempre exercida com vista à prossecução do interesse público”. O que diferencia uma atividade (de Direito Público) da outra (de Direito Privado) não é a finalidade a ser alcançada por cada uma delas (que será, em ambos os casos, tutelar o interesse público), mas tão somente o regime jurídico aplicável (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009. p. 167-168).

Lei e ao Direito”.<sup>49</sup> Em que pese o emprego da expressão “intereses generales”, parece ser consensual na doutrina que o termo é utilizado com o mesmo sentido de *interesse público*, sendo equivalentes tais locuções.<sup>50</sup> Até porque, nos debates constituintes, a proposta originária de redação apresentada pelo então deputado José Luis Meilán Gil (“La Administración sirve con objetividad los intereses coletivos”)<sup>51</sup> foi objeto de discussão e modificação na Comissão de Constituição do Senado. A emenda foi justificada no sentido de que o rótulo “intereses generales” abrangeria não somente os interesses coletivos, mas também “interesses perfeitamente individualizados, como são, por exemplo, os de saúde, educação, etc., cuja salvaguarda corresponde ao interesse geral ou público”.<sup>52</sup> Apenas para não provocar uma cacofonia, afirmando-se que a Administração *Pública* serve ao *interesse público*, propôs-se a alteração da redação para “intereses generales”, que foi aprovada na redação final do art. 103.1.<sup>53</sup>

Versando sobre essa concepção ampla de interesse público, concebido como um dever genérico da Administração de obedecer ao sistema normativo, José Luis Meilán Gil destaca que “desde esta perspectiva o *interesse público é conformidade com a legalidade, com o Direito*”. Esse sentido conferido ao conceito sob análise é tão próximo ao do princípio da juridicidade administrativa (consonância da atuação administrativa com o ordenamento jurídico) que o autor chega a asseverar que a submissão plena da Administração “não só à lei, mas também ao Direito, no que se deve incluir a Constituição, faz desnecessária a invocação do interesse público”.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Tradução livre. No original: “Art. 103.1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

<sup>50</sup> MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010. p. 196; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996. p. 72; SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 8, p. 63-94, ene./mar. 1976. p. 73; RODRÍGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 560; CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 11, p. 131-140, ene./jun. 2007. p. 132.

<sup>51</sup> MEILÁN GIL. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español..., *op. cit.*, p. 178.

<sup>52</sup> NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2186.

<sup>53</sup> A emenda foi aprovada por 23 votos a favor e uma abstenção, conforme consta do *Diário de sesiones del Senado de 6-8-1978*, citado por NIETO, *ibidem*, p. 2185-2186 e nota de rodapé nº 1. O autor manifesta surpresa com a “frivolidade” do constituinte espanhol, em modificar expressões sob o argumento da cacofonia.

<sup>54</sup> MEILÁN GIL. Intereses generales e interés público..., *op. cit.*, p. 187.

### 3.2 Processo de definição do interesse público em sentido amplo

Dentro dessa perspectiva que vincula o interesse público à juridicidade administrativa, Franco Bassi ressalta que a dinamicidade desse conceito (pode ser que “um interesse hoje qualificado como público deixe de sê-lo amanhã ou vice-versa”) reclama o entendimento de que a definição do que vem a ser interesse público é delineada não pela lei em sentido formal, mas em sentido material. O relevante, segundo o autor, é sublinhar que “a qualificação de um interesse como público constitui o resultado de uma escolha normativa”. Ou seja, o complexo processo de avaliação de qual interesse deverá ser caracterizado como público pode ser realizado em sede constitucional, legislativa ou regulamentar, desde que seja efetuado por um órgão investido de poder normativo pelo ordenamento jurídico, no rigoroso respeito da sua competência.<sup>55</sup>

Esse processo de definição pelo ordenamento jurídico de quais interesses devem ser considerados como *públicos* em sentido amplo, merecendo a tutela do Estado e a observância obrigatória dos cidadãos, é realizado por meio das seguintes etapas. Primeiramente, compete ao legislador constituinte estabelecer em caráter primário os valores fundamentais paritilhados pela sociedade, que nortearão a eleição dos fins a serem perseguidos pelo Estado. A razão pela qual lhe compete tão relevante incumbência é muito simples. Conforme ensina Clèmerson Merlin Clève, “a Constituição, atualmente, é o grande espaço, o grande *locus* onde se opera a luta jurídico-política”, que “condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração”.<sup>56</sup> Contando com a ampla participação dos diversos segmentos da sociedade na sua formação, a Constituição, ao proclamar os objetivos e princípios fundamentais do Estado, enunciar os direitos fundamentais do cidadão<sup>57</sup> e fixar os programas de ação do Poder Público, qualifica quais interesses devem ser protegidos como *públicos*.

Num segundo momento, cabe à legislação infraconstitucional estabelecer quais interesses devem ser tutelados pelo ordenamento, por intermédio da deliberação pública. O constituinte, muitas vezes, remete ao

<sup>55</sup> BASSI. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico..., *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>56</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40. Sobre a compreensão do Direito enquanto “espaço de luta”, ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

<sup>57</sup> MEILÁN GIL. Intereses generales e interés público..., *op. cit.*, p. 183.

legislador ordinário a prerrogativa para fixar objetivos políticos, classificando determinados interesses como públicos. Isso não significa que ele assine um cheque em branco, entregue às mãos do Poder Legislativo, eis que a lei deverá estar sempre subordinada a critérios constitucionais concretos e aos valores albergados no tecido da Constituição.<sup>58</sup> O legislador ordinário detém competência para fixar o conteúdo do interesse público, em todos os espaços deixados pelo constituinte. Trata-se de uma exigência lógica da dinamicidade social.<sup>59</sup> Desde que o interesse definido por ele como público não importe afronta a um valor constitucional, ele é livre para apreciá-lo e assim qualificá-lo.<sup>60</sup> Desse modo, embora o interesse público seja determinado primeira e primordialmente pelas normas constitucionais, sua definição não se limita ao que essas últimas dispõem.<sup>61</sup>

Nessa esteira, Fernando Sáinz Moreno explica que em um Estado Democrático compete ao legislador fixar o que convém ao interesse público, uma vez que esse, na condição de representante da vontade popular, manifesta através de sua atuação legislativa a concepção de interesse público que prevalece em cada momento histórico.<sup>62</sup> É por meio de “procedimentos jurídico-democráticos, em um debate público” que esse interesse é definido.<sup>63</sup> Afinal, conforme pontua Eneida Desiree Salgado, o Parlamento é “a arena da discussão pública, o lugar do debate robusto e acessível a todos, da apresentação de argumentos e de contra-argumentos, de deliberação sobre a vontade do Estado”.<sup>64</sup> Sustentando posição similar, Mariano R. Brito advoga a existência de um harmonioso vínculo entre legalidade e interesse público, constituindo ambos blocos de pedras seguras para a operação do regime administrativo.<sup>65</sup> Lições semelhantes são expendidas por Luis de la Morena y de la Morena, Georges Vedel e Pierre Devolvé.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2215.

<sup>59</sup> BASSI. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico..., *op. cit.*, p. 246-247.

<sup>60</sup> MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 115.

<sup>61</sup> MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007. p. 37; RODRIGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 563.

<sup>62</sup> Cite-se, como exemplo, a Lei nº 16.239/2009 do Estado do Paraná. Após a sua promulgação, passou a ser de interesse público a proibição de consumo de cigarro em locais de uso coletivo total ou parcialmente fechados.

<sup>63</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 75.

<sup>64</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 230.

<sup>65</sup> BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: BRITO, Mariano R. *Derecho Administrativo: su permanencia: contemporaneidad: prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 260.

<sup>66</sup> MORENA Y DE LA MORENA. Derecho Administrativo e interés público..., *op. cit.*, p. 852; VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12ª éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. I, p. 518.

Após a especificação do conteúdo do interesse público pela Constituição e pelo legislador ordinário, compete ao Poder Executivo expedir atos normativos, através do exercício do poder regulamentar, explicitando os contornos desse interesse plasmado nas normas constitucionais e legais. Essa etapa só ocorrerá quando se fizer necessária a especificação regulamentar de comandos legais e constitucionais, para a sua fiel execução, como nos casos em que o legislador, “por não dispor da formação adequada, acaba por atribuir ao Executivo o encargo de, por meio de regulamentos, completar a disciplina normativa básica contida em lei”.<sup>67</sup> Tais atos jamais poderão contrariar as determinações do legislador constituinte e ordinário, pois a esses incumbe a fixação *primária* da essência do interesse público. O papel confiado à Administração na definição abstrata do interesse público mediante elaboração normativo-regulamentar ostenta caráter *secundário* e subordinado à Constituição e às leis, conforme ressaltam Clèmerson Merlin Clève<sup>68</sup> e Romeu Felipe Bacellar Filho.<sup>69</sup>

Finalmente, caberá à Administração, em face da realidade concreta,<sup>70</sup> buscar a sua satisfação dentro dos fins, alcance e requisitos sinalados no sistema normativo<sup>71</sup> (Constituição, leis e atos administrativos normativos), através da aplicação dos comandos jurídicos que lhe são dirigidos.<sup>72</sup> Se a determinação do interesse público incumbe a um órgão dotado de função normativa, é certo que a sua identificação no mundo dos fatos constitui tarefa a ser realizada pela Administração Pública, por meio da edição de atos administrativos concretos.<sup>73</sup> Não é a Administração Pública que qualifica originariamente um interesse como público (salvo no exercício do poder

<sup>67</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 140.

<sup>68</sup> CLÈVE, *ibidem*, p. 140.

<sup>69</sup> Para o autor, “os atos provenientes do exercício do poder regulamentar não podem jamais inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos seus destinatários. O regulamento deve ser reduzido sempre à sua real expressão de mero explicitador, mero pormenorizador da lei formal. O agente público não pode, a pretexto de tentar explicitar os comandos da lei, ultrapassar as suas reais aspirações” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 23. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009).

<sup>70</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 109.

<sup>71</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 65.

<sup>72</sup> SAGUER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: Jorge Fernández Ruiz (Coord.). *Derecho Administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005. p. 406; MORENA Y DE LA MORENA. Derecho Administrativo e interés público..., *op. cit.*, p. 852.

<sup>73</sup> BASSI. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico..., *op. cit.*, p. 247.

regulamentar, mas que detém, de todo modo, natureza secundária). Via de regra, a ela compete apenas persegui-lo e identificá-lo no caso concreto.<sup>74</sup>

Há hipóteses, contudo, em que as normas jurídicas predeterminadas não definem claramente o interesse público a tutelar, abrindo espaço para a Administração adotar decisões que lhe preencham o conteúdo na situação fática. Essa remissão à Administração pode ser feita através da atribuição de uma competência discricionária ou do recurso ao interesse público como conceito legal<sup>75</sup> (quando a norma utiliza fórmulas como “por razões de interesse geral”, “em função do interesse geral”, “conforme aos interesses gerais”, etc., que devem ser concretizadas pela Administração diante dos fatos com que se deparar).<sup>76</sup> Em tais casos, será a Administração competente para definir os fins de interesse público no domínio que não é reservado ao legislador.<sup>77</sup> Nessas duas situações — instituição de competência discricionária e interesse público como conceito legal — *quando a existência de um interesse público qualificado for um requisito para habilitar a atuação administrativa*, já se está tratando do *interesse público em sentido estrito*, sobre o qual se versará em tópico específico.

Assim, quando as normas constitucionais, legais e regulamentares estipularem de forma objetiva quais interesses estão sendo por ela protegidos, que vincularão a atividade administrativa na sua efetivação, está-se diante do *interesse público em sentido amplo*: interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento jurídico. Quando tais normas capacitarem a Administração a detectar qual é o interesse público no caso concreto, mediante a atribuição de competências discricionárias ou o recurso ao interesse público como conceito legal, aí estará presente o *interesse público em sentido estrito*, desde que a presença desse interesse público especial seja um pressuposto para autorizar a atividade administrativa, permitindo-lhe fazer preponderar o *interesse geral* (da coletividade) sobre um *interesse específico* (individuais ou coletivos), quando ambos estiverem resguardados pelo Direito positivo.

### 3.3 Condição negativa de validade dos atos administrativos: princípio da finalidade e desvio de poder

No que tange ao *interesse público em sentido amplo*, outro aspecto que deve ser posto em relevo é a importância do *princípio da finalidade*, como

<sup>74</sup> BASSI, *ibidem*, p. 245.

<sup>75</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 75.

<sup>76</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 563.

<sup>77</sup> VEDEL; DÉVOLVÉ. *Droit Administratif...*, *op. cit.*, p. 518.

elemento que compõe o seu conteúdo básico. Não basta a afirmação simples de que a Administração deve cumprir a lei para atender ao interesse público. Em primeiro lugar, porque o próprio conteúdo da lei pode lhe ser atentatório, quando contrariar as balizas constitucionais que o delineiam originariamente, razão pela qual, no Direito francês, a conformidade da lei ao interesse público é uma condição imposta para o reconhecimento da sua constitucionalidade.<sup>78</sup> Ademais, porque a aplicação legal pode ser efetuada com uma finalidade diversa daquela prevista pela norma, configurando desvio de poder e descumprimento do interesse público subjacente ao comando jurídico.

A assertiva deve ser formulada em outros termos: para satisfazer o *interesse público em sentido amplo*, é necessário que a Administração aplique a norma jurídica de acordo com a finalidade por ela prevista, pois “quem desatende ao fim desatende à própria lei”.<sup>79</sup> Com efeito, o *princípio da finalidade* “é firmado para assegurar que a entidade estatal realiza os fins a que se destina, como previsto no Direito”.<sup>80</sup> Logo, a concretização da finalidade que a norma jurídica pretende atingir é uma condição de legalidade da ação administrativa,<sup>81</sup> uma vez que o manejo das competências legais pelo administrador com vistas a um fim diverso daquele que as justifica significa afronta ao interesse público. Quando a lei atribui uma competência a uma autoridade administrativa, ela o faz com a finalidade de realizar um determinado interesse público, pelo que lhe é defeso aplicá-la com outros objetivos.<sup>82</sup>

A inclusão do *princípio da finalidade* como componente essencial da noção de *interesse público em sentido amplo* produz duas notórias consequências jurídicas: (i) proíbe a prática de atos administrativos alheios a qualquer finalidade pública prevista pelo ordenamento jurídico em geral (*v.g.*, atos voltados a fins ilícitos), fato que condiciona a validade da atuação administrativa à sua conformidade com o Direito positivo; (ii) veda a expedição de atos administrativos exarados com fundamento na lei, mas dirigidos a uma finalidade diversa daquela prevista pela norma. Nesse último caso, está incorreto dizer que a Administração atendeu a um interesse

<sup>78</sup> MERLAND, Guillaume. *L'interêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 109.

<sup>79</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>80</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública...*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>81</sup> Por isso é que Celso Antônio Bandeira de Mello considera o princípio da finalidade como uma inerência do princípio da legalidade administrativa (MELLO. *Curso de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 106).

<sup>82</sup> VEDEL; DÉVOLVÉ. *Droit Administratif...*, *op. cit.*, p. 520-521.

público diverso,<sup>83</sup> pois se o fim perseguido não foi aquele inscrito na lei, o interesse buscado pelo agente não pode ser considerado como público.<sup>84</sup> Portanto, não basta que a Administração aja com supedâneo no sistema normativo: o atendimento do *interesse público em sentido amplo* depende do cumprimento da específica finalidade prescrita pela norma jurídica.

Frise-se, assim, que a subordinação da atividade administrativa ao *interesse público em sentido amplo* é exigida não apenas nos atos vinculados, mas também naqueles praticados no exercício de competência discricionária. Esses últimos só estarão em conformidade com essa modalidade de interesse público se sua prática se destinar à finalidade prevista pela norma, de sorte que a ação da Administração tenha como objetivo produzir o resultado específico que a lei destina àquele ato em particular.

Nessa medida é que se afirma que o *interesse público em sentido amplo* funciona como uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, tanto vinculados quanto discricionários, pois lhes estabelece um limite: ele impede, de um lado, que a Administração atue ao arrepio do ordenamento jurídico, e, de outro, que sejam expedidos atos desobedientes à determinada finalidade a que eles se destinam, tal qual instituída pela norma jurídica que autorizou a sua prática.<sup>85</sup> A violação ao interesse público nessas situações rende ensejo à anulação do ato administrativo pela jurisdição, através da conhecida técnica do *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

O vício do desvio de poder pode ser definido como “ato pelo qual uma autoridade administrativa utilizou seus poderes com um objetivo diverso daquele em razão do qual seus poderes lhe foram conferidos”.<sup>86</sup> Ele deriva de uma dissonância entre os fins que o autor do ato deveria legalmente buscar e aqueles que ele efetivamente perseguiu. Por esse motivo se pode afirmar que, no fundo, a declaração de nulidade nada mais é do que o reconhecimento de que a Administração não atuou a serviço do interesse público em um caso concreto.<sup>87</sup> Por conseguinte, como observa Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, quando um tribunal anula um

<sup>83</sup> Como o faz Jean Rivero. Cf.: RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 290.

<sup>84</sup> Nessa linha: TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977. p. 106.

<sup>85</sup> SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 82, p. 439-454, ene./abr. 1977. p. 441.

<sup>86</sup> Cuida-se da conhecida formulação de Edouard Laferrière, citada por TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...*, *op. cit.*, p. 89.

<sup>87</sup> MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o direito administrativo global. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 103.

ato administrativo mediante a técnica do *desvio de poder* significa que ele está atestando que o ato em questão desatendeu ao interesse público previsto na norma que autorizou a sua prática.<sup>88</sup> Uma última etapa desse processo de definição e aplicação do interesse público seria, pois, a verificação da conformidade da atuação administrativa com o interesse público na realidade fática, levada a efeito pelos órgãos jurisdicionais.<sup>89</sup>

### 3.4 Espécies de interesses englobados: interesse geral e interesses específicos

Assentadas as linhas gerais que delineiam o conceito de *interesse público em sentido amplo*, impende demonstrar quais espécies de interesses estão englobadas por essa noção, e qual a sua distinção em relação ao *interesse privado*. A concepção aqui adotada parte de uma proposta desenvolvida por François Ost, sobre interesses e direitos. Muito embora não deduza dessa formulação as mesmas consequências que aqui serão extraídas para a formação da noção de *interesse público*, o autor oferece uma interessante explicação sobre os níveis de proteção jurídica que podem ser outorgados às diversas modalidades de interesses, a qual se revela muito útil para esclarecer a diferença entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse privado*.

De acordo com Ost, o fenômeno jurídico é construído por uma luta de incontáveis interesses que muitas vezes assumem a forma de pretensão a um direito, podendo vir a se transformar em direitos subjetivos ou interesses juridicamente protegidos. O “interesse”, portanto, constitui uma das principais fontes de grande parte dos conceitos jurídicos.<sup>90</sup> Ademais, cuida-se de uma figura dotada de imprecisão, assumindo inúmeras definições distintas. O autor cita o caso do *Vocabulaire juridique* de G. Cornu, que arrola variadas definições para a palavra “interesse”. Para o significado de n° 2, interesse “se distingue de um direito” (‘aquilo que é bom, oportuno, vantajoso, benéfico — vantagem de ordem patrimonial ou extrapatrimonial’), ao passo que a acepção de n° 4, da mesma palavra, é sinônima de “direito”.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 113.

<sup>89</sup> NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2252; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 563; SAGUER. El interés público..., *op. cit.*, p. 406.

<sup>90</sup> OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2, p. 10.

<sup>91</sup> OST, *ibidem*, p. 11.

Por essa razão, deve-se tomar cuidado com afirmações taxativas em matéria de “interesses”, pois é possível que aquilo que um autor denomina de “interesse privado” diga respeito a uma acepção diversa daquela empregada por outro autor que utiliza a mesma expressão. Podem se tratar de concepções distintas sobre o termo “interesse”. Aqui parece estar a chave para entender por que existem tantas confusões quanto ao princípio da supremacia do interesse público:<sup>92</sup> aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho chamam de interesse privado,<sup>93</sup> por exemplo, trata-se de uma concepção distinta daquela empregada por Humberto Ávila, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenjy,<sup>94</sup> apenas para citar alguns autores.

A noção de *interesse público em sentido amplo* engloba tanto *direitos subjetivos* quanto outros interesses que, embora não tenham recebido essa roupagem, são também protegidos pela ordem jurídica: os *interesses legítimos*. Tais interesses, distintos dos *direitos subjetivos*, beneficiam-se de uma fluidez conceitual que se afasta da rigidez desses últimos. Eles se acomodam a titulares mais difusos e indeterminados.<sup>95</sup> Os *interesses legítimos* fazem nascer novas obrigações que poderão futuramente se traduzir em novos direitos (*v.g.*, expectativa de direito à nomeação, de um candidato aprovado em um concurso público, mas não classificado entre as vagas disponíveis para provimento imediato). E concomitantemente eles podem relativizar direitos que aparentavam ser absolutos, restringindo vontades que pareciam ser soberanas<sup>96</sup> (*v.g.*, função social da propriedade). São interesses que, embora protegidos por normas jurídicas, não se converteram em direitos subjetivos. Eles se beneficiam de uma proteção

<sup>92</sup> Sobre tal polêmica, conferir com maior profundidade em: HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 420 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

<sup>93</sup> MELLO. A noção jurídica de interesse público..., *op. cit.*, p. 181-191; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Daniel Wunder Hachem (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

<sup>94</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 173-217; SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 23-117; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>95</sup> OST. *Entre droit et non-droit...*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>96</sup> OST, *ibidem*, p. 13.

limitada e negativa, ou seja, impõem a proibição de condutas que lhes contrariem, embora o seu titular não possa exigir a sua satisfação direta.<sup>97</sup>

Em ambas as figuras — *direito subjetivo* e *interesse legítimo* — existe um interesse individual reconhecido e tutelado pelo Direito. A distinção entre elas repousa no fato de que no *direito subjetivo* a proteção legal é direta e imediata, conferindo ao seu titular a faculdade de exigir de outrem determinados comportamentos que satisfaçam aquele interesse albergado na lei, autorizando-o, nos casos de descumprimento, a recorrer ao Poder Judiciário para lograr a sua realização.<sup>98</sup> Um exemplo seria o direito à aposentadoria do servidor público com sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, que tenha dez anos de exercício no serviço público e cinco no cargo em que se dará a aposentadoria (art. 40, §1º, III, “a” da CF).<sup>99</sup> A Constituição autoriza que o servidor exija a realização de seu direito, permitindo-lhe, no caso de eventual indeferimento de seu pleito, manejar ação judicial para constranger a Administração a satisfazê-lo (realizando, com isso, o seu interesse individual direta e imediatamente protegido pelo direito subjetivo).

Por seu turno, o *interesse legítimo* goza de uma proteção legislativa indireta (embora igualmente imediata), visto que o particular não pode exigir da Administração que satisfaça o seu interesse individual, pessoal, subjetivo, mas tão somente que não o ofenda ilegalmente. Nesse caso, poderá o sujeito interessado acionar o Judiciário apenas para desfazer os atos ilegais que o tenham prejudicado, não podendo exigir a realização do seu interesse pessoal. Diogo Freitas do Amaral, em breve passagem, explica de forma claríssima essa distinção: “no direito subjectivo, o que existe é *um direito à satisfação de um interesse próprio*; no interesse legítimo, o que existe é apenas *um direito a legalidade das decisões que versem sobre um interesse próprio*”.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 3, p. 225.

<sup>98</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2, p. 65-66.

<sup>99</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 40. (...) §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§3º e 17: III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher”.

<sup>100</sup> AMARAL. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 65.

Exemplo de *interesse legítimo* seria o do vencedor de uma licitação que foi revogada pela Administração.<sup>101</sup> Apesar de o licitante, no caso de revogação, não ter o *direito subjetivo* à adjudicação do objeto da licitação, ele tem o *direito subjetivo* de ser indenizado pelos prejuízos que essa extinção proporcionou ao seu *interesse legítimo* de ser contratado pelo Estado.<sup>102</sup> Outro caso seria o do exercício do poder de polícia através das autorizações: o indivíduo que preencher os requisitos mínimos para a concessão de uma autorização tem o *interesse legítimo* de ter o seu pedido deferido pela Administração. Como se trata de uma apreciação discricionária, o pleito poderá ser denegado. Conquanto o particular não possua um *direito subjetivo* à concessão da autorização, ele tem o *interesse legítimo* de que sua solicitação seja avaliada e concedida. Ele poderá recorrer ao Judiciário caso o indeferimento seja imotivado, pois tem *direito subjetivo* à motivação do ato, mas não ostenta *direito subjetivo* ao deferimento de seu requerimento.

Há quem refute essa distinção, considerando que todos os interesses juridicamente protegidos são *direitos subjetivos*, não havendo que se falar em *interesses legítimos*. É o caso de Emerson Gabardo, que assim se manifesta: “A partir do surgimento da idéia de garantia dos ‘direitos públicos subjetivos’, sobrou pouco espaço para a existência de um ‘interesse juridicamente protegido’ que não implique titularidade subjetiva alguma”, já que “no mínimo, a sociedade seria a titular de tais interesses e poderia cobrar do Estado a sua proteção”.<sup>103</sup> Concorde-se com o autor que, no caso dos *interesses legítimos*, a sociedade poderá demandar do Poder Público a sua tutela, em caso de violação, mas apenas num sentido negativo. Não parece que a forma como se dará essa proteção judicial seja idêntica, *v.g.*, no caso de ofensa ao direito de propriedade (*direito subjetivo* do indivíduo) e na hipótese de descumprimento da função social da propriedade (*interesse legítimo* da sociedade).

Ambas as situações — *direito subjetivo* e *interesse legítimo* — são passíveis de controle jurisdicional, embora em medidas diferentes. Não se pretende aqui acentuar essa distinção para afastar a possibilidade de controle

<sup>101</sup> Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

<sup>102</sup> Nesse sentido: TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198 e 232 *et seq*; MELLO. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 610; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 682.

<sup>103</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305.

jurisdicional desse último. Tal diferenciação — com o objetivo de determinar quais atos podem ser impugnados perante o Poder Judiciário — só faz sentido em países de jurisdição dúplice que adotam esse critério para estrear a competência do Poder Judiciário daquela própria da Jurisdição Administrativa, como é o caso da Itália.<sup>104</sup> O que importa ressaltar, para os fins a que se destina este estudo, é que todo *interesse juridicamente protegido* deve ser considerado como *interesse público em sentido amplo*. Portanto, em razão do escopo almejado por essa explicação, a possibilidade ou não de se fazer essa distinção é irrelevante. Assim, independentemente de ser ou não possível fazer essa separação no Brasil, o fato é que ela é significativa em outros países, motivo pelo qual se continuará aludindo a *direitos subjetivos e interesses legítimos*.

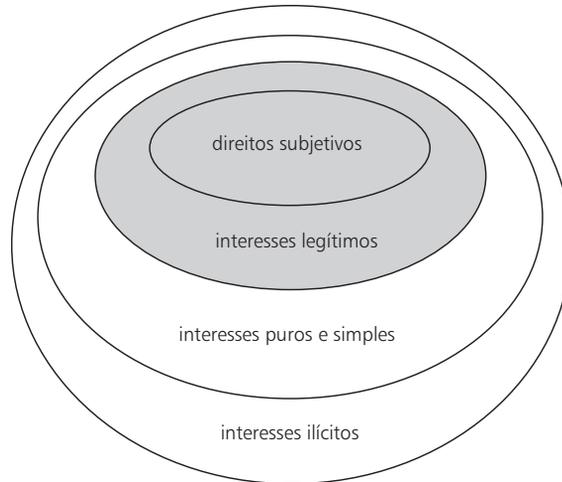
De todo modo, convém salientar que não se pode confundir interesses com direitos.<sup>105</sup> Há interesses que são protegidos pelo ordenamento jurídico, ao passo que outros não o são. Existem ainda aqueles cuja perseguição é proibida pelo sistema normativo: a ordem jurídica não apenas deixa de tutelá-los, como também veda a sua satisfação. Pode-se então dizer que no meio de um mar de interesses, um conjunto mais restrito deles é elevado à dignidade de direitos subjetivos,<sup>106</sup> havendo outras espécies que não desfrutam dessa proteção pelo Direito.

Em uma imagem sugerida por François Ost, é possível identificar essa vasta gama de interesses como um grande círculo, no centro do qual figura um núcleo composto por *direitos subjetivos*, que conferem aos seus titulares uma proteção jurídica máxima. Em uma segunda camada, muito próxima a esse núcleo duro dos direitos subjetivos, estão os *interesses legítimos*, cujo reconhecimento enseja uma certa proteção jurídica, que proíbe a sua ofensa por terceiros, embora não autorize a postulação da sua satisfação direta. Numa terceira esfera, encontram-se *interesses puros e simples*, cuja realização é indiferente para o ordenamento jurídico; não são nem proibidos, nem tutelados. Podem ser perseguidos, desde que não conflitem com o Direito positivo. Na quarta camada, situada na periferia do círculo, estão os *interesses ilícitos*, cuja perseguição é apenada pelo sistema jurídico com sanções civis, administrativas e penais. Esquemáticamente, tal quadro se apresentaria da seguinte forma:

<sup>104</sup> Nesse sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 176, p. 9-14, abr./jun. 1989.

<sup>105</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 304.

<sup>106</sup> OST, *ibidem*, p. 36-37.



Os dois círculos preenchidos de cinza representam o conjunto de interesses protegidos pelo Direito. Os que estão em branco, retratam os interesses não protegidos (*puros e simples*) e os proibidos (*ilícitos*). Partindo desse quadro, e das ilações anteriormente alinhavadas, conclui-se que o *interesse público em sentido amplo*, que prevalece sobre o interesse privado, é composto pelas duas camadas centrais do diagrama de interesses: os *direitos subjetivos* e os *interesses legítimos*. Aí estão incluídos os direitos individuais, difusos e coletivos, fundamentais ou não, bem como toda a sorte de interesses que encontrem respaldo no ordenamento jurídico: eficiência e economicidade no manejo dos recursos públicos, transparência e publicidade na sua aplicação, isonomia nos certames públicos, entre tantos outros.

Essa associação entre *interesses juridicamente protegidos* e *interesse público em sentido amplo* justifica-se porque o “interesse público” tem um sentido objetivo, e não subjetivo. Daí se afirmar que a noção de interesse contida na expressão “interesse privado” difere-se daquela presente na locução “interesse público”.<sup>107</sup> O *interesse público em sentido amplo* é aquele objetivamente protegido pelo ordenamento, ao passo que o *interesse privado* é aquele subjetivamente pretendido por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, voltado à satisfação de suas conveniências pessoais. O interesse objetivamente plasmado no sistema normativo é público em razão da sua universalidade.<sup>108</sup> Todos os indivíduos ou grupos sociais que estiverem

<sup>107</sup> GABARDO. *Interesse público e subsidiariedade...*, op. cit., p. 305.

<sup>108</sup> GAUTIER. *Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public...*, op. cit., p. 224.

naquela situação serão beneficiados pelo efeito da norma jurídica. É essa universalidade da norma — incidência em todo e qualquer caso semelhante — que lhe confere o qualificativo de protetora do interesse público.

Tal conclusão deriva, em alguma medida, da conceituação lógica de interesse público proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello: é interesse dos indivíduos, enquanto membros da coletividade, que os interesses albergados pelo sistema normativo sejam tutelados, independentemente de sua natureza individual, coletiva ou difusa. São interesses objetivamente protegidos pelo Direito, através das normas criadas pelos representantes do povo, expressando a vontade popular. Representam a *dimensão pública* dos interesses dos indivíduos, à qual já se referiu anteriormente.<sup>109</sup> Cite-se um exemplo: a indenização de um dano causado por uma ação estatal ao inimigo de um indivíduo, poderia, em princípio, não lhe interessar subjetivamente. Mas se ele estivesse na mesma situação de prejuízo experimentada pelo seu desafeto, teria interesse na indenização. Assim, ele tem um interesse objetivo de que o ordenamento jurídico preveja o dever de reparação dos danos causados pelo Estado. O mesmo ocorre na situação em que um cidadão não tem a menor pretensão subjetiva de participar de uma licitação pública. Ele poderia afirmar que não ostenta qualquer interesse no respeito à legalidade do edital, eis que a nulidade não lhe afeta diretamente. Porém, se ele estivesse no lugar de um dos licitantes, teria pleno interesse na sua conformidade jurídica. Logo, ele tem um interesse objetivo, que emana da sua qualidade de membro da sociedade, de que o ordenamento jurídico preveja o dever de restauração da legalidade do processo licitatório.

As espécies de interesses que compõem o conceito de *interesse público em sentido amplo* são, portanto, aquelas que o ordenamento jurídico protege na forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*, podendo ostentar natureza: (a) *individual*, quando titularizados pelo indivíduo singularmente considerado; (b) *coletiva*, quando titularizados por um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”;<sup>110</sup> ou (c) *difusa*, considerados como aqueles “de

<sup>109</sup> MELLO. *Curso de direito administrativo, op. cit.*, p. 60-61.

<sup>110</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) // – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.<sup>111 112</sup>

A categoria abrange, conseqüentemente, tanto o que aqui se passará a rotular de *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada), quanto aquilo que se chamará de *interesses específicos (individuais e coletivos)* protegidos pelo ordenamento.<sup>113</sup> Atente-se para a distinção entre *interesse geral*, de titularidade difusa (*v.g.*, proteção do meio ambiente) e *interesse coletivo*, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas (*v.g.*, consumidores). O primeiro deles (*interesse geral*) é o que se chamará de *interesse público em sentido estrito*, a ser explorado em tópico próprio neste artigo.

A extrema riqueza e sofisticação do conceito de *interesse público* pode ser verificada no fato de que a mera referência a uma exigência da coletividade não é suficiente para abarcar todo o seu espectro,<sup>114</sup> quando ele é considerado em seu *sentido amplo*. A natureza individual ou setorial de um interesse não impede que ele seja qualificado como público.<sup>115</sup> Destarte, os direitos subjetivos de caráter individual devem ser, invariavelmente, considerados como *interesse público (lato sensu)*. Compreendê-los como interesses exclusivamente privados significa retornar à concepção clássica do Direito Civil, edificada sobre um paradigma essencialmente individualista e privatista, que observava esse ramo jurídico como o campo do Direito destinado à proteção de interesses egoísticos.<sup>116</sup> Consiste em uma noção superada de direito subjetivo que o encara como “expressão de um individualismo exagerado que empurra ao primeiro plano da ciência do

<sup>111</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>112</sup> Diverge-se, pois, do entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “não há dúvidas acerca da existência de interesses *coletivos* e *difusos* que, não obstante sua pertinência a uma pluralidade de sujeitos privados, continuam a ter natureza privada” (JUSTEN FILHO. Conceito de interesse público..., *op. cit.*, p. 122).

<sup>113</sup> Conquanto não estabeleça uma distinção entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*, Fábio Medina Osório também inclui no conceito de interesse público a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais (Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 74, nota de rodapé n. 7).

<sup>114</sup> BASSI. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico..., *op. cit.*, p. 244.

<sup>115</sup> MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

<sup>116</sup> Uma ampla demonstração da superação dessa concepção pode ser encontrada em: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

direito os interesses egoístas dos particulares”.<sup>117</sup> Contemporaneamente, essa racionalidade transformou-se, passando-se a entender que no “acatamento ao direito subjetivo está, sem dúvida, a própria garantia do interesse público”.<sup>118</sup>

#### 4 Interesse público em sentido estrito

Entre os interesses juridicamente protegidos, que configuram o *interesse público em sentido amplo*, há uma parcela que se refere à coletividade considerada em si mesma (*interesse geral*), cuja identificação deve ser efetuada no caso concreto pelo Estado, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui a determinado órgão, explícita ou implicitamente, uma competência para tanto, conferindo-lhe prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* também tutelados pelo sistema normativo. Poderá ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer um desses à Administração Pública ou à jurisdição. Em tais situações, está-se diante daquilo que se propõe a denominar de *interesse público em sentido estrito*.

##### 4.1 Condição positiva de validade dos atos administrativos

Nessa perspectiva, a noção em referência não é utilizada para impedir que o administrador contrarie as disposições do ordenamento jurídico (*pressuposto negativo de validade do ato*), mas sim para autorizar a sua atuação apenas em determinadas situações em que, se presente o *interesse público (stricto sensu)*, estará permitida a intervenção estatal.<sup>119</sup> Sob essa dimensão, portanto, o interesse público não é concebido como um conceito que impõe um *limite negativo* à ação administrativa, mas como uma categoria que institui uma *condição positiva de validade* da atividade do Poder Público.<sup>120</sup> Trata-se de um *plus*, de um interesse público qualificado, que ultrapassa o simples respeito ao Direito positivo.

Conforme explica Eduardo García de Enterría, são casos em que as disposições normativas “impõem reduplicativamente a exigência da

<sup>117</sup> A expressão é de H. Coing, citado por CLAMOUR. *Intérêt général et concurrence...*, op. cit., p. 180-181.

<sup>118</sup> CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951. p. 104.

<sup>119</sup> MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004. p. 75.

<sup>120</sup> TRUCHET. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...*, op. cit., p. 109, 111; SÁINZ MORENO. Sobre el interés público y la legalidad administrativa..., op. cit., p. 442.

presença específica de um qualificado interesse público para poder exercer determinada competência ou justificar uma medida concreta, normalmente de exceção da regra comum”.<sup>121</sup> É o caso, por exemplo, da desapropriação: só estará juridicamente autorizada a expropriação de um imóvel pela Administração se na realidade fática houver um determinado *interesse público* (“necessidade ou utilidade pública” ou “interesse social”)<sup>122</sup> que a justifique.<sup>123</sup>

Essa modalidade do conceito sob exame é verificada nas hipóteses em que a norma remete ao legislador ordinário, à Administração ou à jurisdição a incumbência de avaliar, no caso concreto, se há um interesse público que justifique a sua atuação, isto é, um interesse titularizado pela coletividade (*interesse geral*) que deva ser assegurado pelo Estado mediante a sua intervenção, prevalecendo inclusive sobre outros interesses juridicamente resguardados, *individuais* ou *coletivos*, que venham a colidir com ele. São situações em que o enunciado normativo faz uma remissão de segundo grau à decisão administrativa, eis que a seleção de primeiro grau é operada anteriormente pela lei.<sup>124</sup> Mas pode se tratar, também, de uma remissão de segundo grau realizada pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer desses à jurisdição.

O recurso ao *interesse público em sentido estrito* como condição necessária para a atuação administrativa ocorre, normalmente, em uma das seguintes situações: (i) para instituir proibições, limitações a direitos ou

<sup>121</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. p. 79.

<sup>122</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

<sup>123</sup> Uma análise detalhada desse aspecto da noção de interesse público pode ser encontrada na *Première Partie, Titre II, Sous-titre I, Chapitre II – “L’aspect positif des rapports entre intérêt général et légalité administrative”* da obra TRUCHET. *Les fonctions de la notion d’intérêt général...*, *op. cit.*, p. 111-141.

<sup>124</sup> O autor fornece uma série de exemplos de dispositivos dessa natureza nas leis espanholas: “por ejemplo: art. 4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995: «La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público»; art. 5.2.c) de la misma Ley: son contratos administrativos «los de objeto distinto a los anteriormente expresados... vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública»; art. 60.1 de la misma Ley: «el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de... modificar — los contratos administrativos — por razones de interés público»; art. 37.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, de 1992: «El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores — de acceso a archivos y registros — podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público»; art. 50.1 de la misma Ley: «Cuando razones de interés público lo aconsejen se podrá acordar... la aplicación del procedimiento de la tramitación de urgencia»; art. 75.3 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, de 1987: «La Administración podrá realizar de oficio o a instancia de los concesionarios o de los usuarios las modificaciones en las condiciones de prestación no previstas en el título concesional y las ampliaciones, reducciones o sustituciones de itinerarios que resulten necesarias o convenientes para una mejor prestación del servicio», etc.” (GARCÍA DE ENTERRÍA. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado..., *op. cit.*, p. 73-74).

coações, que sejam impostas unilateralmente pelo Estado (*v.g.*, instituição de tombamento; aplicação de multa mediante atos dotados de autoexecutoriedade); (ii) como pressuposto para concessão de autorizações, que serão denegadas se ofensivas ao interesse geral (*v.g.*, autorização para produção e distribuição de materiais bélicos); (iii) para justificar modificações ou extinções de atos ou relações jurídicas já estabelecidas (*v.g.*, exercício da autotutela; alteração e rescisão unilaterais de contratos administrativos).<sup>125</sup>

As normas constitucionais, legais e regulamentares poderão endereçar ao Poder Público essa tarefa — de apreciar concretamente o que convém ao *interesse público em sentido estrito* — de duas maneiras distintas: (4.2.) *explicitamente*, utilizando o “interesse público como conceito legal” (*v.g.*, “de acordo com o interesse público”, “por motivos de interesse público”, etc.);<sup>126</sup> (4.3.) *implicitamente*, atribuindo uma competência discricionária ao agente público. Em ambos os casos, o ordenamento impõe ao órgão estatal o dever de interpretar, face à realidade fática, quais situações atendem ao interesse da coletividade (*interesse geral*), fundando sua decisão em critérios jurídicos.<sup>127</sup> Mas o que peculiariza essas duas modalidades de *interesse público em sentido estrito* não é simplesmente a utilização do termo “interesse público” (ou análogos) pelo enunciado normativo, ou a outorga de uma competência discricionária, e sim a necessidade de que esse interesse público especial esteja presente para permitir a atuação administrativa.

#### 4.2 Interesse público como conceito legal

Tratando-se do “interesse público como conceito legal”, o Poder Público, diante de um dado caso, deverá demonstrar que aquela situação fática enquadra-se no motivo legal definido como “interesse público”, desencadeando então as consequências jurídicas definidas pela norma.<sup>128</sup> A expressão “interesse público” ou alguma de suas similares (“interesse social”, “interesse geral”, “utilidade pública”, “interesse nacional”, etc.)<sup>129</sup> é incorporada pela disposição normativa, a qual, ao aplicar-se a uma ocasião específica, alcança um grau de concreção muito mais elevado em razão do contexto reduzido de circunstâncias que poderão explicar a sua utilização.<sup>130</sup>

<sup>125</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 68-70.

<sup>126</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 563.

<sup>127</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 76.

<sup>128</sup> NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2217.

<sup>129</sup> TRUCHET. *Les fonctions de la notion d'intérêt général...*, *op. cit.*, p. 277.

<sup>130</sup> RODRÍGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 562.

Logo, quando se depara com o “interesse público como conceito legal”, o órgão reveste-se do dever-poder de, no episódio concreto, verificar se está presente um fato subsumível à categoria do interesse público, momento em que serão deflagrados os efeitos jurídicos pretendidos pela norma.

Um exemplo disso pode ser retirado do Direito espanhol. Como visto, a Constituição espanhola de 1978 determina em seu art. 103.1 que a Administração deve servir objetivamente aos interesses gerais, com submissão plena à lei e ao Direito. O dispositivo versa sobre o *interesse público em sentido amplo*, isto é, o genérico dever do Estado de atuar conforme o ordenamento jurídico. Mas há, conforme explica Jesús González Pérez, uma outra espécie de interesse público, especial, qualificado, que se estiver presente impõe a sua prevalência sobre outros interesses juridicamente protegidos. É o caso da suspensão jurisdiccional da execução de um ato administrativo:<sup>131</sup> se houver razões de interesse público que requeiram a manutenção da execução do ato, esta não poderá ser suspensa e a medida cautelar poderá ser denegada.<sup>132</sup> Cuida-se, aí, de um *interesse público em sentido estrito*, que se estiver presente autoriza a Administração a continuar executando um ato administrativo impugnado, vedando a sua suspensão pelo juiz ou Tribunal.<sup>133</sup>

Repise-se, para que não haja dúvidas, que os dois enunciados normativos traduzem exemplos de “interesse público como conceito legal”: no art. 103.1. da Constituição espanhola (“intereses generales”) e no art. 130.2 da *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, nº 29/1998 (“intereses generales”). Mas o primeiro representa o *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o ordenamento jurídico), como *condição negativa de validade* do ato, ao passo que o segundo se trata de *interesse público em sentido estrito*, como *condição positiva de validade* da ação estatal.

Outro ordenamento jurídico que oferece bons exemplos dessa espécie de *interesse público* é o uruguaio. A Constituição do Uruguai utiliza em uma série de dispositivos constitucionais o “interés general” como conceito

<sup>131</sup> Sobre o tema, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo*: en vía de recurso. Madrid: Montecorvo, 1986; e, de acordo com a nova lei, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en España. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*: Derecho procesal. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 301-323.

<sup>132</sup> ESPANHA. *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (LJCA), nº 29 de 13 de julho de 1998: “**Art. 130.2.** La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

<sup>133</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 5, p. 248-255, abr./jun. 1975 p. 254.

legal, situando-o como uma *condição positiva de validade* das leis restritivas a direitos e liberdades fundamentais do cidadão.<sup>134</sup> O *interesse geral* funciona como um freio ao legislador, na imposição dessas limitações: somente quando aquele estiver presente, essas serão autorizadas.<sup>135</sup> Nesse aspecto, “a noção de interesse geral aparece claramente vinculada com o conceito de razoabilidade”,<sup>136</sup> pois a constitucionalidade da medida restritiva deve ser razoável no que diz respeito aos fins a que ela se propõe.

É o que ocorre com o art. 7º, segundo o qual só se pode privar alguém dos direitos à vida, à honra, à liberdade, à segurança, ao trabalho e à propriedade se a medida estiver em conformidade com “as leis que se estabelecem por razões de interesse geral”.<sup>137</sup> O mesmo se passa com os artigos 28, 32, 36 e 47.<sup>138</sup> Embora não se dirijam à Administração Pública, mas ao Poder Legislativo, essa é também uma hipótese de *interesse público em sentido estrito* (como conceito legal): o legislador deverá identificar, concretamente, quais são as situações em que há um interesse público (*stricto sensu*) capaz de justificar a limitação de direitos fundamentais albergados na Constituição.

O Direito brasileiro é também recheado de exemplos de “interesse público como conceito legal”. Na Constituição Federal, exige-se a presença desse *interesse público em sentido estrito* para habilitar à Administração competência para promover a desapropriação (art. 5º, XXIV da CF)<sup>139</sup> e a

<sup>134</sup> BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. In: BRITO, Mariano R. *Derecho Administrativo: su permanencia: contemporaneidad: prospectiva*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004. p. 265.

<sup>135</sup> MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Derecho administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 156.

<sup>136</sup> REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 13, p. 177-187, ene./jun. 2008. p. 187.

<sup>137</sup> Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “**Artículo 7.** Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”.

<sup>138</sup> Constituição da República Oriental do Uruguai de 1967: “**Artículo 28.** Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. (...) **Artículo 32.** La propiedad es un derecho inviolable, pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecieron por razones de interés general. Nadie podrá ser privado de su derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad públicas establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación. Cuando se declare la expropiación por causa de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la duración del procedimiento expropiatorio, se consume o no la expropiación; incluso los que deriven de las variaciones en el valor de la moneda. (...) **Artículo 36.** Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes. (...) **Artículo 47.** La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”.

<sup>139</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

requisição da propriedade particular no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV da CF).<sup>140</sup> É também essa espécie de interesse público que se localiza na base do art. 173 da Lei Maior:<sup>141</sup> a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida em razão de “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, que configuram hipóteses de *interesse geral* (da coletividade considerada em si mesma).

Mencione-se ainda, em sede constitucional, a possibilidade de restrição da publicidade dos atos processuais quando o interesse social assim o exigir (art. 5º, LX da CF),<sup>142</sup> e do “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral” nas situações em que o sigilo “seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII da CF).<sup>143</sup> São ilustrações de normas jurídicas que recorrem ao *interesse público (stricto sensu)* como conceito legal, para autorizar a Administração a restringir *interesses específicos (individuais e/ou coletivos)* protegidos pelo ordenamento, em nome do *interesse geral* (da coletividade).

Na esfera infraconstitucional podem ser aludidas, entre tantas outras, as hipóteses de encampação do serviço público concedido, “por motivo de interesse público” (art. 37 da Lei Federal nº 8.987/95),<sup>144</sup> de rescisão unilateral do contrato administrativo por “razões de interesse público” (art. 78, XII da Lei Federal nº 8.666/93),<sup>145</sup> de revogação da licitação “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado” (art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93),<sup>146</sup> de modulação dos

<sup>140</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

<sup>141</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 170. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

<sup>142</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o *interesse social* o exigirem” (*grifei*).

<sup>143</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>144</sup> Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei Federal nº 8.987/95): “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

<sup>145</sup> Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”.

<sup>146</sup> Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 8.666/93): “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

efeitos da declaração de inconstitucionalidade por motivos de “excepcional interesse social” (art. 27 da Lei Federal nº 9.868/99),<sup>147</sup> de convalidação dos atos administrativos, que é vedada se for suscetível a acarretar “lesão ao interesse público” (art. 53 da Lei Federal nº 9.784/99),<sup>148</sup> etc.

#### 4.3 Interesse público e discricionariedade administrativa

Uma segunda forma de remissão feita pelo legislador à Administração Pública para que essa identifique, no mundo dos fatos, quais situações configuram um *interesse público em sentido estrito*, é a modalidade implícita, que ocorre através da atribuição de uma competência discricionária. São as ocasiões em que, muito embora a lei não lance mão do termo “interesse público”, esse constitui, tacitamente, um pressuposto necessário para permitir o exercício de determinada prerrogativa pela Administração.<sup>149</sup>

Note-se, pois, que não se está afirmando que toda e qualquer outorga legal de competência discricionária configura modalidade de *interesse público em sentido estrito*. É certo que todo ato praticado no exercício de competência discricionária, por fundar-se em critérios de conveniência e oportunidade, deve atender ao *interesse público em sentido amplo*, conformando-se ao ordenamento jurídico e cumprindo a específica finalidade que deve ser atingida com a sua expedição, por exigência legal. Mas há situações peculiares em que a norma, sem utilizar a expressão “interesse público” ou suas sinônimas, determina implicitamente que a Administração exerça juízos de apreciação discricionária, para verificar o que convém ou não ao interesse público, como *pressuposto positivo de validade do ato*: se no caso concreto a medida for conveniente ao interesse público, o ato poderá ser praticado.<sup>150</sup> Está-se aí em face do *interesse público em sentido estrito*.

Essa espécie pode ser encontrada com maior frequência no exercício do poder de polícia, nos casos de competência discricionária. Como se sabe, a polícia administrativa pode ser exercitada de forma vinculada ou discricionária. Na primeira modalidade, situam-se as atividades cujo

<sup>147</sup> Lei Federal nº 9.868/99: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>148</sup> Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99): “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

<sup>149</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 70.

<sup>150</sup> SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública: Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004. p. 139.

exercício depende de uma *licença*: basta que o requerente demonstre que preencheu todos os requisitos exigidos pela lei para que a Administração tenha o dever de concedê-la (*v.g.*, licença para construir). É suficiente, portanto, o cumprimento do *interesse público em sentido amplo* (conformidade com o sistema normativo). Na segunda, enquadram-se os atos que se sujeitam à concessão de uma *autorização*: mesmo que preenchidas as exigências legais mínimas, a Administração deverá apreciar, conforme as peculiaridades do caso concreto, se é conveniente ao interesse público que se defira o pedido. É o que acontece, *v.g.*, com as autorizações para produção ou distribuição de explosivos e para porte de armas.<sup>151</sup> Faz-se necessária a presença do *interesse público em sentido estrito*, especial, qualificado, para que o Poder Público consinta o exercício da atividade.

Caberia aqui discutir se há diferença entre essas duas formas de exigência de um *interesse público em sentido estrito*: (a) *explícita*, mediante o “interesse público como conceito legal”, e (b) *implícita*, através da competência discricionária. É o antigo debate sobre a possibilidade de distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Parcela da doutrina faz essa separação, alegando que, no primeiro caso, o conceito indeterminado é definido legalmente como algo que corresponde a um único resultado possível, a ser verificado pelo Poder Público no mundo dos fatos, enquanto que a discricionariedade se verifica quando há uma pluralidade de soluções juridicamente possíveis, dentre as quais a Administração pode escolher livremente.<sup>152</sup> Outra corrente nega a diferenciação, afirmando tratar-se do mesmo fenômeno, no qual a lei confere uma margem de atuação ao agente para que identifique em cada ocasião, dentro dos limites do razoável, se os fatos correspondem à previsão normativa, ativando a produção de seus efeitos jurídicos.<sup>153</sup>

No Direito brasileiro, a melhor resposta a essa querela parece ser a de Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o jurista, em casos de discricionariedade (nos quais o autor inclui os conceitos jurídicos fluidos, negando, portanto, a distinção), a lei impõe ao administrador

<sup>151</sup> DI PIETRO. *Direito administrativo*, *op. cit.*, p. 119-120.

<sup>152</sup> Nesse sentido: BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, *op. cit.*, p. 266; GARCÍA DE ENTERRÍA. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado..., *op. cit.*, p. 72.

<sup>153</sup> SESÍN. *Administración Pública: Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial...*, *op. cit.*, p. 141; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-28.

o dever jurídico de adotar a única solução “que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei”, não lhe cabendo optar pela prática de um ato qualquer que seja comportado pela norma. Mesmo que haja mais de uma opção possível, o administrador deve escolher a solução ótima, sob pena de descumprir a finalidade legal.<sup>154</sup> Concordando com essa posição, Emerson Gabardo fundamenta tal inteligência no princípio constitucional da eficiência administrativa (art. 37, *caput* da CF): por decorrência imperativa desse comando, o ordenamento jurídico obriga a Administração a acolher a melhor opção dentre as várias existentes, ainda que as demais sejam igualmente razoáveis para cumprir a norma.<sup>155</sup>

Diante desse entendimento, que sob a ótica do sistema jurídico pátrio parece ser irrefutável, torna-se juridicamente irrelevante diferenciar os conceitos legais indeterminados e a discricionariedade administrativa, já que em ambas as situações o administrador só poderá agir em conformidade com a melhor solução para o caso concreto, independentemente da existência de alternativas igualmente razoáveis; do contrário, será inválida a sua atuação.

#### 4.4 Dever de motivação expressa

Afora tais considerações, calha apontar um requisito essencial que deve ser preenchido para habilitar o Poder Público a lançar mão do conceito de *interesse público em sentido estrito*: a motivação dos atos administrativos que o tiverem como fundamento. Por não se tratar de um genérico interesse público (*lato sensu*), compreendido como respeito ao ordenamento jurídico, mas sim de um interesse determinado, especial e titularizado pela coletividade, que justifica, no caso concreto, a sua prevalência sobre outros interesses albergados pelo Direito positivo (*individuais e coletivos*), os órgãos públicos não o podem invocar abstratamente. É imprescindível que haja uma motivação expressa, que indique claramente os fundamentos que conduziram o ente a praticar o ato, demonstrando que as circunstâncias existentes na realidade fática correspondem efetivamente ao interesse da coletividade.

Seja no emprego do “interesse público como conceito legal”, seja na instituição de uma competência discricionária, quando a norma jurídica utiliza o *interesse público em sentido estrito* (condição positiva de validade do

<sup>154</sup> MELLO, *ibidem*, p. 32-36, grifos no original.

<sup>155</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 130-135.

ato administrativo) ela não está autorizando os agentes públicos a agirem de acordo com aquilo que “seu bem querer ou sua imaginação possam sugerir-lhes”.<sup>156</sup> Tais disposições emprestam ao Poder Público prerrogativas que lhe possibilitam satisfazer o *interesse geral*, da coletividade, ainda que para isso seja necessário fazê-lo preponderar, no caso concreto, sobre outros interesses juridicamente tutelados. Em razão disso, impõe-se o dever de motivação dos atos administrativos dessa natureza, com a exposição detalhada das razões fáticas que justificaram a prática desses atos.

É a lição de Eduardo García de Enterría, segundo a qual, nos casos em que a norma jurídica superpõe uma causa específica de interesse público (aqui chamada de *interesse público em sentido estrito*) sobre a genérica que deriva do art. 103.1. da Constituição espanhola (ora denominada *interesse público em sentido amplo*), recai sobre a Administração o ônus de “alegar, provar e motivar em cada caso a concorrência dessa específica causa do interesse público legitimador, sem que seja suficiente invocar sua posição geral de gestor ordinário desse interesse”.<sup>157</sup>

No Direito brasileiro, o dever de motivação pode ser deduzido, segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, do princípio constitucional da publicidade administrativa, previsto no art. 37, *caput* da CF.<sup>158</sup> Demais disso, há uma determinação legal que compele expressamente a Administração Pública a motivar os seus atos quando esses negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses. É o art. 50, I da Lei Federal nº 9.784/99.<sup>159</sup> Como o manejo do conceito de *interesse público em sentido estrito* sempre acabará por negar, limitar ou afetar direitos ou interesses, conclui-se que, na República Federativa do Brasil, sempre que a Administração Pública fundamentar um ato nessa categoria, quando essa se apresentar como um *requisito positivo de validade* da sua atuação, será exigível a apresentação racional dos motivos fáticos e jurídicos que renderam ensejo à prática do ato, sob pena de nulidade.

Uma relevante consequência jurídica dessa afirmação está na possibilidade de ulterior controle jurisdicional dos atos administrativos dessa natureza. Se incumbe ao agente motivar os seus atos expedidos com fulcro no *interesse público (stricto sensu)*, demonstrando com clareza que os

<sup>156</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado..., *op. cit.*, p. 72.

<sup>157</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*, p. 73-74.

<sup>158</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 212.

<sup>159</sup> Lei Federal nº 9.784/99: “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

fatos narrados correspondem a esse conceito jurídico, o Poder Judiciário poderá, posteriormente, analisar a correção da decisão administrativa, verificando se aquelas circunstâncias fáticas efetivamente correspondem às exigências do sistema normativo. Trata-se, em última análise, de uma aferição da juridicidade do ato, operada pelos órgãos jurisdicionais. É a posição sustentada, entre outros, por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, José Luis Meilán Gil, Eduardo García de Enterría, Alejandro Nieto, Fernando Sáinz Moreno, José Manuel Rodríguez Muñoz, Marta Franch i Saguer e Alice Gonzalez Borges.<sup>160</sup>

Mas como poderão os órgãos jurisdicionais determinar o conteúdo do conceito de *interesse público em sentido estrito*?

#### 4.5 Conteúdo do interesse público em sentido estrito: núcleo e halo

Por se tratar de uma categoria jurídica com contornos vagos e fluidos, o que auxiliará os órgãos jurisdicionais a avaliar se o Poder Público pautou a sua atuação em um efetivo interesse público é o seu *núcleo de certeza positiva*. Isso porque, os conceitos jurídicos indeterminados, por mais imprecisos que possam parecer, possuem um núcleo de certeza positiva, em que se localizam as situações fáticas que incontestavelmente correspondem àquele conceito, um extenso halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, na qual se situam as hipóteses que sem dúvida alguma não se enquadram no conceito.<sup>161</sup>

Em artigo doutrinário que tem por objeto específico o “interesse geral como conceito jurídico indeterminado”, Eduardo García de Enterría aduz que ao utilizar tais conceitos, as leis definem situações fáticas ou áreas de atuação plenamente identificáveis, muito embora o façam mediante expressões vagas, que terão de ser concretizadas no momento da aplicação da norma.<sup>162</sup> Ressalta que essa indeterminação lógica do enunciado legal

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. El interés general como categoría central..., *op. cit.*, p. 113; MEILÁN GIL. Intereses generales e interés público..., *op. cit.*, p. 184; GARCÍA DE ENTERRÍA. *Democracia, jueces y control de la Administración...*, *op. cit.*, p. 246; NIETO. La Administración sirve..., *op. cit.*, p. 2252; SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 76-77; RODRÍGUEZ MUÑOZ. De la noción de interés general..., *op. cit.*, p. 563; SAGUER. El interés público..., *op. cit.*, p. 406; BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 110.

<sup>161</sup> Nesse influxo: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis; Abeledo-Perrot, 2006. p. 31-32; SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado..., *op. cit.*, p. 82; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdiccional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29.

<sup>162</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado..., *op. cit.*, p. 82.

“não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação e a contrária, ou uma invocação meramente caprichosa capaz de legitimar qualquer situação”. E arremata dizendo que, ao contrário, “resulta manifesto que a utilização que a Lei faz desses conceitos aponta inequivocamente a uma realidade concreta, perfeitamente indicada como determinável”, através da utilização do conceito contrário ou oposto. Esse será o limite da indeterminação, “um limite manifesto e patente, nada impreciso, ambíguo ou vaporoso, um limite decisivo”.<sup>163</sup>

Para o referido professor, o interesse público consiste em um conceito altamente indeterminado, de espectro muito amplo, “mas que pode funcionar e funciona (...) para excluir certas atuações e para incluir outras, como um canhão delimitador, (...) que se faz bastante preciso enquanto é questionado em um caso concreto”.<sup>164</sup> Essa determinação concreta do interesse público — isto é, o enquadramento de determinado fato no conceito jurídico de interesse público — dar-se-á mediante uma apreciação de juízos disjuntivos: ou a conduta é de interesse público, ou ela não é. No conceito indeterminado de interesse público haverá um núcleo de certeza positiva, do que inegavelmente é de interesse público, um amplo halo (ou auréola) de imprecisão ou de incerteza, e uma zona de certeza negativa, daquilo que seguramente não se encaixa no conceito.<sup>165</sup>

Com isso, García de Enterría acolhe a posição de significativa parcela da doutrina alemã segundo a qual o conceito jurídico indeterminado encerra uma única solução justa ou possível. Não significa que tais conceitos correspondam a apenas uma conduta admissível (*v.g.*, não será somente um comportamento singular, entre os infinitos possíveis, que se amoldará ao conceito indeterminado de “boa fé”), mas sim que aquela situação fática ou se enquadra, ou não se encaixa no conceito.<sup>166</sup>

Por mais ampla que possa ser a margem de apreciação do conteúdo do conceito, ele sempre estará iluminado e orientado pelo seu núcleo de certeza positiva. Assim, como ensina Fernando Sáinz Moreno, por mais difusos que sejam os limites de um conceito jurídico indeterminado, é a sua essência ou núcleo que proporciona “o critério para conhecer até

<sup>163</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*.

<sup>164</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*, p. 72.

<sup>165</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*, p. 82.

<sup>166</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibidem*.

onde alcançam esses limites (...) porque o conceito chega até onde ilumina o brilho de seu núcleo”.<sup>167</sup>

De tais lições se pode deduzir a senda para determinar o conteúdo do interesse público. A identificação concreta do que se ajusta ou não a esse conceito deve tomar em conta, primeiramente, o seu núcleo de certeza positiva.

Como precisa Fernando Sáinz Moreno, o “interesse público como conceito legal apresenta um problema de interpretação jurídica, não de livre decisão”, pois nas situações em que a lei “condiciona uma atividade administrativa ao que, em cada caso, convenha ao interesse público, obriga a Administração a realizar um exame razoado e objetivo daquilo que nesse caso convém ao interesse público”.<sup>168</sup> É por isso que, segundo o autor, a aplicação do conceito sob exame demanda “explicar em termos objetivos por que se atua assim e não de outra maneira (...); razoamento que tem por finalidade mostrar a coerência entre cada decisão e o ordenamento jurídico”.<sup>169</sup>

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, no mesmo sentido, explica que a dificuldade de definição do interesse público está no fato de se tratar de um conceito que deve concretizar-se na realidade, razão pela qual essa operação de materialização é ordinariamente realizada pela “Administração Pública de maneira objetiva, racional, argumentada, motivada”.<sup>170</sup> Dessa maneira, não há problema em haver uma indeterminação na noção de interesse público, justamente porque se faz imprescindível a motivação substancial, por parte da Administração, nos casos em que ele for empregado como fundamento da ação administrativa.

O processo de identificação, no mundo dos fatos, das situações que se encaixam na noção de interesse público nada mais é, portanto, do que um problema de interpretação jurídica.<sup>171</sup> E essa interpretação deve ser iluminada pelo brilho do núcleo desse conceito.<sup>172</sup> No caso do interesse público, essa zona de certeza positiva é composta pelos valores plasmados no Preâmbulo da Constituição,<sup>173</sup> bem como pelos seus princípios e

<sup>167</sup> SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. p. 197.

<sup>168</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 74.

<sup>169</sup> SÁINZ MORENO, *ibidem*.

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central..., *op. cit.*, p. 112.

<sup>171</sup> SÁINZ MORENO. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico..., *op. cit.*, p. 76-77.

<sup>172</sup> SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>173</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o

objetivos fundamentais,<sup>174</sup> que na Lei Maior brasileira de 1988 estão arrolados no Título I (arts. 1º a 4º da CF).<sup>175</sup> Ademais, os direitos e garantias fundamentais do cidadão, em qualquer Estado Democrático de Direito, constituirão aquilo que José Luis Meilán Gil chamou de “núcleo irreduzível dos interesses gerais”,<sup>176</sup> uma vez que embora o conteúdo do conceito de interesse público possa variar diante da dinamicidade social e da alternância no poder, os direitos fundamentais da pessoa constituem a sua parte permanente.<sup>177</sup>

Logo, apesar da indeterminação do conceito de interesse público, ele pode ser determinado no caso concreto pelo Poder Público, e para identificá-lo o agente deverá interpretar as circunstâncias fáticas à luz dos elementos acima referidos, que se acomodam no núcleo de certeza positiva dessa categoria jurídica.

#### 4.6 Espécie de interesse englobado: o interesse geral

Aquilo que, neste trabalho, convencionou-se nomear de *interesse público em sentido estrito*, consiste no interesse titularizado pela sociedade, vale dizer, por todos os indivíduos indistintamente. Trata-se do que se propõe a denominar “interesse geral”.

Levando em conta a classificação adotada neste estudo, o conceito de *interesse público em sentido amplo* é formado pelos interesses que o ordenamento jurídico protege na forma de *direitos subjetivos* ou *interesses legítimos*, os quais podem apresentar caráter *individual* (quando forem de

---

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

<sup>174</sup> ESCOLA, *op. cit.*, p. 255.

<sup>175</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 1º 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: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. *Parágrafo único.* Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não-intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X – concessão de asilo político. *Parágrafo único.* A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

<sup>176</sup> MEILÁN GIL. Intereses generales e interés público..., *op. cit.*, p. 180, 196.

<sup>177</sup> MEILÁN GIL. O interesse público e o direito administrativo global..., *op. cit.*, p. 102.

titularidade de um indivíduo singularmente considerado), *coletivo* (de titularidade de um “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”)<sup>178</sup> ou *difuso* (“de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”).<sup>179</sup>

A categoria do *interesse público em sentido estrito* abrange, portanto, somente aquilo que se propõe a rotular de *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada), distinguindo-se dos *interesses específicos* (*individuais e coletivos*) protegidos pelo ordenamento.<sup>180</sup>

A identificação desse interesse, viu-se, compete aos órgãos e agentes públicos, nas hipóteses em que uma norma jurídica (constitucional, legal ou regulamentar) lhes conferir essa incumbência, seja na forma de “interesse público como conceito legal”, seja por meio da atribuição de uma competência discricionária. Em tais situações, será preciso que, no caso concreto, o Poder Público se depare com a existência de um interesse público especial, qualificado, que justificará o manejo de uma prerrogativa de autoridade para fazer predominar o *interesse geral* sobre os *interesses específicos* (*individuais* ou *coletivos*) que, embora resguardados pelo sistema normativo, deverão ceder passo ao primeiro. A existência desse interesse público reforçado na realidade fática constituirá uma *condição positiva de validade* da ação estatal, de molde que a sua ausência acarretará nulidade do ato, sujeitando-o ao controle jurisdicional.

O manejo das prerrogativas públicas não permite, contudo, que o Estado faça o *interesse geral* prevalecer sobre os *interesses individuais e coletivos* juridicamente protegidos em todas as vezes que houver choque entre eles. Tal prevalência dependerá das circunstâncias do caso concreto, uma vez que ambos os interesses em jogo encontram respaldo normativo. E

<sup>178</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

<sup>179</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90): “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. *Parágrafo único.* A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: (...) I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

<sup>180</sup> Conquanto não estabeleça uma distinção entre *interesse público em sentido amplo* e *interesse público em sentido estrito*, Fábio Medina Osório também inclui no conceito de interesse público a proteção de interesses coletivos, difusos e individuais (Cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 74, nota de rodapé n. 7).

mais: ela não implicará o aniquilamento dos *interesses individuais* ou *coletivos* que tiverem cedido passo ao *interesse geral*, mas tão somente a sua restrição ou afastamento naquela determinada ocasião.

Um exemplo pode aclarar o que se está afirmando. A prerrogativa da Administração Pública de realizar uma desapropriação por utilidade pública é prevista pela Constituição em seu art. 5º, XXIV,<sup>181</sup> e pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41.<sup>182</sup> Com fulcro nessa competência legalmente instituída, o Poder Público recebe do sistema normativo uma autorização jurídica para identificar, no caso concreto, quais situações configuram *interesse público em sentido estrito* (“utilidade pública”), isto é, um interesse da coletividade (*interesse geral*) que justifique a sua prevalência sobre os *interesses específicos (individuais ou coletivos)* que com ele se contraponham, permitindo-o excluir do particular o seu direito de propriedade, mediante o pagamento de justa indenização.

Portanto, em face de uma situação dessa natureza, em que o interesse da coletividade exija a desapropriação, a Administração, obedecendo à ordem *prima facie* que lhe estabelece o dever de realizar o *interesse geral* em sua máxima medida, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, garantirá a primazia desse sobre os interesses *individuais* ou *coletivos* dos proprietários. Ocorre que as circunstâncias do caso concreto podem inverter essa relação de prevalência. Uma ilustração disso é o aresto *Société civile Sainte-Marie de l’Assomption*, julgado pelo Conselho de Estado francês.

Na oportunidade, o *Conseil d’État* examinou uma ocasião na qual, conquanto existisse uma utilidade pública que justificasse a desapropriação (interesse de circulação pública), a sua realização ensejaria demasiados transtornos ao único hospital psiquiátrico da região, situado na área que sofreria a expropriação.<sup>183</sup> Ainda que o *interesse geral*, da coletividade em si mesma considerada, reclamasse a desapropriação, na ponderação com o *interesse coletivo* dos pacientes do hospital esse último predominou, culminando na anulação do ato expropriatório. Note-se que ambos os interesses

<sup>181</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 5º. (...) XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

<sup>182</sup> Decreto-Lei nº 3.365/41: “Art. 2º. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios”.

<sup>183</sup> FRANÇA. *Conseil d’État. Arrêt Société civile Sainte-Marie de l’Assomption*, le 20 octobre 1972. A respeito do julgado, ver TRUCHET. *Les fonctions de la notion d’intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d’État...*, op. cit., p. 131.

encontravam-se agasalhados no ordenamento jurídico (e, por isso, configuravam *interesse público em sentido amplo*), fato que justificou a ponderação entre eles e a determinação, no caso concreto, da primazia do segundo.

## 5 Conclusões

Em face de todo o exposto, conclui-se pela necessidade de se distinguir de forma clara e precisa as duas noções jurídicas distintas da categoria “interesse público” que convivem no Direito Administrativo. Precisar tecnicamente cada um desses conceitos consiste em uma forma de evitar confusões no momento da aplicação dos institutos jurídicos que dele lançam mão.

Conforme a proposta aqui apresentada, há duas concepções distintas de “interesse público”. A expressão poderá ser empregada em um *sentido amplo*, ou em um *sentido estrito*.

Resumidamente, do conceito de *interesse público em sentido amplo* se denotam as seguintes inferências:

- (a) ele engloba todos os *interesses juridicamente protegidos*, na forma de *direitos subjetivos* ou de *interesses legítimos*, permanecendo excluídos de suas fronteiras os *interesses puros e simples* e os *interesses ilícitos*, que configuram *interesses privados*;
- (b) nele estão incluídos o *interesse geral* (da coletividade em si mesma considerada) e os *interesses específicos (individuais e coletivos)* tutelados pelo ordenamento jurídico;
- (c) é definido mediante um processo de elaboração normativa: (i) primeiramente pelo constituinte, que fixa seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) num segundo momento pelo legislador ordinário, que através da deliberação democrática qualifica como públicos determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-políticos previamente estabelecidos pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõem as normas legais e constitucionais;
- (d) para sua satisfação, não basta que a atividade administrativa fundamente-se em um comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a *finalidade* subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do *desvio de poder*;

- (e) constitui uma *condição negativa de validade* dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a Administração Pública aja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa.

Por sua vez, de maneira abreviada, pode-se atestar que o *interesse público em sentido estrito*:

- (a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (*interesse geral*), que pode, no caso concreto, prevalecer sobre *interesses específicos (individuais e coletivos)* igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo;
- (b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) *explicitamente*, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogos pelo enunciado normativo); (ii) *implicitamente*, mediante a atribuição de uma competência discricionária;
- (c) quando utilizado para embasar juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público;
- (d) funciona como uma *condição positiva de validade* da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para autorizar a Administração Pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.

### **The Dual Juridical Concept of Public Interest in Administrative Law**

**Abstract:** This study aims to examine the dual juridical concept of “public interest” in Administrative Law. Demonstrating that the doctrine uses this concept in different situations, using the same term to explain various juridical phenomena, it is proposed to distinguish two categories of public interest from the perspective of Administrative Law — *public interest in the broad sense* and *public interest in the strict sense* — pointing out the significant juridical consequences of this differentiation.

**Key words:** Public interest. General interest. Administrative Law.

## Referências

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1978. t. I. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa.
- ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo: instituciones generales: bases, fuentes, organización y sujetos, actividad y control*. Barcelona: Ariel, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2.
- ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Daniel Wunder Hachem (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Poderes da República e sua relação no ordenamento jurídico brasileiro. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 23. Florianópolis: Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, 2009. Conferência de abertura proferida em 21.10.2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus intereses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BASSI, Franco. Brevi note sulla nozione di interesse pubblico. In: UNIVERSITA DI VENEZIA. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*. Modena: Mucchi, 1996. v. 1.
- BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996.
- BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano, 8, n. 37, p. 29-48, maio/jun. 2006.

BRITO, Mariano R. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo. *In: BRITO, Mariano R. Derecho Administrativo: su permanencia: contemporaneidad: prospectiva.* Montevideo: Universidad de Montevideo, 2004.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje.* 5. ed. Buenos Aires: LexisNexis; Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO, Paulo Neves de. *Da revogação no direito administrativo.* Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1951.

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. Le concept d'intérêt en science administrative. *In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). Droit et intérêt.* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 1.

CHEVALLIER, Jacques. Reflexions sur l'idéologie de l'intérêt général. *In: CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE. Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général.* Paris: PUF, 1978. v. 1.

CLAMOUR, Guylain. *Intérêt général et concurrence: essai sur la pérennité du droit public en économie de marché.* Paris: Dalloz, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.* São Paulo: Acadêmica, 1988.

CORES, Carlos Andrés de; CAL, Juan Manuel. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. *Revista de Derecho,* Montevideo, n. 11, p. 131-140, ene./jun. 2007.

D'ARGENIO, Inés. La ideología estatal del interés general en el Derecho Administrativo. *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica,* Buenos Aires, n. 59, p. 67-111, ene./mar. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. *Interesse Público – IP,* Belo Horizonte, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009.

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

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo.* Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.* 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

FRANCE. *Conseil d'État: Arrêt Société civile Sainte-Marie de l'Assomption.* 20 octobre 1972.

FROTA, Hidemberg Alves da. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado no direito positivo comparado: expressão do interesse geral da sociedade e da soberania popular. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 45-65, jan./mar. 2005.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GALEANO, Juan José. El principio de juridicidad: Noción, fundamento y caracteres: Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coord.). *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. reimp. Madrid: Thomson-Civitas, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 89, p. 69-89, ene./mar. 1996.

GAUTIER, Philippe. Quelques considérations sur l'intérêt privé et l'intérêt public dans un ordre juridique sans maître. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 3.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La suspensión de ejecución del acto objeto de recurso contencioso-administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 5, p. 248-255, abr./jun. 1975.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. I. Parte General.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 2011. 420 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo: bases fundamentales*. Santiago: Jurídica de Chile, 1996. t. II. El principio de juridicidad.

LINOTTE, Didier. *Recherches sur la notion d'intérêt général en Droit Administratif Français*. Bordeaux: [s.n.], 1975.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 171-198, abr./jun. 2010.

MEILÁN GIL, José Luis. O interesse público e o direito administrativo global. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de interesse público. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Proteção jurisdicional dos interesses legítimos no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 176, p. 9-14, abr./jun. 1989.

MERLAND, Guillaume. *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 2004.

MERLAND, Guillaume. L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la. Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 100-102, p. 847-880, ene./dic. 1983.

NIETO, Alejandro. La Administración sirve con objetividad los intereses generales. In: BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo (Coord.). *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Madrid: Civitas, 1991. v. 3.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

OST, François. Entre droit et non-droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; KERCHOVE, Michel van de (Dir.). *Droit et intérêt*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. v. 2.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. *Gênese – Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 10, p. 676-687, jul./set. 1996.

RANGEON, François. *L'idéologie de l'intérêt général*. Paris: Economica, 1986.

REY, Alejandro. El interés general. Argumento para limitar derechos individuales. *Revista de Derecho*, Montevideo, n. 13, p. 177-187, ene./jun. 2008.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista. *Revista de Derecho de Extremadura*, Cáceres, n. 6, p. 557-565, set./dic. 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SILVA, Guilherme Amintas Pazinato da (Coord.). *Direito administrativo e integração regional: anais do V Congresso de Direito Público do Mercosul e do X Congresso Paranaense de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo: en vía de recurso*. Madrid: Montecorvo, 1986.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Las medidas cautelares en la jurisdicción contenciosa-administrativa en España. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz: Derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

SAGUER, Marta Franch i. El interés público: la ética pública del Derecho Administrativo. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Derecho administrativo: Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2005.

SAINT-BONNET, François. L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnelle. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

SÁINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

SÁINZ MORENO, Fernando. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 8, p. 63-94, ene./mar. 1976.

SÁINZ MORENO, Fernando. Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 82, p. 439-454, ene./abr. 1977.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SESÍN, Domingo Juan. *Administración Pública: Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

SIMON, Denys. L'intérêt général vu par les droits européens. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Dir.). *Intérêt général, norme constitutionnelle*. Paris: Dalloz, 2007.

SOARES, Rogério Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: [s.n.], 1955.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público – IP*, Porto Alegre, ano 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRUCHET, Didier. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*. Paris: LGDJ, 1977.

VEDEL, Georges; DÉVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12<sup>e</sup> éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. I.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

Recebido em: 05.01.11

Aprovado em: 17.06.11