

O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro

The concept of public interest in brazilian administrative law

Emerson Gabardo¹

Maurício Corrêa de Moura Rezende²

Resumo: O presente artigo busca situar a contemporânea discussão sobre o conceito jurídico de “interesse público” no Direito Administrativo. Sem olvidar que este conceito possui diversas abordagens (sociológicas, filosóficas, política), busca-se, inicialmente, pensar sua faceta jurídica. Para isso, promove a análise do conceito inicialmente em sua natureza jurídica – que se revela como conceito jurídico indeterminado. Na sequência, observa a estrutura jurídica do conceito segundo a doutrina. Por fim, busca observar o que a doutrina tem a dizer sobre o conteúdo jurídico do

-
- 1 Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, Pós-doutor em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law.
E-mail: e.gab@uol.com.br
 - 2 Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná, Advogado.
E-mail: mauriciocdmr@gmail.com

conceito, não a fim de estabelecer aprioristicamente o que é ou não interesse público, mas para delinear que tipo de objetos podem ser enquadrados nessa conceituação.

Palavras-chave: Interesse público; conceito jurídico indeterminado; Administração Pública.

Abstract: This article seeks to situate the contemporary discussion about the legal concept of “public interest” in Administrative Law. Without forgetting that this concept has several approaches (sociological, philosophical, political), it is sought, initially, to think about its legal aspect. For this, it promotes the analysis of the concept initially in its legal nature - which reveals itself as an indeterminate legal concept. Following, it observes the legal structure of the concept according to the doctrine. Finally, it seeks to observe what the doctrine has to say about the legal content of the concept, not in order to establish a priori what is or not public interest, but to delineate what kind of objects can be framed in this conceptualization.

Keywords: Public interest; Indeterminate legal concept; Public administration.

Sumário: 1. Introdução; 2. Natureza do conceito de interesse público; 3. Estrutura do conceito jurídico indeterminado de interesse público; 4. Conteúdo jurídico do conceito; 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A expressão “interesse público” se encontra presente em diversos discursos e debates políticos da atualidade. Ao lado de expressões de teor similar, tais como “interesse coletivo”, “interesse geral”, “vontade geral”, dentre outras,

a referida expressão cumpre cotidianamente a função de motivar e legitimar a atuação política em diversas formas. Não escapa também ao Direito sua utilização, sobretudo ao Direito público: o texto constitucional se refere a ela expressamente não menos de doze vezes. Ademais, “razões de interesse público” são justo motivo para rescisão unilateral de contratos administrativos,³ ou mesmo para a encampação.⁴ Sem que este interesse esteja presente, não é possível haver qualquer intervenção estatal legítima, seja aquela oriunda de poder de polícia ou, exemplo mais eloquente: a desapropriação.⁵ Se em outro interesse senão nele estiver de fato motivado qualquer agir da Administração Pública, incorrerá o agente em desvio de poder,⁶ apenas para citar alguns exemplos.

Outrossim, deve ser mencionado Princípio da Supremacia do Interesse Público, de assento constitucional implícito,⁷ que não apenas se aplica cotidianamente nas

3 BRASIL. *Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (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.”

4 FORTINI, 2007.

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: “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”. Conferir, ainda: PIRES E ZOCKUN, 2008.

6 Assim preceitua o clássico José Cretella Júnior: “Entendido o *desvio de poder* (...) como o “uso indébito que o agente administrativo faz do poder discricionário de que é detentor para a consecução de fim diverso do que a lei preceitua”, e pontua: “O *fim* de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o *interesse público*. (...) De modo que o *fim* é sempre *fim público*, genérico ou específico”. Cf.: CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 49 e ss.

7 Sobre o tema, conferir: HACHEM, 2011.

relações entre Administração e administrados (no exercício do poder de polícia, por exemplo), como também conforma todo o regime jurídico administrativo. Em razão da supremacia do interesse público, é previsto no ordenamento jurídico uma série de prerrogativas ao ente público.⁸ Em razão deste mesmo princípio são estabelecidas diversas sujeições e restrições à Administração Pública, que não encontram símile na esfera jurídica dos administrados.⁹ Conforme assevera Daniel Wunder Hachem, “por mais paradoxal que possa parecer, o *interesse público* serve para legitimar e, simultaneamente, para limitar o exercício do poder”.¹⁰ A sujeição deve ser entendida como uma contrapartida da prerrogativa, ou seja: “o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido a sua submissão à vontade do povo)”.¹¹ Não parece exagerado afirmar, deste modo, que o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado é o grande conformador, o fundamento,¹² de todo o regime jurídico regulador da função administrativa. Alguns autores, como Guylan Clamour, identificam a grande importância do conceito de interesse público para a doutrina quando observam as expressões metafóricas utilizadas para representá-lo: “noção mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação

8 Pode-se citar, de forma exemplificativa, a presunção de legitimidade (legalidade e veracidade) que possuem os atos administrativos (CPC, art. 374, IV).

9 Um exemplo contundente é o princípio da legalidade, que opera de modo inverso em relação ao particular. Isto é, enquanto para este a legalidade é um limite negativo, proibindo algumas condutas e permitindo todas as demais, para a Administração a legalidade diz justamente o contrário, sendo um limite positivo: só permite aquilo que expressamente for previsto.

10 HACHEM, 2011, p. 115.

11 GABARDO, 2009, p. 260.

12 GABARDO, 2009, p. 120.

pública”, “coração do Direito Público, como a autonomia da vontade para o Direito Privado”, “alfa e ômega do Direito Administrativo”.¹³

Entrementes, a despeito do caráter nuclear e irradiador que o conceito de interesse público ocupa no ordenamento juspublicista, seu conteúdo, a princípio, é de difícil definição. Está presente em menções expressas de textos legais; é frequentemente utilizado nos discursos políticos e eleitorais cotidianos, mas nem sempre com rigor ou adequada capacidade explicativa. Conforme afirmou Guillermo Andrés Muñoz, “*el interés público existe, todo el mundo habla de él, es un principio conformador del ordenamiento jurídico, sin embargo, es muy rebelde a toda definición. A la hora de definir qué es el interés público, cuál es el contenido real del interés público, la question empieza a complicarse*”.¹⁴ Observa-se, aqui, que o autor, embora reconheça a existência do “significante” do conceito interesse público, dispensa, no entanto, a definição de um *significado*, embora este também exista, pois assim conclui: “*Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo*”.¹⁵

O mesmo se passa com o estadunidense J. Roland Pennock, quando afirma que o termo é vago, por óbvio.

13 CLAMOUR, Guylain. *Intéret General et concurrence: essai sur La pérennité du droit public em économie de marche*. Paris: Dalloz, 2006 *apud* HACHEM, e GABARDO, 2010, p. 33.

14 MUÑOZ, 2010, p. 23.

15 MUÑOZ, 2010, p. 30. É interessante que esta relação simbiótica com o amor também pode ser estabelecida com os direitos fundamentais. Ao menos esta é a perspectiva de análise de Raquel Cristina Ferraroni Sanches e Francisco Antonio Morilhe Leonardo. Cf.: SANCHES e LEONARDO, 2016.

Porém, isso não equivale a dizer que seja um conceito inválido “no sentido daquilo que transmite uma significação”.¹⁶ Para o autor não há motivo para se negar ou repudiar a funcionalidade das palavras apenas por sua vagueza, utilizando como exemplo, em vez do “amor”, a “beleza”. Demonstra Pennock como o conceito de beleza também não é afeito a definições, mas atesta que, a despeito dessa fluidez, ninguém poderia negar que exista uma tal coisa como uma pessoa bonita. Ou seja: não é a indefinição inerente ao conceito que lhe retira sua significância. Para o autor, com o interesse público acontece o mesmo que com a beleza: “grande parte de sua imprecisão desaparece quando é colocado num contexto específico”.¹⁷

Além de Muñoz e Pennock, diversos outros autores, diante da “rebeldia” do conceito, vêm negar qualquer conteúdo definível *a priori*, seja para desmerecer o seu caráter legitimador do agir da Administração – é o caso de Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Schier, Marçal Justen Filho, dentre outros–,¹⁸ seja para exaltar a própria “indeterminabilidade” como qualidade positiva ao conceito, pois “fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto”¹⁹ – como nos casos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, Eduardo García de Enterría, Luís de la Morena y de la Morena e Fernando Sáinz Moreno.²⁰

16 PENNOCK, 1967, p. 179.

17 PENNOCK, p. 180.

18 Cf. SARMENTO, 2010; BINENBOJM, 2008; ÁVILA, 2010; SCHIER, 2005; JUSTEN FILHO, 1999.

19 GABARDO, 2009, p. 288.

20 Cf. MELLO, 2009; DI PIETRO, 2010; BACELLAR FILHO, 2010; HACHEM,

Independentemente, por ora, de qual viria a ser o verdadeiro conteúdo do conceito, fato é que ele está, como se disse, presente na vida política, econômica e, especialmente, positivado na ordem legal, no regime-jurídico administrativo. Desse modo, como é usado para justificar e dar mote ao agir da Administração, a qual também se encontra vinculada ao princípio da legalidade, não está incólume à apreciação pelo Poder Judiciário. Ou seja, os magistrados deverão,²¹ por exemplo, emitir seu juízo se questionados acerca da existência ou não de interesse público em rescisão unilateral de um contrato, conforme do artigo 78, XII, da lei 8.666. Assim, é necessário conhecer a verdadeira dimensão jurídica deste conceito, uma vez que ele não escapa ao cotidiano dos juristas, e, por isso mesmo, não pode ser invocado a esmo.

2. Natureza do conceito de interesse público

O entendimento dos atributos do conceito de interesse público é, assim, essencial para delimitar as características e os limites da própria sua existência no mundo jurídico. Nesta toada, Eros Roberto Grau, ao discorrer acerca da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, anota que o Direito se produz e reproduz através de comunicação e linguagem, e especificamente a linguagem jurídica, em um panorama geral, é marcada pela ambiguidade e imprecisão.²² No entanto, não é essa imprecisão e ambiguidade, típicas da linguagem em geral, o óbice para que as palavras e expressões jurídicas que serão interpretadas ou aplicadas possuam alguma significação determinável. Ainda que

2011; MORENA, 1983; SÁINZ MORENO, 1976.

21 O verbo é imperativo, de acordo com o Princípio da Indisponibilidade da Jurisdição, consagrado na Constituição, art. 5º, XXXV.

22 GRAU, 2009, p. 224.

imprecisas, as palavras podem vir a ganhar conteúdo, se determinarem ao ponto de se tornarem conceitos.²³ O conceito vem a ser, então, a significação precisa e determinada de dada palavra ou expressão jurídica. Na acepção de Grau, é impossível e contraditório, assim, haver um chamado conceito indeterminado. Todo conceito é determinado, ou não é conceito, pois “o mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito, é que seja determinada”.²⁴ O autor afasta, assim, a noção de conceitos jurídicos indeterminados, os quais seriam, dentro de sua construção teórica, um paradoxo, pois as palavras podem até ser indeterminadas, mas o sumo abstrato de ideias, àquilo que se referem, o conceito, jamais.

Contudo, a doutrina jurídica nacional e estrangeira – nomeadamente os administrativistas – têm razoável consenso em admitir a figura dos conceitos jurídicos indeterminados,²⁵ contrariamente à opinião de Eros Grau.²⁶ Acerca da construção teórica do ex-ministro do Supremo Tribunal, Celso Antônio Bandeira de Mello averbou o seguinte:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no *próprio conceito e não na palavra que os rotula*. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – não o conceito – bastaria substituí-la

23 GRAU, 2009, p. 227.

24 GRAU, 2005, p. 196.

25 SOUSA, 1986, p. 276.

26 Cf. MELLO, 2000, p. 20; DI PIETRO, 2010; JUSTEN FILHO, 1999; HACHEM, 2011; BACELLAR FILHO, 2010; RIBEIRO, 2010; ENTERRÍA, 1996; MUÑOZ, 2010.

por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que *se quis comunicar*. Não há palavra alguma (existente ou inventável) que possa conferir precisão às *mesmas noções* que estão abrigadas sob as vozes ‘urgente’, ‘interesse público’, ‘pobreza’, ‘velhice’, ‘relevante’, ‘gravidade’, ‘calvície’ e quaisquer outras do gênero. A precisão acaso aportável implicaria alteração do próprio conceito originalmente veiculado. O que poderia ser feito, evidentemente, seria a substituição de um conceito impreciso por um *outro conceito* – já agora preciso, portanto um *novo* conceito –, o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhe servem de signo.²⁷

A divergência é acentuada, pois Grau rebate expressamente as críticas apontadas por Bandeira de Mello. Para o ex-ministro, equivoca-se Bandeira de Mello (e os demais administrativistas, brasileiros e estrangeiros), ao não compartilhar do mesmo conceito de conceito que ele defende. No entanto, mesmo nos apontamentos de Grau, a existência do que a doutrina juspublicista num geral chama de “conceitos jurídicos indeterminados” não é irrelevante, apenas merece uma denominação mais apropriada, capaz de circunscrever as idiosincrasias relativas à categoria jurídica que insta analisar.²⁸ Assim, expressões como “interesse público”, “relevância”, “gravidade” seriam “expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países, (...) orientações filosóficas e concepções de mundo”,²⁹ não se perfazendo enquanto conceito jurídico indeterminado, mas sim como conceito jurídico tipológico – o que ele nomeia de “noção”. Assim, para Grau, “onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado* há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações*

27 MELLO, 2000, p. 20-21.

28 GRAU, 2009 p. 242.

29 GRAU, 2005, p. 199.

sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas".³⁰ Donde o "conceito" por excelência é atemporal, perene, a par que a "noção" é uma ideia historicamente alocada, de acordo com valores e condições sociais de quando é aplicada – passível, assim, de interpretação.³¹ Por conseguinte, no caso, o interesse público seria uma noção, uma vez que não possui um conteúdo determinado e, ao contrário, apresenta-se como uma ideia sincrônica com a realidade de seu tempo, com conteúdo mutável de situação em situação. Tal ideia, aliás, não é contraditória com o apresentado até o momento, uma vez que restou assentada a fluidez que recebe a expressão "interesse público", alterada, por exemplo, de acordo com as etapas do Estado de Direito, seja para abster-se da vida dos cidadãos, seja para nela intervir; seja para representar as maiorias apenas, seja para resguardar as minorias.

Não parece operar, *a priori*, nenhuma incongruência no argumento de Eros Grau. De fato, o que comumente se entende por interesse público vai ao encontro da ideia de "noção" defendida pelo constitucionalista, pois: *i*) é uma ideia mutável e intimamente ligada com os valores sociais de cada época e consagrados em cada ordenamento jurídico e *ii*) passível de ser interpretado de acordo com esses valores e ordenamentos jurídicos. Ficam, desta forma, explicitadas, desde logo, duas características do conceito (ou noção) de interesse público.

No entanto, as mesmas conclusões são igualmente prospectadas pela classificação majoritária, a qual entende a natureza jurídica do interesse público ser conceito jurídico indeterminado. De fato, como se vê, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que se o conceito é fluido

30 GRAU, 2005, p. 202.

31 GRAU, 2005, p. 201-202.

é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha que ser havida como incorreta”,³² o que também corrobora a essência mutável do interesse público. Assim, o que se depreende é que, no tocante a presente investigação, ambas as classificações são satisfatórias e servem igualmente como instrumentos de análise da realidade jurídica. Evidentemente, não se está a afirmar que as demarcações que cingem as duas interpretações não possuam aspectos divergentes, sobretudo no campo do estudo da hermenêutica – os quais, no entanto, não influem diretamente nas conclusões relevantes para o deslinde da questão conceitual.

Nesse diapasão, verifica-se a validade de referir-se à natureza de “interesse público” tanto sob a lente de Eros Grau – aludindo-se, assim, à natureza do interesse público enquanto “noção”, quanto a entoada pela maioria dos administrativistas – afirmando, assim, que a natureza jurídica do interesse público é a de conceito jurídico indeterminado. Ambas as expressões remetem à mesma ideia, e apenas divergem quanto ao que é atribuído a cada significante. Em suma, no paradigma de Grau é paradoxal falar em conceito jurídico indeterminado, enquanto aos demais a expressão é totalmente possível, e ambas se justificam. De fato, aliás, o próprio autor, ao dissertar precisamente acerca do interesse público, se vale genericamente da expressão “conceito jurídico indeterminado” (sempre ressaltando o equívoco logo após).³³ Igualmente, observa-se que a contundente maioria das tratativas acerca da natureza do interesse público lançam mão dessa expressão. Deste modo, embora reconhecendo

32 MELLO, 2000, p. 23.

33 “‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, uma noção) Logo, *interesse público* deve, em cada caso, ser *interpretado* (...)”. Cf.: GRAU, 2005, p. 216.

a validade de ambas as teorias (cada qual dentro de seu paradigma), com a finalidade de melhor adequá-la aos referenciais teóricos, passa-se ao estudo da natureza jurídica do interesse público encarando-o como “conceito jurídico indeterminado”. Ressalve-se que os apontamentos a seguir também servem àquilo que Grau chama de “noção”.

3. Estrutura do conceito jurídico indeterminado de interesse público

Feitas essas considerações introdutórias, pode-se inferir que dois aspectos importantes atinentes aos conceitos jurídicos indeterminados são: sua ideia mutável e intimamente ligada com os valores sociais de cada época e consagrados em cada ordenamento jurídico e o fato de poder ser interpretado de acordo com esses valores e ordenamentos jurídicos. A análise do conceito de interesse público, portanto, é extremamente delicada. Pode-se afirmar, inclusive, que este é “por natureza, o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados”.³⁴ Por outro lado, esta indefinição não deve ser entendida necessariamente como um problema haja vista que na sua aplicação ao caso concreto tem-se a significação específica. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramon Fernández explicam: “a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das qualificações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso”.³⁵

34 BORGES, 1996, p. 115.

35 “Por sua referência à realidade, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito de realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca. Por exemplo: a maioria se produz aos dezoito anos; o prazo para interpor o recurso de alçada é de quinze dias; a aposentadoria

Ao se falar de interesse público, a questão ganha contornos mais imbricados. O ordenamento jurídico, em um Estado Social e Democrático de Direito, alberga uma quantidade plúrima de interesses que são agasalhados dentro da expressão “interesse público” – os quais podem até mesmo serem contraditórios.³⁶ Enterría, na análise dos conceitos jurídicos indeterminados, assim, dialoga diretamente com a lição de Fernando Sainz Moreno, a qual busca supedâneo na análise dos conceitos jurídicos indeterminados de Karl Engish.³⁷ Carlos Vinícius Alves Ribeiro explica que para o Sainz Moreno o conceito jurídico indeterminado possui um

se declarará ao completar o funcionário setenta anos. O número de dias assim precisados, estão perfeitamente determinados e a aplicação de tais conceitos nos casos concretos se limita à pura constatação, sem que se suscite (uma vez determinado pela lei o modo do cômputo e efetuada a prova correspondente) dúvida alguma a respeito do âmbito material a que tais conceitos se referem. Pelo contrário, com a técnica do conceito jurídico indeterminado, a lei refere uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta. Assim, procederá também a aposentadoria quando o funcionário padeça incapacidade permanente para o exercício de suas funções; boa-fé; falta de probidade. A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. A lei utiliza conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de suas funções, premeditação, força irresistível) ou de valor (boa-fé, padrão de conduta do bom pai de família, justo preço), porque as realidades referidas não admitem outro tipo de determinação mais precisa. Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado.” ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990, p. 393.

36 MUÑOZ, 2010, p. 38.

37 ENGISH, 1983, p. 153 e ss.

núcleo – que constitui seu significado primário, sua essência, sua zona determinável; e o halo – a zona de incerteza, que pode tanto ser relativa ao conceito, quanto não ser, a depender da interpretação do caso concreto. Assim, “a zona de certeza ou núcleo é o domínio das afirmações evidentes. O halo é a borda que ladeia o núcleo”. Neste ambiente não há certeza estabelecida, sendo necessário *a posteriori* ser densificado o conceito, donde “os conceitos que alcançam o consenso com facilidade estão na zona de certeza ou no núcleo. Os que não se encontram nesse quadro necessitam de interpretação (...)”.³⁸

Nesse sentido, então, pode-se observar que o conceito indeterminado, como de interesse público, composto pelos núcleo e halo, oferece três “zonas” em relação à sua significação: a primeira seria a zona de certeza positiva, na qual não há dúvidas de que algo é de interesse público; a segunda uma zona de certeza negativa, que é a negação das duas outras, consagrando-se como situações em que certamente não se está a falar de qualquer coisa que minimamente se refira ao conceito; e, finalmente, uma zona de incerteza, onde é impreciso afirmar aprioristicamente a existência ou inexistência de interesse público, pois se faz necessário um exercício interpretativo.³⁹ Entre outros, Thiago Lima Breus chamará esta última de “zona de incerteza ou penumbra”.⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello a denominará, outrossim, de “zona circundante”.⁴¹

Pontuar a natureza do interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado, sobretudo no tocante à zona de incerteza a ele correlata, demarca definitivamente a

38 RIBEIRO, 2010, p. 109.

39 RIBEIRO, p. 109.

40 BREUS, 2007, p. 146.

41 MELLO, 2016, p. 448.

dificuldade que o aplicador/intérprete possui ao se deparar com o uso do mesmo. Evidentemente,⁴² é importante repetir (até por se um ponto de vista aceito pela doutrina): “não se pode tomar a indeterminação de um conceito como algo problemático ou negativo, pois tal característica possibilita a sua melhor adequação e aplicação ao caso concreto”.⁴³ Entender a natureza do conceito é capaz de proporcionar, assim, a compreensão correta do mesmo, o que é inexorável tanto ao administrador quanto ao julgador, quando se deparar com o controle do mesmo interesse, realizar a aplicação adequada ao ordenamento.

O contexto da subsunção do interesse público ao caso concreto demonstra, assim, que a aplicação deste conceito não se trata apenas de um juízo taxativo de mera legalidade. De fato, é observável que o conceito de interesse público por vezes será determinado expressa e taxativamente pela lei, como ocorre na Lei nº 8745/93, a qual autoriza contratações extraordinárias por motivo de excepcional interesse público, plasmando logo em seguida quais seriam as necessidades temporais que viriam a se configurar o interesse público em definição *numerus clausus*.

Na maioria das vezes, no entanto, o interesse público será mandamento genérico, aberto, mais afeito àquilo que se viu enquanto noção de conceito jurídico indeterminado, devendo ser interpretado consoante os diversos interesses protegidos pelo ordenamento. O ordenamento, ademais, carrega em si o plexo dos diversos interesses de índole coletiva, que através da lei passam a reger a sociedade civil. Sendo assim, o interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes,⁴⁴ vale dizer, o conceito de interesse

42 JUSTEN FILHO, 1999, p. 116; e GABARDO, 2009, p. 228.

43 HACHEM, 2011, p. 276.

44 HACHEM, 2011, p. 160.

público possui uma estrutura dúplice: ora se dará “*em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, ora “*em sentido estrito*, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir”.⁴⁵ Classificação semelhante também adota Carlos Ari Sundfeld, biparticionando o interesse público a partir do seu “sentido forte” (previsto no ordenamento jurídico) e do seu “sentido fraco” (valores espraiados pelo ordenamento no geral).⁴⁶

Em seu sentido amplo (ou fraco), o interesse público viria a ser a própria finalidade do Estado, e passa a ser reconhecido enquanto interesse público a partir do momento em que o Poder Legislativo faz que o mesmo seja recepcionado pela ordem normativa. Nesse sentido, pode-se dizer que, em parte, a construção jusfilosófica oitocentista ainda é válida atualmente, pois o interesse público vem a encontrar substrato na vontade a ser representada.⁴⁷ Assim, a consagração de um referido interesse enquanto público se dá em algumas etapas:⁴⁸ cabe primeiramente ao constituinte estabelecer os valores fundamentais partilhados e basilares de toda a sociedade, e igualmente, em momento posterior, também ao legislador ordinário, em acordo com o mandamento fundamental, estabelecer os demais interesses em harmonia com tal configuração valorativa. Daí que a noção de interesse público, sobretudo em seu sentido amplo, seja mutável e represente, a cada momento, a resultante dos vetores axiológicos presentes na sociedade.⁴⁹ E compete ao legislador, enquanto representante e pretense tradutor dos anseios

45 HACHEM, 2011, p. 160.

46 SUNDFELD, 2004, p. 31.

47 GABARDO, 2009, p. 107.

48 HACHEM, 2011, p. 166.

49 Respeitando-se o direito das minorias em um Estado Democrático.

sociais, manifestar o interesse público em dado momento histórico.⁵⁰ Assim, os representantes eleitos, “afinal, são as pessoas investidas da prerrogativa de responsabilidade oficial pela construção da sociedade sob as bases constitucionais da dignidade e da felicidade” e a eles compete a identificação de qual é o interesse público.⁵¹ Isso deve se realizar dentro de uma lógica democrática, ou seja: “o Parlamento é o órgão fundamental de representação de todo o povo, em que as minorias podem se fazer ouvir e participar da elaboração da norma, em um procedimento que se marca pelo contraste, pela publicidade e pela livre deliberação”.⁵²

Assim, o interesse público, notadamente o em sentido amplo, não é um *prius*, não é um dado, mas um construído, localizado dentro de uma conjuntura multifária que não irá sempre apontar para uma mesma direção, mas sim se delineará de acordo com os representantes eleitos em questão, a conjuntura econômica envolvida,⁵³ grupos de

50 “En un Estado democrático y libre sólo al legislador corresponde fijar lo que conviene al interés público. El legislador, si es representante de la voluntad del pueblo, expresa por medio de su actuación legislativa la concepción que en cada momento prevalece del interés público”. SÁINZ MORENO, 1976, p. 75.

51 GABARDO, 2009, p. 230.

52 SALGADO, 2010, p. 230. No mesmo sentido, Wanderley Guilherme dos Santos expõe o caráter democrático do ambiente parlamentar, que deve ser marcado pelo embate, diálogo e síntese de ideias, afastando da formação da vontade geral a mera manifestação plebiscitária, não dialógica e que se furta ao contraditório. Para o cientista político: “o parlamento vem a ser precisamente o lugar em que são expostos argumentos contraditórios, em que se processa a persuasão de uns, a reconsideração de outros e a deliberação que, afinal, raramente corresponde imaculadamente a alguma das opiniões originárias. A opinião expressa em plebiscito escapa ao contraditório, estando contaminada por maior probabilidade de celebrar um erro entre todas as opiniões possíveis. O senso comum compartilha com os ideólogos a ilusão de que o número assegura a qualidade de uma opinião, mas não há conexão necessária entre uma coisa e outra”. Cf.: SANTOS, 2007, p. 8.

53 Como assevera Angela Costaldello, “nesta tessitura entrecortada por

pressão, movimentos sociais, condições geográficas, dentre tantas outras.⁵⁴ Como exemplo, tome-se a questão do serviço funerário na região Metropolitana de Curitiba. Na capital paranaense, esse serviço é, há muito tempo, considerado serviço público, de caráter essencial,⁵⁵ podendo ser prestado por particulares mediante concessão ou permissão, sempre precedidas de procedimento licitatório, e regido pela lei municipal nº 10.595/02. Em Piraquara, cidade vizinha da região metropolitana, ao revés, até 2016 não havia disciplina legal sobre o assunto, e a exploração da atividade econômica funerária não era considerada serviço público.⁵⁶ Não se pode dizer, *a priori*, que a prestação do serviço funerário seja ou não de interesse público ou mesmo um serviço público: é necessário averiguar as condições do caso concreto, os agentes políticos envolvidos, e a decisão política tomada (e, ainda assim, há forte polêmica no próprio conceito de serviço público).⁵⁷ Em determinada época ou local, dado interesse pode ser público, e em dada outra não ser. Não

multifários componentes e prismas de investigação, a noção de interesse público também está, segundo os signos capitalistas, atada a uma orientação econômica, sobretudo da eficiência do sistema econômico, traduzida na distribuição de renda e no bem-estar material". COSTALDELLO, 2010, p. 242.

54 CYRINO, 2016.

55 CURITIBA. Lei municipal nº10.595/02. Art. 1º - O serviço funerário no Município de Curitiba tem caráter público e essencial, podendo ser delegado à iniciativa privada através de concessão ou permissão mediante prévia licitação, e reger-se-á por esta lei, decretos, portarias, resoluções e demais atos normativos expedidos pelo Poder Executivo.

56 Observe-se, para não restarem dúvidas, que em ambos os municípios o sepultamento e os serviços funerários são, inegavelmente, de interesse público, reconhecido pelos regimes jurídicos de ambos. No entanto, o interesse no desempenho dessa atividade em regime de serviço público se dava apenas em Curitiba.

57 O estudo recente mais ilustrativo desta problemática é o de Adriana Schier. Cf.: SCHIER, 2016.

por menos, em 2016, o mesmo Município de Piraquara, com a promulgação da Lei Municipal nº 1.574, modificou o regime jurídico da atividade funerária, passando a ser um serviço público, compreendido pelo interesse público. Não se olvide, também *ad exemplum*, o clássico *arrêt Agnès Blanco*, estabelecido em um momento histórico no qual a exploração de tabaco era uma finalidade legitimamente perseguida pelo Estado (o que, hoje, parece inconcebível).⁵⁸

Outra conclusão extraível é que: por serem tomados em sentido amplo aqueles “interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento” é que não cabe à Administração Pública qualificar um determinado interesse como público, e sequer está legitimada para tanto (senão, de modo secundarizado, no tocante ao poder regulamentar).⁵⁹ Este interesse, assim, condicionará o agir da Administração, dando-lhe a tônica e a finalidade, e estabelecendo, desta forma, uma condição negativa de validade dos atos administrativos. Acaso Administração persiga, através de seus atos, fins que não os fins albergados e previstos pelo ordenamento jurídico, vale dizer, não persiga o interesse público em sentido amplo, os mesmos padecerão invariavelmente do vício de desvio de finalidade e, por conseguinte, serão nulos.⁶⁰

No entanto, a observação de que o ordenamento jurídico, de forma genérica, resguarda o interesse público não compreende a complexidade da estrutura do conceito. Situações haverá em que, muito mais do que os valores albergados pelo ordenamento, um interesse público peculiar se demonstrará necessário para ensejar o agir do Poder Público – sendo, assim, um pressuposto de validade positivo: “um *plus*, um interesse público qualificado, que ultrapassa o

58 GABARDO; HACHEM, 2010, p. 263.

59 HACHEM, 2011, p. 168-169.

60 CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 49 e ss..

simples respeito ao Direito positivo”.⁶¹ Nessas hipóteses, a lei fará a imposição tautológica da presença de um interesse público específico para, apenas se o mesmo se verificar, estar habilitada a Administração a tomar determinado tipo de ação no caso concreto.

Diante dessa situação, o interesse público não será meramente conceito jurídico, mas, inclusive, conceito legal⁶² indeterminado. Nesse sentido, Hachem observa que essa necessidade de um interesse público específico para a atuação administrativa ocorre, em geral, em três hipóteses: (i) para instituir proibições, limitações a direitos ou coações, que sejam impostas naturalmente pelo Estado; (ii) como pressuposto para concessão de autorizações, que serão denegadas se ofensivas ao interesse geral; ou (iii) para justificar modificações ou extinções de atos ou relações jurídicas já estabelecidas. Do primeiro caso, podem-se averiguar as multas mediante atos auto-executáveis e os tombamentos; do segundo, as autorizações, por exemplo, para produção e distribuição de material bélico; do último, em exercício da autotutela e rescisão unilateral de contratos administrativos.⁶³

Esta remissão ao interesse público muitas vezes se dá de maneira explícita na lei, “*por lo que no es infrecuente encontrar en las normas que confieren potestades tales como ‘en función de interés general’, ‘por razones de interés general’, ‘conforme a los intereses generales’, o otras semejantes que delimitan el ejercicio de aquellas potestades*”,⁶⁴ ou também de maneira implícita, a qual recai para o momento de aplicação de determinada lei pelo administrador no caso concreto. Seja

61 HACHEM, 2011, p. 182-183.

62 SOUSA, p. 276.

63 HACHEM, 2011, p. 183.

64 MUÑOZ, 2009, p. 563.

de maneira expressa vinculada, seja relegado à discricção do administrador, o interesse público em sentido estrito é aquele inexoravelmente necessário para uma atuação válida do ente administrativo e, mais, sua existência deverá ser demonstrada e comprovada pelo Poder Público.⁶⁵

Exemplos dessas categorias não faltam.⁶⁶ Como aludido anteriormente, o próprio texto constitucional se refere dezena de vezes à expressão “interesse público” ou similares, sendo ele expressamente exigido para que se promova qualquer desapropriação,⁶⁷ qualquer requisição de propriedade particular em caso de iminente perigo público,⁶⁸ para que se opere a exploração de atividade econômica diretamente pelo Estado⁶⁹ e para uma eventual restrição de publicidade de atos processuais,⁷⁰ e, outrossim, é o fundamento mor da

65 Segundo Enterría: *“la Administración tiene la carga de alegar, probar y motivar en cada caso la concurrencia de esa específica causa del interés público legitimador, sin que sea suficiente invocar su posición general de gestor ordinario de ese interés”*. ENTERRÍA, 1996, p. 74. No mesmo sentido, no Direito pátrio: BACELLAR FILHO, 2003, p. 212.

66 Conforme: HACHEM, 2011, p. 186-187.

67 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 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;

68 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 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;

69 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 173 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;

70 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 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

Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011). Ainda, também a lei ordinária restringe a prática de determinadas ações pelo Poder Público, tais como a encampação de serviço público “por motivo de interesse público”,⁷¹ rescisão unilateral do contrato administrativo por “razões de interesse público”,⁷² de revogação da licitação “por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado”,⁷³ de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por motivos de “excepcional interesse social”,⁷⁴ de convalidação dos atos administrativos, que é vedada se for suscetível a acarretar “lesão ao interesse público”,⁷⁵ entre outros. Sem que haja tal interesse público

sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

- 71 BRASIL. 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;
- 72 BRASIL. 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;
- 73 BRASIL. 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;
- 74 BRASIL. 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;
- 75 BRASIL. 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.

específico, os supracitados atos não podem sequer ser praticados, o que confirma a lógica de que, nesses casos, transcende-se a mera necessidade de conformidade com a finalidade geral do ordenamento jurídico-positivo (interesse público em sentido amplo/fraco), que é uma característica imprescindível para todo e qualquer ato da Administração. Assim, o interesse público em sentido estrito, diferentemente daquele em sentido amplo (que não deve ser contradito por qualquer ato administrativo) deve, nas situações em que é requerido, estar necessariamente verificado. Assim, observa-se que ele se configura como verdadeira cláusula positiva de validade.

Afinal, a expressão “interesse público” é, para o Direito, verdadeiro conceito jurídico – e, mais especificamente, conceito jurídico indeterminado. Enquanto tal, oferece três zonas relativas à certeza daquilo a que se refere, duas zonas de certeza, uma positiva e uma negativa, nas quais sempre se saberá de modo incontestado aquilo que o interesse público é ou não é, respectivamente, e, igualmente, uma zona de incerteza, de penumbra.⁷⁶ Nesta contextura, o interesse público também se estruturará sob duas feições, nomeadamente “em sentido amplo” e “em sentido estrito”. A primeira se refere ao interesse público presente na essência de todo ordenamento jurídico e, em sendo a finalidade da Administração Pública atuar em conformidade com tal ordenamento, este interesse público deve sempre ser observado durante a prática de qualquer ato administrativo, do contrário será inválido. Ou seja, sua observância é condição negativa de validade de todo e qualquer ato administrativo. Outrossim, o

76 Quanto à zona de incerteza, pontue-se desde logo que a mesma é objeto de disputa doutrinária, havendo quem defenda, como Eduardo García Enterría, que sua incerteza se opera apenas *in abstracto*, e deixa de existir quando da subsunção da mesma. Igualmente se alega que esta zona, em realidade, vai referenciar à discricionariedade do administrador.

interesse público em sentido estrito também deve sempre indispensavelmente ser observado, é claro, mas não por todos os atos administrativos – será necessário apenas para uma determinada categoria de atos. No entanto, para estes, operará enquanto condição positiva de validade, pois sua não-configuração impede desde logo a prática da atividade.

Tal estrutura revela que o atendimento ao interesse público, ainda que apenas em sentido amplo, está sempre ligado às atividades da Administração. Assim, sempre que o Judiciário julga as contendas em que um ente administrativo é parte, está (ainda que de forma implícita, como se verá) a exercer jurisdição sobre o interesse público, mesmo que apenas de forma negativa, ao não atestar que os atos da Administração em juízo cometeram alguma incongruência com as finalidades apontadas pelo ordenamento jurídico-positivo. No entanto, para o entendimento de como esse controle pode ser feito, a sua análise da natureza e estrutura jurídicas do conceito é insuficiente. Ainda que haja quem entenda que “o interesse público é explicado a partir de sua estrutura, não do seu conteúdo”,⁷⁷ a análise judicial do conceito galgada apenas na estrutura apontada se constitui em um vácuo absoluto de significado. Diante deste entendimento, cabe analisar o que a estrutura apontada vem a albergar, vale dizer, qual a significação posta pelo ordenamento jurídico ao presente objeto de estudo.

4. Conteúdo jurídico do conceito

A questão atinente à propositura de um conteúdo jurídico ao conceito de interesse público é, sem dúvida, bastante delicada. Autores como Humberto Ávila advogam

77 HACHEM, 2011, p. 155. Ressalve-se que esta não é necessariamente a opinião do autor, mas sim a de certa parcela da doutrina a quem ele se refere (Celso Antônio Bandeira de Mello e Renato Alessi).

que a busca de um conceito de interesse público é despicienda, pois o mesmo é impossível de ser aferido objetivamente e sua conceituação é irrelevante para a tratativa do mesmo.⁷⁸ Entretanto, esta não parece ser a melhor posição jurídica a respeito do assunto. A busca pela delimitação jurídico-política (e até mesmo ética) do conceito de interesse público é perfeitamente possível. Aliás, não parece ser mais complexa do que a de outros conceitos jurídicos indeterminados utilizados no cotidiano da Administração, tais como “eficiência” ou “moralidade”. E nem por isso seria razoável afirmar que a compreensão em abstrato de tais noções é inútil ou impossível.⁷⁹ Ignorar este substrato do conceito, esquivando-se da tarefa de buscar-lhe uma circunscrição semântica, invariavelmente incorrerá em erro ou, no mínimo, em uma análise imperfeita do tema.⁸⁰

Acerca disso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior asseverou que a noção de interesse público “é lugar-comum”, ou seja, embora seja dotada de significação, não pode ser precisada, mas faz parte do entendimento geral das pessoas, passando por diversas áreas do conhecimento humano além do próprio Direito.⁸¹ De fato, não faltam explicações, mormente no campo da sociologia para tentar delimitar o que viria a ser interesse público, sempre ligadas às satisfações das necessidades sociais, normalmente ligadas a uma ideia de bem comum. Há quem assevere, por exemplo, que a noção de interesse público tange o locupletamento de necessidades alimentares, de lazer, vestuário, domicílio, labor, de forma homogeneizada na sociedade.⁸² O estadunidense Gerhard

78 ÁVILA, 2010, p. 176 e 211.

79 GABARDO, 2009, p. 287.

80 BACELLAR FILHO, 2010, p. 89.

81 FERRAZ JÚNIOR, 1995.

82 BODENHEIMER, 1967, p. 212-213.

Colm, nessa matiz, separa didaticamente o conteúdo do interesse público em quatro perspectivas de análise: metassociológica, sociológica, econômica e jurídica. Na primeira (metassociológica), o interesse público se apartaria das complexidades sociais, ligado muito mais a um grande objetivo das sociedades monolíticas, como nas teocracias (buscar o Reino de Deus) e no comunismo (buscar a igualdade material entre os indivíduos). Nesses casos, destaca o autor que é desnecessário buscar um conteúdo ao interesse público, pois ele é explícito e monovalente, e as divergências serão apenas sobre o modo de perseguição desse objetivo supremo. Em uma sociedade pluralística, ao revés, haverá controvérsia sobre a significância do interesse público, oriunda das mais diferentes convicções e sistemas de valor de cada cidadão.⁸³ Nesta, o interesse público é aferido através de um grau sociológico propriamente dito, e se averigua através do debate, da composição plural e dialogada, do conflito de ideias e também da capacidade dos eleitores de fazer a realização de sua vontade ser de interesse daqueles que administram a máquina pública. Economicamente, o interesse público residiria em padrões objetivos e ligados à produção, tal como o pleno emprego, o crescimento do PIB e o superávit. Por fim, o mesmo também comporta uma noção jurídica, a qual, contudo, o autor prefere não conceituar, apenas pontuando que, no Direito, o interesse público possui papel legitimador (o que não oferece seu conteúdo, apenas sua função, portanto) e que não consegue jamais estar compassado com as demais acepções do termo.⁸⁴

De todo modo, como visto, o conceito de interesse público é, também, conceito jurídico, e, assim, possui uma

83 COLM, 1967, p. 127.

84 COLM, 1967, p. 128-131.

circunscrição semântica dentro do Direito. Aliás, enquanto conceito jurídico indeterminado, a busca do seu conteúdo é essencial para a delimitação das três zonas estudadas, pois a partir do mesmo é viabilizada a definição das zonas de certeza positiva e negativa e, igualmente, traçam-se os parâmetros que alumiarão a zona de penumbra, de incerteza, que, afinal, se referencia nas certezas das outras duas.⁸⁵

Uma análise mais pedestre poderia, ademais, vir a buscar o conteúdo do interesse público através de quem busca por excelência a sua realização: o Estado. Nestes termos, é interesse público o interesse subjetivo dos Poderes Públicos. Ocorre ser pacífico na doutrina que interesse público e interesse do Estado não se confundem. A distinção, feita notadamente por Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸⁶ com supedâneo nas lições de Renato Alessi,⁸⁷ é importante para que deturpações do verdadeiro significado desse conceito nuclear do Direito administrativo sejam evitadas.

Desse modo, é comum distinguir o interesse público (o verdadeiro e legítimo interesse público, do qual se está a tratar) sob a alcunha de “interesse público primário” e o interesse do Estado, ou da Administração Pública, enquanto “interesse secundário”. Há quem identifique o interesse estatal enquanto “interesse público secundário”,⁸⁸ na perspectiva de que ambos seriam interesse público, com diferenças apenas quanto ao grau de preponderância. Essa noção, no entanto, é equivocada, pois tais interesses “*não são interesses públicos, mas individuais do Estado*”.⁸⁹ Aliás, mesmo ao se falar em “interesses do Estado” está-

85 BREUS, 2007, p. 126.

86 MELLO, 2009, p. 68.

87 ALESSI, 1978, p. 229 e ss.

88 Para um arrolamento extensivo, conferir HACHEM, 2011, p. 158.

89 MELLO, 2009, p. 65.

se realizando enorme exercício de abstração ao considerar o ente público como existência autônoma e dotada de interesses. Afinal, como pontua Justen Filho acerca desses “interesses secundários”, “ousa-se afirmar que nem ao menos são *interesses*, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito”, vez que “o Estado não possui *interesses* qualitativamente similares aos *interesses* dos particulares, pois não foi instituído para buscar satisfações similares às que norteiam a vida dos particulares”.⁹⁰ Assim, em uma rápida análise, o que parece prosperar é que, ao Estado, existem tão só “conveniências circunstanciais”, pois o mesmo sequer é dotado de interesse, pois sua função, sua finalidade, como se viu, é perseguir o interesse público (primário), que está em outra ordem de ideias. Assim, tais conveniências circunstanciais não poderão jamais guardar qualquer convergência de conteúdo com o interesse público;⁹¹ pertencem, portanto, à zona de certeza negativa, salvo “quando coincidentes com os interesses primários”.⁹²

90 JUSTEN FILHO, 1999, p. 118.

91 Bodenheimer esclarece bem a questão: “Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo que as autoridades públicas com o seu *fiat* declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo. Toda pessoa informada tem consciência o fato de que, nas condições do mundo atual, essa identificação não tem fundamento racional. Os funcionários do governo podem conceber mal o interesse da comunidade, cometer sérios e inquestionáveis erros na estruturação e na execução de políticas públicas e podem levar à ruína e ao desastre a nave do Estado. Podem ser também motivados por desejos egoístas no exercício de suas responsabilidades e interpretar suas funções públicas puramente em termos de progresso pessoal e engrandecimento do poder. BODENHEIMER, 1967, p. 210-211.

92 MELLO, 2009, p. 67.

No tocante ao interesse público (primário), também Bandeira de Mello possui conceito amplamente propagado na doutrina nacional, que sintetiza do que se está a tratar. Para o autor, o interesse público consiste na “*dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consiste no plexo de interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade*”.⁹³ Ou seja, o interesse público, como visto anteriormente, não viria a constituir um dado apartado dos indivíduos – pelo contrário, é formado a partir dos cidadãos, mas não de forma ampla (não são todos os interesses dos particulares que compõem o interesse público, apenas os tidos enquanto membros da sociedade, isto é, em uma perspectiva pública). Assim, o interesse público que se está a tratar é titularizado inegavelmente não pelo Estado, mas sim pela sociedade, e aquele só possui o dever de cumpri-lo.

Essa constatação, no entanto, inobstante ser conveniente para delimitar alguns pontos da zona de certeza negativa do conceito, não dá maiores liames para a delimitação do que viria a ser, de fato, o conteúdo do mesmo. De fato, também Celso Antônio Bandeira de Mello, ao encarar a questão, alude genericamente que o interesse público é qualificado pelo sistema normativo.⁹⁴ Ou seja, “o seu conteúdo jurídico não pode ser encontrado em outro lugar senão no próprio direito positivo”,⁹⁵ o que leva a conclusões singelas (embora de muita valia e clareza), como a de Lúcia Valle Figueiredo, de que interesse público é “aquilo que a lei assim quis”.⁹⁶ De fato, o que se denota, portanto, é que a titularidade do interesse público é ineficaz (a não ser para trazer certezas negativas) na persecução do conteúdo intentada e que o

93 MELLO, 2009, p. 65.

94 MELLO, 2009, p. 68.

95 HACHEM, 2011, p. 159.

96 FIGUEIREDO, 2003, p. 35.

mesmo de fato se localiza no sistema normativo, donde somente a sua análise mais profunda pode fornecer os parâmetros que façam a circunscrição semântica obstinada.

Afastadas as noções que intentam identificar o interesse público como o somatório, o amálgama, ou o denominador comum entre o rol de todos os interesses particulares,⁹⁷ os quais, conforme visto anteriormente, não prosperam sequer em uma perspectiva liberal de Estado, bem como superada a noção abstencionista (negativa) do mesmo interesse, tem-se uma concepção mais tradicional, a qual Marçal Justen Filho denomina de “concepção de natureza técnica”.⁹⁸ Dentro da definição do conteúdo jurídico de interesse público, a partir deste paradigma, entende-se que alguns interesses privados não podem ser satisfeitos através da ação isolada dos próprios particulares, o que vem a exigir a intervenção do Estado (aliás, para esta visão, o próprio Estado existe apenas para superar dificuldades de maior dimensão que seriam impossíveis ou inviáveis aos particulares).⁹⁹ Ou seja, o Estado existe apenas para a promoção de atividades que os particulares não conseguiriam desenvolver por si só, seja por sua onerosidade excessiva, seja por sua complexidade. Essa dimensão parte de um entendimento de que cabe aos próprios membros da sociedade civil, de modo apartado do aparato estatal, desenvolver seus afazeres, e apenas naquilo que não for possível a realização pelos particulares, há interesse que o Estado seja o mantenedor de tal atividade e, assim, o interesse passa a ser público. Como explicita Justen Filho, para a consubstanciação do interesse público, dentro de tal horizonte, seriam necessários dois elementos: a existência de interesses generalizados na realização de

97 JUSTEN FILHO, 1999, p. 120.

98 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 122.

99 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 122.

dada atividade e a insuficiência dos esforços individuais para sua satisfação. Assim, “qualificam-se essas teorias como *técnicas* porque a consistência do interesse público reside na mera impossibilidade de sua satisfação através da atividade individual isolada”.¹⁰⁰

Esta concepção defendida por Marçal Justen filho é perfeitamente compatível com o princípio da subsidiariedade,¹⁰¹ o qual se funda em uma lógica que antagoniza Estado em benefício de uma visão angelical da sociedade civil.¹⁰² Este entendimento brota a partir de realidades concretas ligadas ao desenvolvimento social e do setor privado (*i*), tecnológicas (*ii*) e até mesmo políticas (*iii*) bastante específicas, como se pode observar. Primeiramente, observa-se que, por exemplo, até meado do século XX, a riqueza privada era, na maioria dos países, insuficiente para produzir a satisfação dos interesses coletivos da população. Era imprescindível a intervenção estatal e a utilização dos recursos públicos como instrumento para tanto.¹⁰³ Ou seja, essa lógica se impunha pelas necessidades que existiam e pela incapacidade de os particulares as atenderem (*i*). Ademais, somam-se a isso uma série de dificuldades de natureza técnica (*ii*) para a satisfação de determinado interesse. Nessas situações, os particulares, não apenas

100 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 123.

101 A expressão possui, em verdade, duas feições, a saber: “a) a ‘subsidiariedade vertical’, que consiste numa regra de competência entre o Estado e as regiões ou entre o Estado uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa); e b) ‘subsidiariedade horizontal’, que retrata uma regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma prioritarização desta em detrimento do Estado). Os dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência orgânica”. GABARDO, Emerson, 2009, p. 212.

102 GABARDO, Emerson, 2009, p. 213.

103 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 123.

por falta de recursos financeiros e humanos, são restritos a prestar dada atividade, mas, sobretudo em decorrência de uma impossibilidade tecnológica para tal atendimento.¹⁰⁴ É o caso dos monopólios naturais, como o serviço de esgoto e saneamento, os quais só podem ser prestados aos cidadãos por um único ente. É, por conseguinte, adequada a presença de monopólio, não podendo a atividade ser prestada sob as regras do mercado, o que afasta sua prestação por particulares e relega ao ente público sua prestação. Por fim, (iii) motivos de cunho político-ideológico também informam este paradigma, dentro de uma lógica em que se ressalta “o antagonismo entre o Estado e a sociedade civil a partir da ideia que o Estado é a encarnação de toda a forma de dominação”.¹⁰⁵ Assim, as noções que encaram o ente público enquanto um instrumento de despotismo e supressão de direitos subjetivos buscarão minimizar a participação do mesmo na consecução dos interesses coletivos.

Até o último quartel do século passado, o princípio da subsidiariedade vigeu com certa materialidade. A Constituição brasileira de 1967, por exemplo, previa expressamente que “às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas. §1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”, ou seja, o que se depreende é que, de fato, o papel do Estado na perseguição de alguns interesses só se daria no caso de as empresas privadas não o poderem fazer. Ocorre que a evolução sócio-econômica verificada ao longo do século XX tornou problemática a manutenção de concepções dessa ordem para a própria iniciativa privada. Paulatinamente,

104 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 123.

105 GABARDO, 2009, p. 105.

a sociedade civil tornou-se titular de meios materiais e de conhecimento técnico suficientes para produzir a satisfação de várias necessidades que, até então, eram relegadas ao âmbito de interesse público. Os recursos econômicos privados passam ser suficientes para os investimentos em infraestrutura necessários ao entendimento dos interesses coletivos, e a tecnologia que possui o setor privado não raro passa a ser mais eficiente e adequada do que a titularizada pelo Estado. Tome-se como exemplo o setor de telefonia fixa, que por longa data foi tido enquanto exemplo típico de monopólio natural e, com o avanço da tecnologia, pôde ser ofertado por diversas empresas, em regime de concorrência e de acordo com a lógica de mercado; logo o Direito veio a coroar tal conjuntura, dentro de uma lógica neoliberal, passando-a ao setor privado.¹⁰⁶ Nesse mesmo contexto, o Estado, por sua vez, passa a ser visto como incapaz de bem atender ao aumento de demandas relativas à satisfação dos interesses coletivos.¹⁰⁷

Pelas lógicas da natureza técnica e do princípio da subsidiariedade tais interesses coletivos passariam, automaticamente, a ser perseguidos pela dita sociedade civil ou, mais precisamente, pela iniciativa privada: as grandes empresas detentoras de melhores recursos. Observa-se, no entanto, que esse movimento direto não acontece.¹⁰⁸ Após a promulgação da Constituição de 1988 a interpretação realizada deve ser outra.¹⁰⁹ O critério de

106 KRASSUSKI FORTES; PIVETTA; REZENDE *et alii*. 2009, p. 216-217.

107 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 123.

108 Apesar de a lógica governamental (e não necessariamente a constitucional) do final do século buscar assumidamente a instituição do neoliberalismo. Sobre o tema, conferir: GABARDO, Emerson, 2009, p. 109 e ss. GOMES, 1996, p. 115 e ss.

109 “Felizmente, nos tempos atuais, pauta-se por uma hermenêutica constitucional sistemática e principiológica do ordenamento, o que afasta

intervenção de ser estabelecido em consonância com o Estado Social e Democrático de Direito, através da proteção das minorias, valorização da dignidade humana e dos direitos fundamentais. O atendimento às demandas de um Legislativo pluriclasse torna a subsidiariedade uma ideia sem sentido.¹¹⁰ Ou seja: “hoje em dia pensar uma sociedade civil avessa ao Estado ou a ele substituta é, isso sim, uma ficção de mau gosto”,¹¹¹ afinal, o Estado não é uma entidade que está fora da sociedade, como se fosse um alienígena, mas reflexo da mesma.¹¹²

Assim, partindo-se da constatação de que “o princípio democrático é o critério hermenêutico de toda a Constituição”,¹¹³ o interesse público é verificado em outra ordem de ideias, bastante distinta daquela que atribui

qualquer possibilidade de vinculação à chamada *mens legislatoris*. Pouco interesse deve ser outorgado à vontade do legislador. A norma, após positivada no sistema, passa a ser considerada de acordo com o conjunto, devendo seu conteúdo amoldar-se ao ordenamento jurídico pelos demais dispositivos normativos e axiológicos, especialmente os constitucionais”. GABARDO; HACHEM, 2010, p. 243.

110 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 119.

111 GABARDO, 2009, p. 105.

112 “Se os cidadãos quiserem atribuir constitucional ou legalmente uma função ao Estado, não porque são incapazes de realizá-la, nem mesmo porque seriam negligentes no seu atendimento, eles poderiam fazê-lo pelo simples fato de lhes ser conveniente e oportuno? Seria possível os cidadãos optarem democraticamente pela intervenção do Estado em alguma área da vida social, mesmo que reconhecessem a não imprescindibilidade da atuação do Poder Público? De acordo com o princípio da subsidiariedade a resposta a essas perguntas seria negativa, ou seja, esta possibilidade lhes é vedada. Nos termos do princípio democrático, a resposta seria afirmativa, ou seja, não haveria qualquer proibição constitucional para que tal escolha pública fosse realizada, seja no exercício da democracia direta, seja no da representativa. Aliás, esta é a essência da ideia de efetiva participação popular no contexto de um Estado social e democrático de Direito.” GABARDO, 2009, p. 107-120.

113 SALGADO, 2007, p. 232.

residualidade e subsidiariedade ao papel do Estado.¹¹⁴ Portanto, a solução *técnica* para satisfação dos interesses coletivos não é mais justificativa adequada para fundamentar o conceito de interesse público”.¹¹⁵ A ordem social constituída pela lei fundamental, no Brasil, de modo algum estatui o que dissera outrora o texto magno de 1967. Se é verdade que, na conjuntura jurídica atual, o interesse público “é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter socio-interventor precisa conviver com um complexo de direitos subjetivos”,¹¹⁶ e se é verdade que o só há interesse público em estrita conformidade a Constituição, e jamais contra o seu talante;¹¹⁷ o critério para a perscrutada circunscrição semântica do conceito jurídico *sub examine* se encontra em outra lógica, com diferentes vilosidades, e não coaduna nem com a subsidiariedade,¹¹⁸ nem com a natureza técnica.¹¹⁹

114 Como aponta Canotilho: “o princípio do Estado de direito é inseparável do princípio democrático. Mas não só deste. O Estado de Direito seria um princípio vazio de não articulasse com as exigências da socialidade (com o princípio socialista) e com o catálogo global (e não só dos direitos, liberdades e garantias) dos direitos fundamentais”. *in*: CANOTILHO, 2011, p. 282-290.

115 JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 123.

116 GABARDO, 2009, p. 285.

117 MELLO, 2009, p. 191.

118 GABARDO, 2009, p. 120.

119 Vale exemplificar esta transcendência: Considere-se uma situação prática, envolvendo o interesse em obter energia elétrica. Supõe-se inviável que as necessidades individuais de consumo de energia elétrica sejam satisfeitas através do esforço de cada ser humano, isoladamente. Em um primeiro momento histórico, poderia imaginar-se que apenas o Estado disporia de recursos para produzir a satisfação a esses interesses. Logo, estaria em jogo um interesse público. Mas, nos dias atuais, é inquestionável que inúmeras empresas privadas dispõem de condições de assumir a satisfação desse interesse. Por isso, é necessário definir se a atividade de fornecimento de

O ideário posto pelo texto constitucional não é o de abandonar à própria sorte aqueles que não puderem se adequar à lógica privada e se tornarem consumidores de determinado bem que seja de interesse público.¹²⁰ Isso porque a lógica de mercado em uma sociedade capitalista possui um objetivo bastante claro, específico e inafastável: o lucro. Não coaduna com um projeto democrático, fundado de forma capitular na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana,¹²¹ e com vistas a construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos¹²² o atrelamento do interesse público ao lucro. O objetivo de cunho mercadológico (o lucro) não se harmonizará jamais com uma priorização dos valores fundamentais de um Estado democrático, sob pena de comprometer-se ontologicamente e ocasionar perda de produtividade.

Portanto, o setor privado não pode buscar a realização do interesse público senão de forma secundária, por sua

energia elétrica corresponde à satisfação de interesse público ou interesse privado. Optar pelo interesse privado significa subordinar o fornecimento da energia elétrica às regras de mercado. Nesse caso, deverá admitir-se que a necessidade de algumas pessoas não será atendida. Aqueles que não dispuserem de recursos suficientes para adquirir os produtos e serviços estarão aliados do mercado. A energia elétrica passará a ser um produto no mercado, do mesmo jeito que outros bens de consumo. Há pessoas que dispõem de recursos para adquirir televisores, outras, não. Tal como alguns não têm televisores, outros não terão energia elétrica. Ora, a necessidade individual de obtenção de energia elétrica não se assemelha àquela pertinente a outros bens de consumo. A energia elétrica é indispensável à obtenção de certas utilidades indissociáveis da realização plena da personalidade humana. A penúria econômica não legitima o impedimento à satisfação do interesse individual relacionado à satisfação da dignidade da pessoa humana. JUSTEN FILHO, Marçal. 1999, p. 124.

120 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 20, XII, b.

121 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º.

122 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º.

própria natureza. Embora não de forma idêntica, este raciocínio pode ser aplicado ao terceiro setor, principalmente quando passa a ser um setor altamente vinculado ao Estado (o que, em um primeiro momento, pode até parecer paradoxal). De início, tem-se constatado que os pretextos alegados à institucionalização de tal setor não parecem ser os motivos de sua real promoção. Não raro ocorrem desvios de seus objetivos legítimos.¹²³ Ademais, tem sido possível observar no Brasil que em vez de ampliar o poder popular dos oprimidos e explorados, o terceiro setor prestacional faz arrefecer o caráter revolucionário da sociedade civil, pulverizando as lutas sociais e transformando-as em demandas pontuais de pequenos grupos.¹²⁴

Relegar o interesse público à lógica da técnica, aos particulares com condições de efetivá-lo (mesmo em setor não-lucrativo), implicaria o “enfraquecimento do Estado mediante o fortalecimento dos centros privados, onde a decisão decorre de fatores prioritariamente econômicos (o terceiro setor não foge a esta regra)”.¹²⁵ Daí que, mesmo que os sujeitos privados tenham condições técnicas hábeis a uma eficiente satisfação do interesse público, depara-se sempre com um “problema de adequação”, que não consegue ser resolvido apenas pelo critério da eficiência. Afinal, somente o Estado possui legitimidade para a realização de um projeto de transformação social impositivo que busque a mediação dos conflitos sociais. Desse modo, os requisitos inerentes ao princípio da subsidiariedade não combinam com aqueles relativos ao princípio democrático.¹²⁶ Portanto, “o conceito de interesse público não se constrói a partir

123 GABARDO, 2009, p. 151.

124 GABARDO, 2009, p. 151-152. No mesmo sentido, conferir: RIZOTTI, 2002.

125 GABARDO, 2009, p. 152.

126 GABARDO, 2009, p. 115.

da impossibilidade técnica de os particulares satisfazerem determinados interesses individuais, mas pela afirmação da impossibilidade ética de deixar de atendê-los”.¹²⁷ A questão é ética, não técnica. Logo, não há sentido em falar em subsidiariedade, ao menos segundo os pressupostos da atual Constituição da República.

Dessa averiguação lógica decorre que a esquadrinhada circunscrição semântica (o conteúdo) do conceito jurídico de interesse público possui essa natureza ética ligada aos valores estruturantes da ordem constitucional, prevalentemente no que atine à dignidade do ser humano. O interesse público se constitui, assim, como afirma Martha Franch i Saguer, a ética pública do Direito Administrativo,¹²⁸ e informa o agir da administração de acordo com os postulados do ordenamento jurídico. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha¹²⁹ e Luís Roberto Barroso,¹³⁰ o panorama oriundo de um Estado Democrático de Direito ressignificam a própria tarefa de administrar, que, muito mais do que meramente dar cumprimento à letra da lei, também é uma cotidiana efetivação da Constituição e da democracia.

Nesta toada, Justen Filho asseverou que o Direito Administrativo passaria por um processo de “personalização”, o qual inseriria a dignidade da pessoa humana no seu cerne,¹³¹ e que é intimamente ligado ao interesse público, sendo substancialmente seu conteúdo principal.¹³² No

127 JUSTEN FILHO, 1999, p. 124.

128 SAGUER, 2005, p. 406.

129 ROCHA, 1999, p. 66.

130 BARROSO, 2008, p. 63.

131 JUSTEN FILHO, 1999, p. 130.

132 Ressalve-se, no entanto, que tal assertiva conjuga-se no pretérito imperfeito, vez que é constatável clara mudança de posicionamento doutrinário do autor. Em obra mais recente, Marçal Justen Filho continua a defender que o Direito Administrativo é informado pelos valores constitucionais,

mesmo sentido, Thiago Lima Breus desenvolveu trabalho monográfico especificamente dedicado a tratar do enlace entre a dignidade da pessoa humana e o interesse público, posteriormente publicado em estudo mais amplo sobre políticas públicas. Postula o autor que “a identificação do *interesse público* não se basta em elementos e critérios técnicos, mas também em juízos axiológicos, porquanto possui uma índole ética”. Esse princípio constitucional é o que, para Breus, preenche o conteúdo de interesse público, dando-lhe a abertura necessária e a capacidade de interpretação conforme os ditames constitucionais, transcendendo a mera tecnicidade.¹³³ Tal raciocínio vem a coadunar com o

passa por um processo de personalização e de valorização da dignidade da pessoa humana, no entanto, o conceito de interesse público, em seu novo entendimento, ao invés de afirmar, presta desserviço a esses valores. A saber; “O Direito Administrativo, nos dias atuais, exterioriza-se em concepções e institutos que refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo. A manifestação mais evidente desse descompasso reside na concepção de que o fundamento do Direito Administrativo consiste na supremacia do interesse público.” e “O Direito Administrativo do espetáculo *consagra princípios destituídos de conteúdo material*. São adotados princípios que permitam a ampla criatividade do governante para desenvolver imagens de uma falta submissão a controles. Assim, os princípios do Direito Administrativo do Espetáculo se reportam a figuras imaginárias, tais como ‘ordem pública’, ‘ato político’ e ‘interesse público’”. JUSTEN FILHO, 2008, p. 67 e 75. Apesar da mudança de postura do autor, no entanto, far-se-á uso das teorizações primeiras do mesmo em razão de as mesmas serem sustentadas por outros marcos teóricos e também porque a crítica do mesmo ao atrelar o interesse público ao autoritarismo reside em suas vagueza e impossibilidade de precisão que conferem poderes arbitrários ao administrador. Esta nova visão do autor, todavia, é absolutamente inadequada, imprecisa e carece de fundamentação histórica, como foi demonstrado de forma irretocável por Daniel W. Hachem. Cf.: HACHEM, 2011.

133 “A utilização pelo Direito Administrativo do *interesse público*, como conceito de índole ética que se relaciona à dignidade humana, não deve ser desprezada”, entende o autor, “pois pode propiciar, ainda, a salvaguarda de valores e direitos coletivos plasmados na Constituição que não podem ser submetidos a um regime de transigência. Eles devem ser obrigatoriamente

postulado por Angela Cassia Costaldello, que entende o interesse público constituir núcleo que emana a concreção de direitos fundamentais.¹³⁴ Entretanto, esta visão de Marçal Justen Filho, Thiago L. Breus e Angela C. Costaldello carece de algum reparo. Se é verdade que os direitos fundamentais são necessários para o estabelecimento do conteúdo do interesse público, não é correto afirmar que são fundamento suficiente para defini-lo.¹³⁵ O interesse público pode perfeitamente ser constituído sem qualquer referencia a um direito fundamental, muito menos ao específico princípio da dignidade humana. A intensidade da correlação feita pelos autores não parece estar correta, embora a correlação em si mesma deva ser mantida.

Por este motivo, uma abordagem diversa parece ser mais precisa. Juridicamente, o interesse público aponta sempre para um retorno à Constituição de 1988 em sua completude (que ultrapassa em muito a garantia dos direitos fundamentais). Isso porque, por hipótese, realizado o projeto de desenvolvimento humano estabelecido constitucionalmente, “o interesse público tenderá a identificar-se consigo mesmo, além de adquirir sua essência a partir de um duplo grau de fundamentação: dignidade (condição necessária ou grau satisfatório) e felicidade (condição satisfatória ou grau ótimo).”¹³⁶ Ou seja, a essência do interesse público consistiria na garantia da dignidade apenas como um ponto de partida geral. O ideal de felicidade implicaria mais: a satisfação das necessidades sociais em grau ótimo, inclusive para além dos direitos fundamentais. No cotidiano da nação, muitas questões decididas política

realizados”. BREUS, 2007, p. 153.

134 COSTALDELLO, 2010, p. 261.

135 BITENCOURT NETO, 2015, p. 215.

136 GABARDO, 2009, p. 360.

e administrativamente são de simples direitos (não-fundamentais). Nem por isso deixam de ser considerados de interesse público.

Alguns autores, dentre eles Daniel Wunder Hachem, Eneida Desiree Salgado, Juarez Freitas e Romeu Felipe Bacellar Filho,¹³⁷ chegam a buscar fundamentação jurídica para o princípio da supremacia do interesse público no artigo 3º do texto constitucional.¹³⁸ Dessa aproximação hermenêutica pode-se prospectar que o interesse público, dotado de supremacia, consiste, nos ditames constitucionais, em: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹³⁹ Além daquilo a que já se aludiu e que viria a constituir o substrato do conceito jurídico objeto de estudo, é possível, assim, observar que também o art. 3º pode ser alegado na tentativa de materializar o interesse público, pois, como institui a própria finalidade do Estado brasileiro,¹⁴⁰ faz denotar o interesse público na perseguição de tais valores, que constituem, portanto, parcela do conteúdo jurídico do que se está a tratar.¹⁴¹

É esclarecedor o estudo sobre o tema realizado por Romeu Felipe Bacellar Filho, o qual igualmente parte da premissa de o interesse público encontrar substrato e o fundamento de sua supremacia no art. 3º do Texto

137 HACHEM, 2011, p. 224.

138 HACHEM, 2011, p. 19, 108, 119-125, 222-230, 340-341.

139 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º.

140 SALGADO, 2010, p. 51.

141 MUÑOZ, 2015, p. 50;

Magno,¹⁴² asseverando que o conteúdo jurídico por detrás da expressão “interesse público”, ostenta, a seu tempo, relevada carga de significação. Nesse sentido, o autor busca assimilar o conteúdo analisado aos princípios constitucionais da Administração Pública, nomeadamente a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estampados no *caput* do artigo 37. Observa o autor que integra o interesse público o respeito às leis e ao Direito como um todo.¹⁴³ Tal verificação vai além da identificação (já constatada) de que o interesse público cuja efetivação vem a ser encampada pela Administração Pública reside no Direito positivo.¹⁴⁴ Muito mais do que isso, observa-se que é de interesse público que a Administração vincule-se à legalidade em uma lógica circular (*feedback* positivo) que apenas reforça o dever de a Administração cumprir o interesse público. Assim, o interesse público está no ordenamento, e é de interesse público que este mesmo ordenamento seja estritamente seguido pelo Poder Público. Donde se conclui que a Administração pública, para bem servir o interesse público, deve “respeitar a *legalidade* formal, obedecendo fielmente às imposições legislativas que refletem a vontade do povo, manifesta através de seus representantes”.¹⁴⁵

De todas as tratativas acima albergadas, pode-se observar que a doutrina nacional se presta ao trabalho de enunciar o que seria o conteúdo jurídico do interesse público, ao menos naquilo que atine às suas zonas de certeza, referenciando sempre no ordenamento jurídico as linhas que apontarão para a sua significação. A adstrição dessa circunscrição semântica aos grandes princípios

142 BACELLAR FILHO, 2010, p. 90.

143 BACELLAR FILHO, 2010, p. 95.

144 FIGUEIREDO, 2003, p. 35.

145 BACELLAR FILHO, 2010, p. 99.

norteadores da própria República Federativa do Brasil e da Administração Pública brasileira denota a essencialidade da natureza ética que possui tal conceito, o qual, de fato, se referencia no Direito, e não se subtrai a uma delimitação jurídica. É possível averiguar que o interesse público é um significante dotado de significado dentro do Direito, e não é um vazio que possibilite a imputação de qualquer razão que se faça conveniente a quem quer que seja, incluso aí o administrador.

Conclusões

A título de síntese final dos argumentos desenvolvidos, podem ser sistematizadas breves conclusões a respeito da possibilidade de estabelecimento de um conceito jurídico de interesse público para o Direito administrativo brasileiro:

O conteúdo jurídico do conceito de interesse público não é encontrado pelo critério subjetivo de sua titularidade, ou seja, reporta-se sempre ao interesse público primário, que reside no ordenamento positivo e, portanto, encontra-se alocado a partir de um critério formal – conclusão esta que realoca seu conteúdo para o terreno da hermenêutica;

As conveniências circunstanciais do Estado (também denominadas de interesse do Estado ou interesse secundário) quando não coincidentes com o dito interesse público primário, evidentemente estão na zona de certeza negativa do conceito – equivalendo, então, a o que seria um interesse particular (ainda que passível de ser titularizado pelo Estado);

O conteúdo jurídico do interesse público não é definido por critério de exclusão, subsidiariedade ou de residualidade. Independentemente da capacidade dos indivíduos perseguirem ou não dado interesse, ele será público se estiver em

consonância com a ética constitucional e com os princípios que regem um Estado Social e Democrático de Direito;

A natureza ética do interesse público se fundamenta apenas inicialmente, como ponto de partida, na dignidade da pessoa humana. O conteúdo do interesse público, portanto, não se restringe aos ditames inerentes aos direitos fundamentais, mas é compreendido a partir de todo o ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988 – que impõe um modelo de Estado social ao Brasil pautado pelo objetivo geral da felicidade do povo – ou seja, o máximo possível de bem-estar;

Também o artigo 3º da Constituição fornece a finalidade do Estado brasileiro e, assim, aponta para objetivos que constituem o interesse público (e justificam a supremacia do mesmo sobre o interesse privado);

Os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública também compõem o conteúdo do interesse público, notadamente o princípio da legalidade (pois é a partir dele que se torna possível a explicitação da vontade democrática).

Por evidente, tais delineamentos não encerram a complexidade da questão, apenas apontam nortes para uma análise mais segura do interesse público sem, contudo, reduzir-lhe a multiplicidade de suas imbricações, sobretudo naquilo que atine à sua zona de incerteza, que sempre se pronunciará nas complexidades do caso concreto. Assim, ficam afastadas as indicações de que o interesse público seria conceito desatrelado de qualquer juridicidade, mas mantêm-se as celeumas envolvidas em sua aplicação. Isso porque, como reporta Sáinz Moreno, o “interesse público como conceito legal apresenta um problema de interpretação jurídica, não de livre decisão”,¹⁴⁶ vale dizer, não obstante

146 SÁINZ MORENO, 1976, p. 74.

não haja livre decisão acerca do interesse público, sua interpretação jurídica ainda é dotada de uma peculiar problemática oriunda da própria indeterminabilidade do mesmo.

Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1978.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 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; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba: UFPR, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, v. 205, p. 109-118, 1996.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.

COLM, Gehard. Interesse público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

COSTALDELLO, Angela Cassia. A supremacia do interesse público e a cidade – a aproximação essencial para a efetividade dos direitos fundamentais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e Interesse Público – estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CYRINO, André. Como se fazem as leis? Democracia, grupos de interesse e controle de constitucionalidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, p. 51-99, jul./dez. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Madri, n. 89, p. 69-89, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo, v. 1, n. 10, 1995.

FORTINI, Cristiana. Encampação e caducidade: competência dos consórcios públicos e as agências reguladoras no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 7, n. 30, p. 141-151, out./dez., 2007.

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; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, Faute du Service e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca;

BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Apontamentos sobre alguns impactos do projeto neoliberal no processo de formação de tutelas jurídico-políticas. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et alii*. *Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar*. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder e GABARDO, Emerson. O suposto cará ter autoritário da Supremacia do interesse público e das Origens do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

HACHEM, Daniel Wunder. *O princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011b.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, n. 26, p. 115-135, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Direito Administrativo do Espectáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique; PIVETTA, Saulo Lindorfer; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura *et alii*. A quebra de monopólio estatal das telecomunicações no sistema jurídico brasileiro: uma análise materialista-dialética a partir das teorizações de Pashukanis. *Revista Jurídica Themis*, nº 20, Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORENA, Luis de la Morena y de la. Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas. *Revista de Administración Pública*, Madri, n. 100-102, p. 847-880, 1983.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El Interés Público es como el Amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. El Interés General como Categoría Central de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe e HACHEM, Daniel Wunder. *Direito Administrativo e interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PENNOCK, J. Roland. A unidade e a multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: FRIEDRICH, Carl J. *O interesse público*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves. *Interesse Público: um conceito jurídico determinável*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícios Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. A política de assistência social: uma análise à luz da democratização da gestão. *Serviço Social em Revista*, Londrina, v. 4, n. 1, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 60-67, 1999.

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.

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

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia – Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010b.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni; LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. O amor, direitos humanos e Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 113, p. 335-357, jul./dez. 2016.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *O paradoxo de Rousseau – uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

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

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUSA, António Francisco de. Os “conceitos legais indeterminados” no Direito Administrativo alemão. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, 1986.

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

Recebido em 03/05/2017

Aprovado em 14/06/2017

Emerson Gabardo

Escola de Direito

Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho

CEP: 80215-901 Curitiba/PR, Brasil

E-mail: e.gab@uol.com.br

Daniela Rezende de Oliveira

REscola de Direito

Rua Imaculada Conceição, 1155, Prado Velho

CEP: 80215-901 Curitiba/PR, Brasil

E-mail: mauriciocdmr@gmail.com